

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 <sup>re</sup> éd. 2011	<b>Mise à jour</b> Andreas Bucher 15.7.2021
--	---

## Chapitre 12 Arbitrage international

**Art. 176-194**

**5**

11<sup>e</sup> ligne, ajouter : Rev.arb. 2011 p. 289.

In fine (loi espagnole de 2003) ajouter : encore amendée par la loi du 20.5.2011.

**8**

3<sup>e</sup> ligne, ajouter après 1998: révisé en 2012.

In fine, ajouter : Rev.arb. 2011 p. 303, ILM 2010 p. 1644, puis complété en 2013 par un Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondés sur des traités (Clunet 2013 p. 1436, ILM 2013 p. 1300), dont l'application est appuyée et amplifiée par la « Mauritius Convention » (Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités, adoptée le 10.12.2014 à travers une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, FF 2016 p. 3905). Les Chambres fédérales ont approuvé cette Convention (FF 2016 p. 8685), vu le Message du Conseil fédéral (FF 2016 p. 3879-3902). Elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 18.10.2017 (RS 0.975.3).

*Les autorités fédérales ont procédé à la ratification de cette Convention avec une rapidité que l'on observe rarement. Le Conseil fédéral s'est dit conscient qu'un tel régime de transparence va alourdir les arbitrages entre investisseurs et Etats, causer des frais supplémentaires, et rendre les compromis plus difficiles, c'est-à-dire entraîner des inconvénients dont il est généralement admis, bien au contraire, et non sans raison, que l'arbitrage doit permettre de les éviter. Ces défauts, dit-on, sont contrebalancés par le gain de transparence (pure pétition de principe), sans autre explication si ce n'est l'ajout que cela servirait la sécurité du droit et la légitimité de l'arbitrage, des affirmations dont on sait bien qu'elles sont vides de sens (FF 2016 p. 3885 s.), comme celle que l'on assistera à une « nouvelle dynamique de l'arbitrage » (FF 2016 p. 3886). S'il était aussi indispensable de promouvoir l'arbitrage par le biais de la transparence, pourquoi ne pas en avoir tenu compte lors de la réforme du chapitre 12 de la LDIP ?*

### 1. Le projet d'origine de 1987

**14**

2<sup>e</sup> phrase, renvoyant au Règlement suisse d'arbitrage international, créé en 2004 : puis révisé en 2012 et en 2021 et administré d'abord par la « Swiss Chambers' Arbitration Institution » et depuis mai 2021 par le « Swiss Arbitration Centre »..

### 2. La réforme de 2020

**16a n**

Le développement de la jurisprudence du Tribunal fédéral étant devenu de moins en moins accessible à travers une lecture inspirée d'un souci de compréhension et d'efficacité, le Parlement a voté une Motion exigeant du Gouvernement de présenter un « projet de toilettage » intégrant dans la loi « certains éléments essentiels de la jurisprudence », l'objectif étant de « maintenir l'attrait de la Suisse comme place arbitrale au niveau international » (16.5.2012, n° 12.3012). Cela lui a déjà été suggéré dans l'initiative Lüscher du 20.3.2008 (n° 08.417).

**16b n**

Le résultat formel de cette démarche fut le *Message* du Conseil fédéral et son projet de loi, du 24.10.2018 (FF 2018 p. 7163-7212), approuvé par les Chambres fédérales le 19.6.2020. S'agissant du premier objectif, le *Message* mentionne trois jurisprudences (rectification et révision des sentences, obligation de contester, connais-

sance requise en cas de doute sur l'indépendance d'un arbitre) qu'il intègre dans le projet. On n'y trouve aucune proposition au sujet de l'arbitrabilité des litiges du droit du travail, des effets des clauses arbitrales à l'égard de tiers non signataires, de l'assistance de secrétaires ou de conseils externes, de la participation du tribunal arbitral et de son secrétariat à la procédure de recours devant le Tribunal fédéral, des délais pour répliquer ou dupliquer, de la définition de l'ordre public, de la pratique à l'égard de peines disciplinaires en matière de sport, de l'impossibilité pour les sportifs de renoncer au recours contre la sentence, de la renonciation à la motivation des sentences, du régime juridique des frais d'arbitrage, et tant d'autres – toutes des matières au sujet desquelles la jurisprudence a créé des solutions innovantes, dont une partie aurait pu être consacrée par la voie législative ou, tout au moins, faire l'objet d'une réflexion. Le besoin de réforme de l'arbitrage sportif fut reconnu, mais les solutions seraient à attendre des instances sportives (FF 2018 p. 7173). Quoi qu'il en soit, par rapport à l'instruction donnée dans la Motion, on est loin du compte.

#### **16c n**

Le projet gouvernemental a conservé la *dichotomie* entre l'arbitrage international et l'arbitrage interne, qui était d'actualité en 1987, mais qui ne l'est plus de nos jours, en observant les régimes d'arbitrage d'un grand nombre de pays étrangers qui ont réuni ces deux parties du droit de l'arbitrage dans un seul texte de loi (le plus souvent le code de procédure civile), quitte à conserver quelques règles spécifiques n'intéressant que le domaine international. Le résultat législatif suisse consiste en deux textes parallèles, dans la LDIP et dans le CPC, qui sont largement composés des mêmes dispositions, les seules différences véritables portant sur les moyens de recours relatifs aux frais d'arbitrage et de l'ordre public, pour la LDIP, et de l'arbitraire, pour le CPC. Il a été affirmé que ce dualisme dit « ouvert » correspondait à la tradition, avait fait ses preuves et ne présentait pas de difficulté dans son maniement pratique (FF 2018 p. 7165). Sur ce dernier point, la présentation est erronée, ne tenant aucun compte des incertitudes liées au passage d'un régime vers l'autre, du fait que ce opt-out et opt-in ne comprend pas la condition de l'arbitrabilité, exempte de la volonté des parties, et qu'un tel saut est encore possible en cours de procédure arbitrale, avec les complications en résultant pour le tribunal arbitral et sans compter avec des cas de fraude au motif de recours de l'ordre public, respectivement de l'arbitraire. Ceux qui ont plaidé pour une législation uniforme n'ont pas été entendus.

#### **16d n**

Le second objectif consistait à renforcer *l'attractivité de l'arbitrage en Suisse*. Le Message n'ajoute aucune mesure à l'affirmation de ce but, si ce n'est de louer l'attachement de la Suisse à sa tradition de site neutre et réputé des arbitrages en provenance de l'étranger (FF 2018 p. 7157 s.). Si l'on ne doit pas déjà le faire aujourd'hui, il faudra déchanter dans les années à venir. Le temps où des cabinets suisses étaient régulièrement associés comme conseil dans de grands arbitrages internationaux est révolu. On en voit très peu, ce marché ayant été repris par de grands cabinets transnationaux. La Suisse compte toujours un nombre respectable d'arbitres, opérant au sein de tribunaux arbitraux ayant leur siège à l'étranger ou en Suisse. Cependant, en observant les arbitrages du commerce international de catégorie supérieure, l'accès d'arbitres suisses s'est raréfié, comparé aux arbitres étrangers dominant le marché. Certes, le nombre d'arbitrages ayant la Suisse pour siège n'est pas négligeable, mais cela ne veut pas dire *ipso facto* que des retombées économiques intéressantes en résultent, étant rappelé qu'un tel siège n'implique pas nécessairement l'engagement de conseils ou d'arbitres suisses. Le moment viendra où le monde suisse de l'arbitrage comprendra qu'il ne suffira plus de s'asseoir sur une tradition d'il y a 50 ans. Les grands centres d'arbitrages (que l'on appelle aussi des « hubs ») ont sollicité en règle générale leur législateur ou leur organisation faîtière pour pouvoir vanter leurs mérites en référence à un cadre juridique récemment modernisé. La Suisse se tient à l'écart de ce mouvement. Pour faire mieux, il aurait fallu disposer d'une représentation de la profession vigilante et d'un Gouvernement clairvoyant. Hélas, la réforme de 2020 a été menée alors qu'il manquait les deux.

#### **16e n**

On notera que les textes allemand et français du chapitre 12 présentent des divergences. De surcroît, la version allemande publiée dans l'équivalent allemand du Registre systématique (SR) ne correspond pas en tous points à l'édition publiée dans le Recueil officiel (AS 2020 p. 4179) ; celle-ci comprend en effet des instructions linguistiques qui n'ont pas été toutes mises en œuvre par la Chancellerie fédérale. Du point de vue de la visibilité des textes, cela fait désordre, sans parler des traductions anglaises qui circulent en des versions diverses, selon qu'elles ont pris l'allemand ou le français comme référence.

### **3. Le modèle européen**

#### **16f n**

La *stratégie* du Gouvernement, dans la mesure où elle est reconnaissable, laisse perplexe. D'un côté, le Conseil fédéral a proposé un projet de réforme du chapitre 12 sur l'arbitrage international dont l'ambition est de renforcer la réputation et l'attractivité de l'arbitrage en Suisse, alors que, de l'autre côté, la délégation suisse à la CNUDCI soutient l'objectif de l'UE en faveur de la création d'une Cour Multilatérale d'Investissement qui tend à remplacer l'arbitrage privé fondé sur les régimes nationaux d'arbitrage international, tel celui du chapitre 12, à la suite du premier pas effectué à travers le CETA conclu avec le Canada (cf. n° 20b). Le Message du Conseil fédéral n'a fait aucune mention ni des travaux en cours au sein de la CNUDCI ni de la position de l'UE (qui ne figure pas dans le chapitre consacré à la comparaison avec le droit européen, FF 2018 p. 7174). Le Parlement n'en a pas été informé. Pourtant, la politique de l'arbitrage de l'UE a déjà fait un premier pas en Suisse, sans se faire remarquer. Le Protocole 3 sur le tribunal arbitral du projet d'accord-cadre avec l'UE a adopté le système de la liste prédéterminée pour la désignation du président du tribunal arbitral. Cette liste aurait dû être établie par le Comité mixte (dont la composition n'était pas déterminée). Il était à craindre que l'Union européenne pèserait sur la confection de cette liste bien davantage que la Suisse.

#### **16g n**

Cette modification de l'approche à l'égard de l'arbitrage n'était pas limitée aux accords directement visés par l'accord institutionnel. Cet accord comprenait, en effet, une « Déclaration conjointe UE-Suisse sur les accords liés au commerce » dont l'objet principal porte sur le sort et la refonte de l'accord de libre-échange de 1972 (RS 0.632.401). Cette Déclaration comprend l'engagement des deux Parties à ce que « l'accord institutionnel s'appliquera aux accords modernisés liés au commerce qui bénéficieront ainsi des dispositions et structures mises en place par celui-ci notamment de son mécanisme en matière de règlement des différends » (n° 9), et cela même avant l'entrée en vigueur de tout accord renégocié, dans ce cas cependant sous réserve de l'approbation par le comité mixte (n° 8). La modernisation dont il aurait fallu convenir aurait porté, en particulier, sur l'accès au marché et l'échange des biens dans tous les secteurs, les mesures de libéralisation des services et des investissements, la protection de la propriété intellectuelle, ainsi que les valeurs partagées par les parties dans leur politique commerciale respective (n° 7). Il ne pouvait échapper à l'observateur averti que le tribunal arbitral de l'accord institutionnel couvrira ainsi de très larges parties des échanges commerciaux et d'investissements avec l'UE et ses Etats membres, réduisant d'autant le champ de l'arbitrage privé du chapitre 12 de la LDIP (qui comprend le domaine de l'investissement commercial). A noter par ailleurs qu'une autre Déclaration a prévu que le tribunal arbitral de l'accord institutionnel assistera le comité mixte opérant sous l'accord de libre-échange de 1972 dès l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel. Tout ce qui touche au droit de l'UE dans les relations avec la Suisse aurait ainsi été soumis à la juridiction de la CJUE conformément aux articles 4 et 10 de l'accord. Le rejet de l'accord par le Conseil fédéral a rendu sans perspective l'avenir de l'arbitrage international commercial avec l'UE. Il est cependant fort probable que les éléments essentiels touchant à l'arbitrage – qui n'étaient pas contestés au niveau politique - vont ressurgir dans un futur accord quelconque dont la Suisse devra envisager la conclusion inmanquablement.

#### **18**

5<sup>e</sup> ligne : biffer la mention de RS 0.277.111 (rubrique disparue).

In fine, ajouter : Depuis récemment, la Convention de 1927 a complètement cessé de produire des effets en Suisse.

#### **20a n**

La situation est différente s'agissant des arbitrages fondés sur un traité bilatéral d'investissement (TBI/BIT) mais régis par les règles de la CNUDCI qui peuvent s'appliquer alternativement à celles du CIRDI, normalement au choix de l'investisseur (« fork-in-the-road clause »). Le Tribunal fédéral a ainsi été saisi récemment de quelques affaires fondées sur un TBI. Elles portent le plus souvent sur la compétence, ce qui implique, notamment, la définition de l'investissement (cf. ATF 11.12.2018, 4A\_65/2018, c. 2-4 ; ATF 144 III 559 ss ; ATF 12.12.2019, 4A\_244/2019, c. 4 ; ATF 20.9.2016, 4A\_616/2015, c. 3 ; ATF 7.2.2020, 4A\_80/2018, c. 3 et 4 ; ATF 146 III 142 ss ; ATF 23.2.2021, 4A\_187/2020, c. 5 et 6) ainsi que celle de la nature de la demande (cf. ATF 141 III 495 ss, au sujet de la distinction entre les « contract claims », les « treaty claims » et la « clause parapluie » ou « umbrella clause »). L'enjeu d'une exception de litispendance a été évoqué, sans observer que la compétence d'un tribunal arbitral opérant sur la base d'un TBI est exclusive (cf. ATF 2.11.2020, 4A\_461/2019, c. 4, 6.4 ; cf. art. 190 n° 104a). En ce qui concerne le droit matériel de l'investissement, les litiges soumis au Tribunal fédéral par le biais des dispositions de l'art. 190 al. 2 sont d'un intérêt très limité, principalement en raison de l'interprétation très restrictive de la notion d'ordre public. Ainsi, le Tribunal fédéral ne revoit pas, en règle générale, le standard de traitement loyal et équitable (cf. ATF 14.12.2017, 4A\_157/2017, c. 3.3.4) ou l'indemnisation en cas d'expropriation (cf. ATF 8.4.2021,

4A\_516/2020, c. 4, République Arabe Syrienne). Il en résulte qu'à travers la notion d'ordre public, le Tribunal fédéral fait prévaloir sa propre « appréciation globale de la situation », donnant moins de poids à la protection des investisseurs (qui sont sensés souffrir du risque qu'ils ont pris) et mettant dans la balance la difficulté de l'Etat hôte à assumer ses responsabilités (ATF cité, c. 4.6) – une pesée des intérêts que l'on peut comprendre d'un point de vue générale mais qui est à l'opposé des objectifs des traités d'investissement.

#### **20b n**

A part la Convention de Washington, il conviendra de s'intéresser aux instruments par lesquels l'Union européenne entend concrétiser une « politique européenne globale en matière d'investissements internationaux », pour laquelle elle dispose d'une compétence exclusive depuis le traité de Lisbonne. Ce développement se construira par étapes. Le premier grand pas a été fait avec l'Accord de libre-échange entre l'UE et le Canada (CETA) du 21.1.2017. On y trouve en particulier une définition plus explicite de la notion de « fair and equitable treatment ». Les principes consacrés dans cet Accord ont été placés sur l'agenda des négociations d'un accord UE-USA sur le partenariat transatlantique sur le commerce et l'investissement (Transatlantic Trade and Investment Partnership – TTIP). La Commission de l'UE soutient l'instauration d'un « Investment Court System » (ICS) qui ne présentera pas les inconvénients de la pratique arbitrale d'investissement de nos jours. Cependant, depuis le départ du Royaume-Uni de l'UE (« Brexit ») et le récent revirement de la politique américaine, une certaine incertitude règne. La politique européenne tend à se renforcer néanmoins, comme en témoigne l'insistance avec laquelle l'UE présente son projet de création d'un mécanisme international permanent de résolution des litiges. L'observation de ces développements se concentre ces temps sur les négociations engagées au sein du « Working Group III » de la CNUDCI (cf. les propositions de l'UE du 18.1.2019, A/CN.9/WG.III/WP.159, 159 Add. 1 et 145). Il est prévu que les travaux seront finalisés en 2026, si les ressources budgétaires le permettent (A/CN.9/1054, 27.3.2021). En parallèle, l'UE poursuit la promotion du modèle du CETA à travers des accords bilatéraux conclus avec Singapour, le Vietnam et le Mexique, suivis d'un « Comprehensive Investment Agreement » (CIA) avec la République de Chine dont le texte publié le 22.1.2021 attend d'être finalisé.

*La 40<sup>e</sup> session a eu lieu du 8 au 20.2. et les 4/5.5.2021 (A/CN.9/1050 – 17.3.2021). Elle sera suivie d'une session les 15.-19.11.2021 à Vienne. Pour des informations sur les travaux, il convient de se reporter sur les indications figurant sur le site du Groupe (A/CN.9/WG.III). On y trouve d'ailleurs une riche documentation, comprenant notamment les travaux fournis par le Forum Académique qui est actif en parallèle. La mise en place du « CETA Investment Court » a été achevée le 29.1.2021.*

*Malgré les obstacles rencontrés dans les négociations, il y a de la force dans les objectifs fixés, qui vont vers le remplacement de l'arbitrage privé dans la politique commerciale par une approche multilatérale plus proche des intérêts des Etats. Il existe au sein de la CNUDCI un consensus de principe sur la nécessité de réformer l'ISDC (Investment-State Dispute Settlement). Pour l'UE, l'objectif est d'établir un organe permanent chargé de statuer sur les différends en matière d'investissement, marquant ainsi une rupture avec le système d'arbitrage ad hoc, dont le Conseil fédéral a fait croire le Parlement qu'il aura pour la Suisse un avenir fondé sur la tradition.*

*L'idée de se servir des juridictions commerciales en tant que tribunaux arbitraux institués est d'actualité dans plusieurs pays européens et elle mériterait d'être promue en Suisse également (comme l'a fait Nobel, Handelsgericht Zurich, p. 281-315). Quoiqu'on en dise dans les milieux profitant du privatisme de l'arbitrage commercial, l'arbitrage institutionnalisé, jouissant de qualités d'expérience et de stabilité, présente des atouts. Le Conseil fédéral est favorable au développement de juridictions spécialisées dans le contentieux du commerce international, mais il entend encourager les cantons à s'y engager au sein de leurs tribunaux du commerce ou des tribunaux cantonaux supérieurs, sans détacher cette fonction sous la forme de tribunaux arbitraux spécialisés (cf. le Message, FF 2020 p. 2607 ss, 2627 s. ; Haberbeck, Jusletter, 14.12.2020).*

#### **20c n**

Le régime européen de l'arbitrage international d'investissement a été bouleversé par l'arrêt *Achmea* du 6.3.2018, déclarant que les articles 267 et 344 du TFUE sont incompatibles avec un Traité bilatéral d'investissement (BIT) conclu entre des Etats membres et ayant l'effet qu'un investisseur de l'un des Etats membres peut introduire une procédure devant un tribunal arbitral contre un autre Etat membre, hôte de

l'investissement, dont cet Etat doit accepter la compétence (CJUE, C-284/16, République slovaque c. Achmea BV, n° 31-60). Or, un tel tribunal se situe hors le système juridictionnel de l'Union dont l'autonomie doit être respectée (n° 32-37) et, notamment, il ne permet pas à la Cour de justice d'être saisie et d'avoir ainsi l'occasion d'assurer la pleine efficacité des normes de l'Union (n° 52-56). Dans un premier temps, cet arrêt a créé quelques confusions du fait que (1) il ne s'impose pas aux pays tiers dans lesquels l'exécution d'une sentence fondée sur un BIT intra-UE est demandée, (2) il ne se prononce pas sur le sort des BITs conclus entre des Etats membres et des pays tiers et (3) il constate certes l'incompatibilité entre les BITs intra-UE avec le droit de l'Union, mais il ne s'exprime pas sur la sanction susceptible de frapper les clauses arbitrales fondées sur un tel BIT (cf., cependant, BGH 31.10.2018, concluant à l'invalidité de la clause arbitrale et à l'annulation de la sentence dans l'affaire *Achmea*). A plus long terme, on doit s'attendre à l'abrogation de la plupart des BITs intra-UE à la suite de l'entrée en vigueur du « Termination Agreement » signé par 23 des 27 Etats membres le 5.5.2020 (Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre Etats membres de l'Union européenne, JOUE 2020 L 169, p. 1, ILM 2021 p. 99, SchiedsVZ 2020 p. 85). Cette étape sera suivie par la mise en place d'un « multilateral investment tribunal » comme il est proposé pour la renégociation du Traité sur la Charte de l'énergie (cf. Commission UE 2.3.2020, WK 2430/2020 INIT, 20.4.2020, WK 3937/2020 INIT ; Rapport du groupe de modernisation, CC 699, édité par le Secrétariat de la Charte de l'Énergie le 25.11.2020).

*Une autre illustration est fournie par le texte modèle pour les accords bilatéraux d'investissement des pays Benelux (cf. le Rapport de progrès 2019 du ministre des Affaires étrangères à la Chambre des représentants de Belgique du 28.3.2019, Doc. 54/1806/007).*

*Dans un paragraphe additionnel de son arrêt *Achmea*, qui a valeur d'obiter dictum (n° 57), la Cour rappelle que cela ne signifie pas que la conclusion d'un accord international par l'Union ne soit contestée au motif qu'il prévoit la création d'une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions et dont les décisions lient les institutions, y compris la Cour. Cependant, cela n'est pas incompatible avec le droit de l'Union, « pourvu que l'autonomie de l'Union et de son ordre juridique soit respectée ».*

*La Cour cite alors trois de ses avis, dont notamment celui du 2/13 du 18.12.2014 relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH, constatant que cette compétence de l'Union a pour limite de ne pas porter atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union (n° 183) et que la juridiction convenue ne doit pas avoir pour effet d'imposer à l'Union et à ses institutions une interprétation déterminée des règles du droit de l'Union (n° 184), ainsi que l'avis du 3.3.2011 (sur un accord concernant les litiges en matière de brevets), notant que les conditions essentielles de préservation de la nature des compétences de la Cour doivent être remplies (n° 76).*

*On constate aisément que ces observations se trouvent mêlées au débat entre la Suisse et l'Union sur un accord institutionnel fixant le régime d'interprétation de plusieurs accords liant la Suisse à l'Union, tâche qui devrait revenir à un tribunal arbitral répondant à la double condition, du côté suisse, de ne pas faire allusion à des « juges étrangers » et, du côté de l'Union, de préserver le rôle de la Cour de garant du respect de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Il semble que l'avis de la Cour sera sollicité sur ce point.*

## **Bibliographie**

### *LDIP :*

IRMA AMBAUEN, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG, Zurich 2016 ; VANESSA ALARCÓN DUVANEL, Review of the Recent Case Law of the Swiss Federal Supreme Court, in *New Developments in International Commercial Arbitration 2013*, Zurich 2013, p. 111-182 (chronique régulière) ; MANUEL ARROYO (éd.), *Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide*, 2 vol., 2<sup>e</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2018 ; PHILIPPE BÄRTSCH/DOROTHÉE SCHRAMM, *Arbitration Law in Switzerland: Practice and Procedure*, Huntington, NY 2014 ; JONATAN BAIER, Review of Recent Case Law of the Swiss Federal Supreme Court, in *New Developments in International Commercial Arbitration 2016*, Zurich 2016, p. 107-218 ; BERNHARD BERGER/FRANZ KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3<sup>e</sup> éd. Berne 2015 ; DOMINIQUE BROWN-BERSET/DIANE GRISEL, *Switzerland, in Choice of Venue in International Arbitration*, Oxford 2014 ; JULIEN BURDA, Le nouveau Règlement suisse d'arbitrage international, *Clunet* 140 (2013) p. 821-856 ; FELIX DASSER/PIOTR WÓJTOWICZ, *Swiss International Awards Before the Federal Supreme Court, Statistical Data 1989-2019*, ASA 39 (2021) p. 7-41 ; BERND EHLE/WERNER JAHNEL, Revision der Swiss Rules - erhöhte Effizienz und Flexibilität, *SchiedsVZ* 10 (2012) p. 169-177 ; XAVIER FAVRE-BULLE, The Swiss Rules of International Arbitration („Swiss Rules“) : From 2004 to the (Light) 2012 Revision, *RDAI* 2013 p. 21-39 ; IDEM, Case Notes on International Arbitration, *SRIEL* 29 (2019) p. 659-689 (chronique régulière) ; DANIEL GIRSBERGER/NATHALIE VOSER, *International Arbitration*, 4<sup>e</sup> éd. Zurich 2021 ; IDEM (éd.), *International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners*, 2<sup>e</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2013 ; TARKAN GÖKSU, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Zurich 2014 ; KARIN

GRAF/SANDRA DE VITO BIERI, Switzerland, *in* International Commercial Arbitration, Bâle 2013, p. 753-858 ; PIERRE-YVES GUNTER/NADIA SMAHI, Suisse, Switzerland, Cahiers 2013 p. 677-743 ; PHILIPP HABEGGER, The Revised Swiss Rules of International Arbitration – An Overview of the Major Changes, ASA 30 (2012) p. 269-311 ; IDEM, The Revised Swiss Rules of International Arbitration, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2012, Zurich 2012, p. 29-46 ; PHILIPP HABEGGER/ANNA MASSER, Die revidierte Schweizerische Schiedsgerichtsordnung (Swiss Rules), IPRax 32 (2012) p. 459-464 ; CHRISTOPH HURNI, How Arbitration-Friendly is the Swiss Federal Supreme Court?, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2012, Zurich 2012, p. 79-107 ; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER/ANTONIO RIGOZZI, International Arbitration, Law and Practice in Switzerland, Oxford 2015 ; FRANÇOIS KNOEPLER/PHILIPPE SCHWEIZER, Jurisprudence suisse en matière d'arbitrage international, RSDIE 21 (2011) p. 319-363 (chronique régulière 1991-2011) ; HANS RAINER KÜNZLE (éd.), Schiedsgerichte in Erbsachen, Zurich 2012 ; JAMES MENZ/BENJAMIN GOTTLIEB, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit 2016/2017, Jusletter, 18.6.2018 ; CHRISTOPH MÜLLER *et al.* (éd.), New Developments in International Commercial Arbitration 2020, Berne 2020 (édition annuelle) ; CHRISTOPH MÜLLER/SABRINA PEARSON, Swiss Case Law in International Arbitration, 3<sup>e</sup> Zurich 2019 ; STEFANIE PFISTERER/ANTON K. SCHNYDER, International Arbitration in Switzerland, Zurich 2012 ; ROMAN RICHERS/MELISSA MOGLIANA, International Arbitration in Switzerland, *in* International Commercial Arbitration, Munich 2016, p. 623-659 ; DOROTHEE SCHRAMM, Review of Recent Case Law of the Swiss Federal Supreme Court, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2018, p. 55-104 (chronique annuelle) ; GEORG VON SEGESSER/KATHERINE BELL, Arbitration of Trust Disputes, ASA 35 (2017) p. 10-39 ; MARCO STACHER, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Zurich 2015 ; MARCO STACHER *et al.*, Rechtsprechungspanorama Schiedssachen, 2015-2017, AJP 27 (2018) p. 364-378 (chronique régulière) ; PIERRE-YVES TSCHANZ/FRANK SPOORENBERG, Chronique de jurisprudence étrangère, Suisse, Rev.arb. 2020 p. 1173-1196 (chronique régulière) ; NATHALIE VOSER (éd.), 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration, Huntington, NY 2014 ; TOBIAS ZUBERBÜHLER *et al.* (éd.), Swiss Rules of International Arbitration, 2<sup>e</sup> éd. Zurich 2013.

*Pour un répertoire des décisions du Tribunal fédéral : [www.swissarbitrationdecisions.com](http://www.swissarbitrationdecisions.com)*

#### *Réforme du chapitre 12 :*

FF 2018 p. 7153-7209, BO CN 2019 p. 2405-2415, 2020 p. 600 s., CE 2020 p. 42-50, 415 s. ; ANDREAS BUCHER, L'attractivité du toilettage du chapitre 12 LDIP, SRIEL 31 (2021) p. 241-281 ; FELIX DASSER, Revision of Chapter 12 of the PILA or Why and How to Modernize a (Still) Modern Law?, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2000, p. 1-26 ; CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Die Revision des schweizerischen internationalen Schiedsrechts, IWRZ, Zeitschrift für internationales Wirtschaftsrecht 2019 p. 159-168 ; DANIEL GIRSBERGER/FABIAN LORETAN, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Revision des 12. Kapitels IPRG, SRIEL 30 (2020) p. 391-407 ; PHILIPP HABEGGER, Das Parlament verabschiedet die Revision von Kapitel 12 IPRG mit einem Feinschliff, ASA 38 (2020) p. 548-579 ; RAMON MABILLARD, Attraktivität des Schiedsplatzes «Schweiz», RSPC 15 (2019) p. 471-482 ; RETO ANDREA TETTAMANTI, Intertemporales Schiedsrecht, ASA 38 (2020) p. 821-841 ; MARCO STACHER/CHRISTIAN OETIKER, Kernpunkte der Revision des 12. Kapitels des IPRG, SRIEL 28 (2018) p. 213-224 ; RETO ANDREA TETTAMANTI, Intertemporales Schiedsrecht, ASA 38 (2020) p. 821-841 ; PIERRE-YVES TSCHANZ, Quelle mission pour les législateurs de l'arbitrage commercial international?, ASA 39 (2021) p. 42-60 ; MARKUS WIRTH, Chapter 12 PILA – Is it Time for Reform ?, If Yes, What Shall be Its Scope ?, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2011, Zurich 2011, p. 51-77.

#### *Code de procédure civile :*

BERNHARD BERGER, The new Swiss domestic arbitration law : potential effects on international arbitration in Switzerland, SchiedsVZ 9 (2011) p. 301-306 ; MARTIN BERNET/ARUN CHANDRASEKTIARAN, International Commercial Courts – the Projects in Zurich and Geneva, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2020, p. 167-190 ; SÉBASTIEN BESSON, Les limites au choix du droit applicable à l'arbitrage et au fond en matière interne, RJN 2014 p. 15-41 ; FRANÇOIS BOHNET *et al.*, Code de procédure civile, 2<sup>e</sup> éd. Bâle 2019 ; ALEXANDER BRUNNER *et al.*, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zurich 2011 ; BRUNO COCCHI *et al.*, Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), Lugano 2011 ; ULRICH HAAS/ANNE HOSSFELD, Die (neue) ZPO und die Sportschiedsgerichtsbarkeit, ASA 30 (2012) p. 312-348 ; PHILIPP HABERBECK, Thoughts on a Zurich International Commercial Court, Jusletter, 14.12.2020 ; DIETER A. HOFMANN/ANJA FUCHS, 5 Jahre ZPO aus der Sicht des internationalen Zivilprozesses und der Schiedsgerichtsbarkeit, *in* 5 Jahre ZPO, Zurich 2016, p. 115-151 ; CHRISTIAN OETIKER/PETER HOSTANSKY, Die neue Binnenschiedsgerichtsbarkeit - Gerichtspraxis zu Art. 353-399 ZPO, AJP 22 (2013) p. 203-212 ; KARL SPÜHLER *et al.* (éd.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 3<sup>e</sup> éd. Bâle 2017 ; ADRIAN STAHELIN *et al.*, Zivilprozessrecht, 2<sup>e</sup> éd. Zurich 2013 ; THOMAS SUTTER-SOMM *et al.* (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3<sup>e</sup> éd. Zurich 2016 ; GERHARD WALTER, Le nuovo norme sull'arbitrato, *in* Il Codice di diritto processuale civile svizzero, Lugano 2011, p. 231-247.

#### *Droit international privé étranger et comparé :*

*Ouvrages généraux :* KLAUS PETER BERGER, Private Dispute Resolution in International Business, 3<sup>e</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2015 ; GEORGE A. BERMANN, International Arbitration and Private International Law. RCADI 381 (2015), p. 41-484 ; NIGEL BLACKBAY *et al.*, Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford 2015 ; GARY B. BORN, International Commercial Arbitration, 3 vol., 3<sup>e</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2021 ; LOTFI CHEDLY, L'efficacité de l'arbitrage commercial international, RCADI 400 (2018) p. 9-624 ; NICOLE CONRAD *et al.* (éd.), International Commercial Arbitration, Standard Clauses and Forms, Bâle 2013 ; EMMANUEL GAILLARD, Sociologie de l'arbitrage international, Clunet 142 (2015) p. 1089-1113 ; FRANCARBI (éd.), Répertoire pratique de l'Arbitrage Commercial International, Bruxelles 2011 ; MARGARET L. MOSES, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 2<sup>e</sup> éd. Cambridge 2012 ; MICHAEL OSTROVE *et al.* (éd.), Choice of Venue in International Arbitration, Oxford 2014 ; MAURO RUBINO-SAMMARTANO, Arbitrage internationale, 2 vol., Bruxelles 2019 ; JAN PAULSSON, The Idea of Arbitration, Oxford 2013 ; ROLF A. SCHÜTZE (éd.), Institutional Arbitration, Article-by-Article Commentary, Baden-Baden 2013 ; WILLIAM W. PARK, Arbitration of International Business Disputes, 2<sup>e</sup> éd. Oxford 2012.

*France :* LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, Les principes fondamentaux de l'Arbitrage, Bruxelles 2012 ; SYLVAIN BOLLÉE, Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, Rev.crit. 100 (2011) p. 553-579 ; GIOVANNI BONATO, L'ultima riforma francese dell'arbitrato, Rivista dell'arbitrato 22 (2012) p. 490-528 ; GUIDO CARDUCCI, The Arbitration Reform in France : Domestic and International Arbitration Law, Arb.Int. 28 (2012) p. 125-157 ; BEATRICE CASTELLANE, The New French Law on International Arbitration, JIA 28 (2011) p. 371-380 ; THOMAS CLAY (éd.), Le nouveau droit français de l'arbitrage, Paris 2011 ; IDEM, « Liberté, Egalité, Efficacité » : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage, Clunet 139 (2012) p. 443-532, 815-858 ; IDEM, La

réforme des articles du Code civil sur l'arbitrage en France, ASA 35 (2017) p. 40-54 ; EMMANUEL GAILLARD, Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international, *Rivista dell'arbitrato* 21 (2011) p. 525-556 ; EMMANUEL GAILLARD/PIERRE DE LAPASSE, Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage, *Cahiers* 2011 p. 263-329 ; WALID BEN HAMIDA, L'imprévision et l'arbitrage après la réforme du droit des contrats en France, ASA 39 (2021) p. 378-396 ; CHARLES JARROSSON/JACQUES PELLERIN, Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011, *Rev.arb.* 2011 p. 5-86 ; DETLEV KÜHNER, Das neue französische Schiedsrecht, *SchiedsVZ* 9 (2011) p. 125-131 ; ERIC LOQUIN, L'arbitrage du commerce international, Issy-les-Moulineaux 2015 ; HENRI-JACQUES NOUGEIN/ROMAIN DUPEYRÉ, Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage, Paris 2012 ; PHILIPPE PINSOLLE, The Distinctive Features of the New French Law on Arbitration, *in* *New Developments in International Commercial Arbitration* 2011, Zurich 2011, p. 99-117 ; JÉRÔME ORTSCHIEDT/ CHRISTOPHE SERAGLINI, Droit de l'arbitrage interne et international, 2<sup>e</sup> éd. Paris 2019 ; JEAN-BAPTISTE RACINE, Droit de l'arbitrage, Paris 2016 ; DOMINIQUE VIDAL, Droit français de l'arbitrage interne et international, Paris 2012 ; THORSTEN VOGL, Das neue französische Schiedsrecht, *RIW* 57 (2011) p. 359-367.

*Belgique* : OLIVIER CAPRASSE, Le nouveau droit belge de l'arbitrage, *Rev.arb.* 2013 p. 953-978 ; GUY KEUTGEN/GEORGES ALBERT DAL, L'arbitrage en droit belge et international, 2 vol., 2<sup>e</sup> éd. Bruxelles 2006/2012 ; GUY KEUTGEN, La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage, *RDIDC* 91 (2014) p. 65-112 ; DIRK DE MEULEMEESKER/MAUD PIERS, The New Belgian Arbitration Law, ASA 31 (2013) p. 596-602.

*Allemagne* : KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL *et al.* (éd.), *Arbitration in Germany*, 2<sup>e</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2015 ; SIEGRIED H. ELSING/ALEXANDER SHCHAVELEV, Die neue DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018, *IPRax* 38 (2018) p. 461-473 ; RICHARD KREINDLER *et al.*, *Commercial Arbitration in Germany*, Oxford 2016 ; JOACHIM MÜNCH, Betrachtungen zur Reformierung des Schiedsrechts, *ZZPInt* 23 (2018) p. 259-293 ; REINMAR WOLFF, Empfiehlt sich eine Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts ?, *SchiedsVZ* 14 (2016) p. 293-306.

*Autriche* : DIETMAR CZERNICH *et al.* (éd.), *Handbuch Schiedsrecht*, Vienne 2018 ; ALICE FREMUTH-WOLF, Mediation and Arbitration in Vienna, ASA 34 (2016) p. 301-321 ; WALTER H. RECHBERGER, Neue Entwicklungen im österreichischen Schiedsrecht, *in* *Ars Aequi et Boni in Mundo*, Festschrift für Rolf A. Schütze, Munich 2015, p. 477-489 ; FRANZ T. SCHWARZ/CHRISTIAN W. KONRAD, The Revised Vienna Rules, ASA 31 (2013) p. 797-811.

*Royaume-Uni* : JULIAN D.M. LEW *et al.*, *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, Alphen aan den Rijn 2013 ; DAVID JOSEPH, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*, 3<sup>e</sup> éd. Londres 2015 ; DAVID ST. JOHN SUTTON *et al.*, *Russell on Arbitration*, 23<sup>e</sup> éd. Londres 2007.

*Etats-Unis d'Amérique* : GEORGE A. BERMANN, Rescuing the Federal Arbitration Act, *The New Restatement on International Arbitration*, *YPIL* 20 (2018/19) p. 15-30 ; JAMES H. CARTER/JOHN FELLAS, *International Commercial Arbitration in New York*, 2<sup>e</sup> éd. Oxford 2016 ; MARTIN F. GUSY *et al.*, *A Guide to the ICDR International Arbitration Rules*, Oxford 2011 ; PEDRO MARTINEZ-FRAGA, The American Influence on International Commercial Arbitration, Cambridge 2009/2013 ; MARC ORGEL, *Class Arbitration, Von der Gruppenklage zum Gruppenchiedsverfahren und zurück ?*, Eine Untersuchung zum US-amerikanischen Schiedsverfahrensrecht, Tübingen 2013 ; WILLIAM W. PARK, La jurisprudence américaine en matière de « class arbitration » : entre débat politique et technique juridique, *Rev.arb.* 2012 p. 507-538 ; LAURENCE SHORE *et al.* (éd.), *International Arbitration in the United States*, Alphen aan den Rijn 2018 ; LEON THEIMER, The End of Consumer Protection in the U.S.?, *Mandatory Arbitration and Class Action Waivers*, *RabelsZ* 83 (2019) p. 841-874 ; TIBOR VÁRADY *et al.*, *International Commercial Arbitration, A Transnational Perspective*, 7<sup>e</sup> éd. St. Paul, MN 2019.

*Suède* : ULF FRANKE *et al.* (éd.), *International Arbitration in Sweden, A Practitioner's Guide*, Alphen aan den Rijn 2013 ; KAJ HOBÉR, *International Commercial Arbitration in Sweden*, Oxford 2011.

*Pays divers* : STEPHAN BALTHASAR (éd.), *International Commercial Arbitration*, Munich 2016 ; DIETMAR CZERNICH, Die Schiedsrechtsnovelle 2017, *LJZ* 39 (2018) p. 17-21 ; FELIX DASSER, "Soft law" in International Commercial Arbitration, *RCADI* 402 (2019) p. 385-596 ; FELIX DASSER/NICOLAS W. REITHNER, *The Liechtenstein Rules of Arbitration*, Berne 2015 ; ALAIN FÉNEON, L'arbitrage OHADA après la réforme du 23 novembre 2017, *Rev.arb.* 2018 p. 713-764 ; ALEJANDRO FOLLONIER-AYALA, Droit de l'arbitrage international en Amérique latine et en Suisse, Bâle 2015 ; MIGUEL JENE GÓMEZ, *International Commercial Arbitration in Spain*, Alphen aan den Rin 2019 ; SIMON GREENBERG *et al.*, *International Commercial Arbitration, An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge 2011 ; ABDEL HAMID EL-AHDAB/JALAL EL-AHDAB, *Arbitration with the Arab Countries*, 3<sup>e</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2011 ; MAHUTODJI JIMMY VITAL KODO, Aperçu général de l'actuel régime de l'arbitrage OHADA, ASA 36 (2018) p. 846-865 ; ERIC LOQUIN, L'accélération de la procédure d'arbitrage à l'intérieur de l'espace OHADA, *Clunet* 146 (2019) p. 343-364 ; NATHALIE NAJJAR, Arbitrage dans les pays arabes et commerce international, Issy-les-Moulineaux 2016 ; PAUL-GÉRARD POUGOUÉ, L'arbitrage dans l'espace OHADA, *RCADI* 380 (2015) p. 109-280 ; CASSIUS JEAN SOSSOU BIADJA, L'acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale, Genève 2016 ; ARMAND TERRIEN, The 2017 OHADA Uniform Act on Arbitration, *Cahiers* 2018 p. 255-269 ; HELLWIG TORGLER *et al.* (éd.), *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Deutschland – Österreich – Schweiz*, 2<sup>e</sup> éd. Zurich 2017 ; MANUEL WALSER, Rechtskraft von Schiedssprüchen in Liechtenstein, *LJZ* 37 (2016) p. 68-80.

*Convention de New York de 1958* : DIETMAR CZERNICH, Das New Yorker Schiedsübereinkommen und die Schiedsgerichtsbarkeit in Stiftungssachen, *LJZ* 33 (2012) p. 59-65 ; STEPHAN W. SCHILL (éd.), *Court Decisions on the New York Convention 1958*, *YCA* 45 (2020) p. 149-548 (chronique annuelle) ; WEI SHEN, *Rethinking the New York Convention, A Law and Economics Approach*, Cambridge 2013 ; REINMAR WOLFF (éd.), *New York Convention, Commentary*, 2<sup>e</sup> éd. Munich 2019.

*Convention européenne de 1961* : GEROLD ZEILER/ALFRED SIWY (éd.), *The European Convention on International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn 2019.

*CEDH - Droits de l'homme* : ERIC DE BRABANDERE, Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration, *RBDI* 50 (2017) p. 591-611 ; FILIP DE LY, Arbitration and the European Convention on Human Rights, *in* *Liber Amicorum Serge Lazareff*, Paris 2011, p. 181-205 ; JOHANNES HENDRIK FAHNER/MATTHEW HAPPOLD, The Human Rights Defence in International Investment Arbitration : Exploring the Limits of Systemic Integration, *ICLQ* 68 (2019) p. 741-759 ; MATHIEU MAISONNEUVE, Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable : l'arbitrage bienveillant de la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 119 (2019) p. 687-705 ; DANIEL RIETIKER, Introduire une requête en matière de sport à la Cour européenne des droits de l'homme, obstacles et perspectives, en particulier pour les parties aux procédures devant le Tribunal arbitral du sport (TAS), *RDS* 132 (2013) p. 259-281 ;

BRUNO SIMMA, Foreign Investment Arbitration : A Place for Human Rights ?, ICLQ 60 (2011) p. 573-596.

*Convention de Washington de 1965 (Arbitrage du CIRDI) – Arbitrage d’investissement :*

SANGE ADDISON-AGYEI, Nationality Planning und Treaty Shopping im Internationalen Investitionsrecht, Frankfurt a.M. 2012 ; GIULIA D’AGNONE, L’interpretazione delle clauseole sui waiting periods nella giurisprudenza dei tribunali ICSID: obblighi o raccomandazioni?, RDIPP 48 (2012) p. 897-910 ; GUILLERMO AGUILAR ALVAREZ/SANTIAGO MOUTT, Investments, Fair and Equitable Treatment, and the Principle of « Respect for the Integrity of the Law of the Host State » : Toward a Jurisprudence of « Modesty » in Investment Treaty Arbitration, *in* Looking to the Future, Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, Leiden 2011, p. 579-605 ; TITI AIKATERINI, The Right to Regulate in International Investment Law, Baden-Baden 2014 ; OMAR ALJAZY, The Concept of Diplomatic Protection within the ICSID Convention, *in* Concerto arbitral en trois mouvements pour Pierre Tercier, Genève 2013, p. 113-123 ; JOSÉ ENRIQUE ALVAREZ, The Public International Law Regime Governing International Investment, RCADI 344 (2009) p. 193-541 ; IDEM, Is the International Investment Regime a Form of Global Governance?, *in* Arbitration, The Next Fifty Years, 50th Anniversary Conference, Geneva 2011, Alphen aan den Rijn 2012, p. 137-160 ; JOSÉ E. ALVAREZ *et al.* (éd.), The Evolving International Investment Regime : Expectations, Realities, Options, New York 2011 ; YULIA ANDREEVA, Interpreting Consent to Arbitration as a Unilateral Act of State: A Case Against Conventions, Arb.int. 27 (2011) p. 129-147 ; JUDE ANTONY, Umbrella Clauses Since SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines - A Developing Consensus, Arb.Int. 29 (2013) p. 607-639 ; DAFINA ATANASOVA *et al.*, The Legal Framework for Counterclaims in Investment Treaty Arbitration, JIA 31 (2014) p. 357-392 ; FILIP BALCERZAK, Investor-State Arbitration and Human Rights, Leiden 2017 ; MARINO BALDI, More Modesty and Honesty in International Investment Law!, AJP 22 (2013) p. 728-732 ; CRINA BALTAG, The Energy Charter Treaty, Alphen aan den Rijn 2012 ; CRINA BALTAG (éd.), ICSID Convention after 50 Years, Unsettled Issues, Alphen aan den Rijn 2017 ; LUCAS BASTIN, Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends, Arb.Int. 30 (2014) p. 125-143 ; SIMON BATIFORT/J. BENTON HEATH, The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Breaks on Multilateralization, AJIL 111 (2017) p. 873-913 ; JORUN BAUMGARTNER, Treaty Shopping in International Investment Law, New York 2016 ; JESSICA BEESS UND CHROSTIN, Sovereign Debt Restructuring and Mass Claims Arbitration before the ICSID, The Abaclar Case, Harvard International Law Journal 53 (2012) p. 505-517 ; ELENA BELOVA, Les mesures provisoires en arbitrage d’investissement et les droits de l’homme de l’investisseur, Rev.arb. 2020 p. 983-1048 ; BERNHAR BERGER, Die Schweiz als Schiedsort für Investitionsstreitigkeiten – Erkenntnisse aus der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, ASA 38 (2020) p. 32-54, 296-314 ; KATHARINA BERNER, Menschenrechtsklauseln in Freihandels- und Investitionsschutzabkommen, EuZW 20 (2016) p. 533-538 ; PAOLO BERTOLI/ZENO CRESPI REGHIZZI, Regulatory Measures, Standards of Treatment and the Law Applicable to Investment Disputes, RDIPP 49 (2013) p. 43-74 ; R. DOAK BISHOP *et al.*, Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary, 2<sup>e</sup> éd. La Haye 2014 ; R. DOAK BISHOP/SILVIA M. MARCHILI, Annulment under the ICSID Convention, Oxford 2012 ; ANDREA K. BJORKLUND, Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims, Virginia Journal of International Law 45 (2004-05) p. 809-895 ; FABIAN BLANDFORD, Investitionsschutz im Mehrebenensystem, Baden-Baden 2020 ; KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, Aktuelle Probleme der Investitions-Schiedsgerichtsbarkeit aus der Sicht eines Schiedsrichters, SchiedsVZ 10 (2012) p 113-120 ; LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES, Changes in the Balance of Rights and Obligations: Towards Investor Responsabilization, *in* La protection des investissements étrangers, Paris 2017, p. 83-95 ; STÉPHANE BONOMO, Les traités bilatéraux relatifs aux investissements, Thèse Aix-Marseille 2012 ; ANNE-JULIETTE BONZON, La protection des investissements suisses à l’étranger dans le cadre des accords de promotion et de protection des investissements, Bâle 2012 ; TILLMANN RUDOLF BRAUN, Ausprägungen der Globalisierung: Der Investor als partielles Subjekt im Internationalen Investitionsrecht, Baden-Baden 2012 ; MARK V. BRAVIN/ALEX B. KAPLAN, Arbitrating closely related counterclaims at ICSID in the wake of Spyridon Roussalis v. Romania, YIA III (2013) p. 185-196 ; CHESTER BROWN (éd.), Commentaries on Selected Model Investment Treaties, Oxford 2013 ; MARC BUNGENBERG *et al.* (éd.), International Investment Law, Baden-Baden 2015 ; LAURENCE BURGER, The Trouble with Salini, ASA 31 (2013) p. 521-536 ; GUIDO CARDUCCI, Defining « Investment » in Public and Private International Law and the Scope of ICSID, NAFTA and Energy Charter Treaty Investment Arbitration, *in* Problemi e tendenze del diritto internazionale dell’economia, Liber amicorum Paolo Picone, Naples 2011, p. 649-673 ; JULIEN CAZALA, La dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI, AFDI 58 (2012) p. 551-565 ; HUIPING CHEN, The Expansion of Jurisdiction by ICSID Tribunals: Approaches, Reasons and Damages, JWII 12 (2011) p. 671-687 ; MAXIMILIAN CLASMEIER, Arbitral Awards as Investments, Alphen aan den Rijn 2017 ; DAVID COLLINS, ICSID Annulment Committee Appointments: Too Much Discretion for the Chairman?, Arb.Int. 30 (2013) p. 333-343 ; IDEM, An Introduction to International Investment Law, Cambridge 2017 ; JEFFEREY COMMISSION, Procedural Issues in International Investment Arbitration, Oxford 2018 ; ANTONIO CRIVELLARO, Annulment of ICSID Awards: Back to the « First Generation » ?, *in* Liber amicorum Serge Lazareff, Paris 2011, p. 145-175 ; IDEM, The Failure to State Reasons in ICSID Awards, Cahiers 2012 p. 865-881 ; KAREL DAELE, Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration, Alphen aan den Rijn 2012 ; HOP XUAN DANG, Jurisdiction Clauses in State Contracts Subject to Bilateral Investment Treaties, Int.AL.R 14 (2011) p. 1-18 ; ERIC DE BRABANDERE/JULIA LEPELTAK, Third Party Funding in International Investment Arbitration, ICSID Review 27 (2012) p. 379-398 ; MICHAEL DEKASTROS, Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention, JWII 14 (2013) p. 286-319 ; ARNAUD DE NANTEUIL/CLAIRE PAULY, Provisional Measures in ICSID Arbitration: To Be (Binding) or Not To Be?, Cahiers 2018 p. 219-237 ; ISURU C. DEVENDRA, State Responsibility for Corruption in International Investment Arbitration, JIDS 10 (2019) p. 248-287 ; ALEXANDRA DIEHL, The Core Standard of International Investment Protection, Fair and Equitable Treatment, Alphen aan den Rijn 2012 ; KATHARINA DIEL-GLIGOR, Towards Consistency in International Investment Jurisprudence, Leiden 2017 ; PAOLO DI ROSA, The Recent Wave of Arbitrations against Argentina under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues, Inter-American Law Review 36 (2004-05) p. 41-74 ; MARIEL DIMSEY, The limits of the « investment » definition in international investment arbitration in the context of international sales contracts, *in* Private Law, national, global, comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Berne 2011, p. 427-449 ; DANJA DJAJIĆ/PETAR DJUNDIĆ, Creeping expropriation - in search for a more comprehensive approach, YIA II (2011) p. 239-276 ; RUDOLF DOLZER/CHRISTOPH SCHREUER, Principles of International Investment Law, 2<sup>e</sup> éd. Oxford 2012 ; STEPHEN DONNELLY, Conflicting Forum-Selection Agreements in Treaty and Contract, ICLQ 69 (2020) p. 759-787 ; ZACHARY DOUGLAS, Transposing the Principles Governing the Plea of Illegality in Commercial Arbitration into the Domain of Investment Treaty Arbitration, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2012, Zurich 2012, p. 1-28 ; IDEM, The enforcement of environmental norms in investment treaty arbitration, *in* Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection, Cambridge 2013, p. 415-444 ; ZACHARY DOUGLAS *et al.* (éd.), The Foundations of International Investment Law, Bringing Theory into Practice, Oxford 2014 ;



CHRISTOPHER DUGAN *et al.*, *Investor-State Arbitration*, Oxford 2011 ; PATRICK DUMBERG, *Denial of Justice under NAFTA Article 1105: A Review of 20 Years of Case Law*, ASA 32 (2014) p. 246-264 ; IDEM, *The Fair and Equitable Treatment Standard, A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Alphen aan den Rijn 2013 ; IDEM, *The Protection of Investor's Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105*, JIA 31 (2014) p. 47-73 ; IDEM, *A Few Observations on the Remaining Fundamental Importance of Customary Rules in the Age of Treatyfication of International Investment Law*, ASA 34 (2016) p. 41-61 ; IDEM, *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*, Cambridge 2016 ; IDEM, *Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?*, JIDS 8 (2017) p. 155-178 ; IDEM, *A Guide to State Succession in International Investment Law*, Cheltenham 2018 ; PATRICK DUMBERRY/GABRIELLE DUMAS-AUBIN, *When and How Allegations of Human Rights Violations can be Raised in Investor-State Arbitration*, JWJ 13 (2012) p. 349-372 ; PIERRE-EMMANUEL DUPONT, *The Notion of ICSID Investment: Ongoing "Confusion" or "Emerging Synthesis"?*, JWJ 12 (2011) p. 245-272 ; FLORIAN DUPUY/PIERRE-MARIE DUPUY, *What to Expect from Legitimate Expectations?*, *in Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*, Alphen aan den Rijn 2015, p. 273-298 ; PIERRE-MARIE DUPUY *et al.* (éd.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford 2009 ; BJÖRN P. EBERT, *Forum Shopping in International Investment Law*, Tübingen 2017 ; MUHAMMAD EL GAWHARY, *Reflections on Recent ICSID Arbitral Awards in Which the "Illegality of the Investment" Defense Was Raised by the Host State*, *in Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*, Alphen aan den Rijn 2015, p. 299-324 ; DIMITRIJ EULER/GIUSEPPE BIANCO, *Breaking the Bond: Vulture Funds and Investment Arbitration*, ASA 31 (2013) p. 558-582 ; IBRAHIM FADLALLAH *et al.*, *Investissements internationaux et arbitrage*, Cahiers 2013 p. 929-1010 (chronique régulière) ; GIAN MARIA FARNELLI, *Treatment of Evidence and ICSID Annulment Proceedings*, RDIPP 54 (2018) p. 59-80 ; MATTHIAS FEKL, *Les contestations de l'arbitrage d'investissement et les négociations commerciales internationales contemporaines*, Cahiers 2018 p. 413-435 ; MARK FELDMAN, *Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration*, ICSID Review 27 (2012) p. 281-302 ; FILIPPO FONTANELLI, *Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration*, Leiden 2018 ; JULIEN FOURET, *Stay(ing) on Track or Falling off the Edge: The Absence of Legal Security in the Ad Hoc Committees' Decisions under Article 52(5) of the ICSID Convention*, ICSID Review 27 (2012) p. 303-334 ; SUSAN D. FRANCK, *Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration*, Harvard Journal of International Law 50 (2009) p. 435-489 ; IDEM, *The ICSID Effect?, Considering Potential Variations in Arbitration Awards*, Virginia Journal of International Law 51 (2010-11) p. 825-914 ; FLORIAN FRANKE, *Der personelle Anwendungsbereich des internationalen Investitionsschutzrechts*, Baden-Baden 2013 ; JAMES D. FRY/JUAN IGNACIA STAMPALIJA, *Forged Independence and Impartiality: Conflicts of Interest of International Arbitrators in Investment Disputes*, Arb.Int. 30 (2014) p. 189-263 ; SIMON GABRIEL, *Investment Planning via Switzerland*, ASA 31 (2013) p. 11-26 ; ELVIRA R. GADELISHINA, *Hermeneutic Reflections on the Specific Purpose of Umbrella Clauses*, JWJ 14 (2013) p. 804-828 ; JOHN P. GAFFNEY, *"Abus of Process" in International Treaty Arbitration*, JWJ 11 (2010) p. 515-538 ; EMMANUEL GAILLARD, *Le concours de procédures arbitrales dans le droit des investissements*, *in Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Paris 2015, p. 225-239 ; EMMANUEL GAILLARD/YAS BANIFATEMI (éd.), *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*, Huntington, NY 2018 ; ANDREA GATTINI *et al.* (éd.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden 2018 ; TARCISIO GAZZINI, *Is there any Place for Mediation in the Settlement of Disputes Between Foreign Investors and States?*, *in Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Turin 2014, p. 395-402 ; TARCISIO GAZZINI/ATTILA TANZI, *Handle with care: Umbrella clauses and MFN treatment in investment arbitration*, JWJ 14 (2013) p. 978-994 ; HAMID G. GHARAVI, *ICSID and Its Monarch*, *in Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*, Alphen aan den Rijn 2015, p. 325-335 ; AHMAD ALI GHOURI, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn 2015 ; ANDREA GIARDINA, *Les aspects juridiques du recours à l'arbitrage par un investisseur contre les autorités de l'Etat hôte en vertu d'un traité interétatique*, Rapport, Annuaire 74 (2011) p. 485-550 ; MICHAEL GINDLER, *Die local remedies rule im Investitionsschutzrecht*, Baden-Baden 2014 ; JÖRN GRIEBEL/YUN-I KIM, *Zwischen Aufbruch, Stillstand und Rückschritt : Überlegungen zur Zukunft des internationalen Investitionsschutzrechts*, SchiedsVZ 5 (2007) p. 186-195 ; FLORIAN GRISEL, *L'octroi d'intérêts composés par les tribunaux arbitraux d'investissement*, Clunet 138 (2011) p. 545-562 ; JÖRG GUNDEL, *Vom diplomatischen Schutz zum Recht der Investitionsschutzabkommen: offene Fragen und alternative Wege beim Auslandsschutz privater Vermögensinteressen*, Archiv des Völkerrechts 51 (2013) p. 108-141 ; CHRISTIAN VON HAMMERSTEIN/PETER ROEGELE, *Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht*, SchiedsVZ 13 (2015) p. 275-280 ; JIMMY SKJOLD HANSEN, *"Missing Links" in Investment Arbitration: Quantification of Damages to Foreign Shareholders*, JWJ 14 (2013) p. 434-479 ; RICHARD HAPP/NOAH RUBINS, *Digest of ICSID Awards and Decisions, 1974-2002, 2003-2007*, Oxford 2013, 2009 ; JASON HAYNES, *The Evolving Nature of the Fair and Equitable Treatment Standard: Challenging Its Increasing Pervasiveness in Light of Developing Countries' Concerns - The Case for Regulatory Rebalancing*, JWJ 14 (2013) p. 114-146 ; ALEXANDER HOFFMANN, *Gewerbliche Prozessfinanzierung in internationalen Investitionsschiedsverfahren*, Baden-Baden 2018 ; FERHAT HORCHANI (éd.), *Le CIRDI 45 ans après, Bilan d'un système*, Colloque Tunis 2010, Paris 2011 ; TOMOKO ISHIKAWA, *Interpreting the Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaty Arbitration: Interpretation as a Process of Creating an Obligation?*, *in Rethinking International Law and Justice*, Surrey 2015, p. 127-148 ; PATRICK JACOB/FRANCK LATTY, *Arbitrage transnational et droit international général* (2012), AFDI 58 (2012) p. 605-652 ; JEAN-MICHEL JACQUET, *Des contrats d'Etat aux contrats d'investissement: continuité et discontinuité*, Clunet 147 (2020) p. 1-39 ; PATRICK JAKOB/ARNAUD DE NANTEUIL, *Arbitrage d'investissement et droit international général* (2018), AFDI 64 (2018) p. 655-690 (chronique annuelle) ; ABHIMANYU GEORGE JAIN, *Consent to Counterclaims in Investor-State Arbitrations: A Post-Roussalis Analysis*, Int.ALR 16 (2013) p. 135-147 ; NICOLAS JELONEK/RORY V. WHEELER, *The Proposed Amendments to ICSID's Rules on Litigation Financing and Security for Costs*, Cahiers 2019 p. 9-20 ; J. OLE JENSEN, *Die Auslegung von Investitionsschutzabkommen am Beispiel der "umbrella clause"*, RIW 62 (2016) p. 277-286 ; YOUNGJIN JUNG/SANGWOOK DANIEL HAN, *What to do with the Dilemma facing the State of Necessity Defense under the Investment Treaties and How to Interpret the NPM Clause?*, JWJ 12 (2011) p. 397-409 ; RIDHI KABRA, *Has Abaclat v. Argentina left the ICSID with a "massive" problem?*, Arb.Int. 31 (2015) p. 425-453 ; MARK KANTOR, *Little Has Changed in the New US Model Bilateral Investment Treaty*, ICSID Review 27 (2012) p. 335-378 ; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *Non-Disputing State Submissions in Investment Arbitration: Resurgence of Diplomatic Protection?*, *in Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leiden 2013, p. 307-326 ; MORITZ KELLER/CARSTEN WENDLER LÓPEZ, *Is there a Common Approach to Provisional Measures ? - An Overview of ICSID Case Law*, SchiedsVZ 9 (2011) p. 183-194 ; THOMAS KENDRA, *State Counterclaims in Investment Arbitration - A New Lease of Life?*, Arb.Int. 29 (2013) p. 575-606 ; CARSTEN KERN, *Schiedsgericht und Generalklausel, Zur Konkretisierung des Gebots des fair and equitable treatment in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen 2017 ; HEGE ELISABETH KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, Oxford 2013 ; ROLAND KLÄGER, « Fair and Equitable

Treatment» in International Investment Law, Cambridge 2011 ; DOMINIK KNEER, Investitionsschutz und Menschenrechte, Baden-Baden 2013 ; CSABA KOVÁCS, Attribution in International Investment Law, Alphen aan den Rijn 2018 ; DEVASHISH KRISHAN, Thinking About BITs and BIT Arbitration : The Legitimacy Crisis That Never Was, *in* New Directions in International Economic Law, Leiden 2011, p. 107-150 ; ANDREAS KULICK, Global Public Interest in International Investment Law, Cambridge 2012 ; IDEM, Sechs Jahre nach CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic : Überlegungen zur Anwendbarkeit des völkergewohnheitsrechtlichen Notstandes gegenüber Investoren, *ZvglRW* 110 (2011) p. 197-217 ; MALIK LAAZONZI/SOPHIE LEMAIRE, Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, *Rev.arb.* 2018 p. 423-470 (chronique régulière) ; SVEN LANGE, Denial-of-Benefits-Klauseln in internationalen Investitionsschutzverträgen, Baden-Baden 2016 ; CAROLYN B. LAMM, Internationalization of the Practice of Law and Important Emerging Issues for Investor-State Arbitration, *RCADI* 354 (2011) p. 9-63 ; CHALRES LEBEN (éd.), La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux, Louvain-la-Neuve 2010 ; IDEM, Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris 2015 ; SOPHIE LEMAIRE, L'arbitrage d'investissement et la restructuration de dettes souveraines (de l'expérience argentine au cas grec), *Rev.arb.* 2014 p. 53-73 ; ALOYSIUS P. LLAMZON, Corruption in International Investment Arbitration, *Oxford* 2014 ; TORSTEN LÖRCHER, ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 3 (2005) p. 11-21 ; FERNANDO LOZANO CONTRERAS, El estado de necesidad y la cláusulas de emergencia contempladas en los APPRI: los casos argentinos ante el CIADI, *REDI* 65 (2013) p. 101-129 ; JESPER LÜNSMANN, Unilateral "Consent" im System der Streitbeilegung nach der ICSID Konvention, Baden-Baden 2017 ; MARTINA MAGNARELLI, Privity of Contract in International Investment Arbitration, Alphen aan den Rijn 2020 ; NIDA MAHMOUD, Democratizing Investment Laws: Ensuring "Minimum Standards" for Host States, *JWI* 14 (2013) p. 79-113 ; SÉBASTIEN MANCIAUX, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Chronique des sentences arbitrales, *Clunet* 140 (2013) p. 505-558 (chronique annuelle) ; SEBASTIÁN MANTILLA BLANCO, Justizielles Unrecht im internationalen Investitionsschutzrecht, Baden-Baden 2016 ; IRMGARD MARBOE, ICSID Annulment Decisions: Three Generations Revisited, *in* International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer, Oxford 2009, p. 200-220 ; IDEM, Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law, 2<sup>e</sup> éd. Oxford 2017 ; JEAN-MICHEL MARCOUX, Transnational Public Policy as a Vehicle to Impose Human Rights Obligations in International Investment Arbitration, *JWI* 21 (2020) p. 809-846 ; JEAN-MICHEL MARCOUX/ANDREA K. BJORKLUND, Foreign Investors' Responsibilities and Contributory Fault in Investment Arbitration, *ICLQ* 69 (2020) p. 877-905 ; CORNEL MARIAN, Who is Afraid of Nottebohm ?, *JIA* 28 (2011) p. 313-326 ; LARS MARKERT/ELISA FREIBURG, Moral Damages in International Investment Disputes - On the Search for a Legal Basis and Guiding Principles, *JWI* 14 (2013) p. 1-43 ; ANTOINE MARTIN, Investment Disputes after Argentina's Economic Crisis: Interpreting BIT Non-precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law, *JIA* 29 (2012) p. 49-70 ; JULIE A. MAUPIN, Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach, *Virginia Journal of International Law* 54 (2014) p. 367-435 ; CAMPBELL MCLACHLAN *et al.*, International Investment Arbitration, Substantive Principles, 2<sup>e</sup> éd. Oxford 2017 ; SÉVERINE MENÉTRY, La transparence dans l'arbitrage d'investissement, *Rev.arb.* 2012 p. 33-64 ; KATRIN MESCHÉDE, Die Schutzwirkung von umbrella clauses für Investor-Staat-Verträge, Baden-Baden 2014 ; CALINE MIOUAWAD/ELIZABETH SILBERT, A Guide to Interim Measures in Investor-State Arbitration, *Arb.Int.* 29 (2013) p. 381-434 ; SANTIAGO MONTT, State Liability in Investment Treaty Arbitration, Oxford 2009 ; HORATIA MUIR WATT, Chevron, l'enchevêtrement des fors, *Rev.crit.* 100 (2011) p. 339-351 ; KRISTA NADAKAVAKUREN SCHEFER, International Investment Law, Texts, Cases and Materials, 3<sup>e</sup> éd. Cheltenham 2020 ; KEI NAKAJIMA, Beyond Abaclat: Mass Claims in Investment Treaty Arbitration and Regulatory Governance for Sovereign Debt Restructuring, *JWI* 19 (2018) p. 208-247 ; ARNAUD DE NANTEUIL, Droit international de l'investissement, 3<sup>e</sup> éd. Paris 2020 ; IDEM, L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement, Paris 2014 ; SUZY NIKIEMA, L'expropriation indirecte en droit international des investissements, Paris 2012 ; IDEM, Les "mesures" d'expropriation indirecte en droit international des investissements: Les actes et omissions de l'Etat d'accueil, *in* Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet, Paris 2013, p. 235-253 ; MARTINS PAPIRISKIS, Investment Arbitration and the Law of Countermeasures, *BYIL* 79 (2008) p. 264-352 ; ANTONIO R. PARRA, The History of ICSID, 2<sup>e</sup> éd. Oxford 2017 ; MICHELE POTESTÀ, The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws, *Arb.Int.* 27 (2011) p. 149-169 ; THOMAS OBERSTEINER, "In Accordance with Domestic Law" Clauses: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors, *JIA* 31 (2014) p. 265-288 ; DIEUDONNÉ EDOUARD ONGUENE ONANA, La compétence en arbitrage international relatif aux investissements, Les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI, Bruxelles 2012 ; FRANCISCO ORREGO VICUÑA, Softening Necessity, *in* Looking to the Future, Essays on International Law in Honour of W. Michael Reisman, Leiden 2011, p. 741-751 ; MARTINS PAPIRISKIS (éd.), Basic Documents on International Investment Protection, Oxford 2012 ; IDEM, MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond Maffezini and Plama?, *ICSID Review* 26 (2011) p. 14-58 ; IDEM, International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment, Oxford 2013 ; ANTONIO R. PARRA, The History of ICSID, Oxford 2012 ; IDEM, The Convention and Centre for Settlement of Investment Disputes, *RCADI* 374 (2014) p. 313-410 ; ALAIN PELLET, La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI, *Clunet* 141 (2014) p. 5-32 ; SRILAL M. PERERA, Equity-Based Decision-Making and the Fair and Equitable Treatment Standard: Lessons From the Argentine Investment Disputes, *JWI* 13 (2012) p. 210-255, 442-485 ; MARKUS PERKAMS, Internationale Investitionsschutzabkommen im Spannungsfeld zwischen effektivem und staatlichem Gemeinwohl, Baden-Baden 2011 ; STEFANIE PIECK, Der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung in Investitionsschutzverträgen, Frankfurt a.M. 2013 ; JONATHAN B. POTTS, Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties : Intent, Reliance, Internationalization, *Virginia Journal of International Law* 51 (2010-11) p. 1005-1045 ; VID PRISLAN, Judicial Expropriation in International Investment Law, *ICLQ* 70 (2021) p. 165-195 ; SERGIO PUIG/MEG KINNEAR, NAFTA Chapter Eleven at Fifteen: Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration, *ICSID Review* 25 (2010) p. 225-267 ; AUGUST REINISCH, Necessity in Investment Arbitration, *Netherlands Yearbook of International Law* 41 (2010) p. 137-158 ; BENJAMIN REMY, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Chronique des sentences arbitrales, *Clunet* 148 (2021) p. 287-344 (chronique régulière) ; SABRINA ROBERT-CUENDET, Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement, Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte, Leiden 2010 ; SABRINA ROBERT-CUENDET (éd.), Droit des investissements internationaux, Perspectives croisées, Bruxelles 2017 ; ANTHEA ROBERTS, Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, *AJIL* 107 (2013) p. 45-94 ; ANTOINE ROMANETTI, Defining Investors: Who Is Eligible To Claim?, *JIA* 29 (2012) p. 231-254 ; THOMAS RUTHEMEYER, Der amicus curiae brief im Internationalen Investitionsrecht, Baden-Baden 2014 ; BORZU SABAH, Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration, Oxford 2011 ; GIORGIO SACERDOTI (éd.), General Interests of Host States in International Investment Law, Cambridge 2014 ; KLAUS SACHS/SUSAMME HÄUSLER, Import of

Umbrella Clauses by Way of Invoking Most-Favoured-Nation-Treatment Clauses in International Investment Treaty Law, *in* *Ars Aequi et Boni in Mundo*, Festschrift für Rolf A. Schütze, Munich 2015, p. 499-509 ; JESWALD W. SALACUSE, *The Three Laws of International Investment, National, Contractual and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford 2013 ; AMY SANDER, *Investment Insurance and Investment Arbitration: The Position of the Third Party*, *EIAR* 1 (2012) p. 19-29 ; DAN SAROOSHI, *Provisional Measures and Investment Treaty Arbitration*, *Arb.Int.* 29 (2013) p. 361-379 ; MONIQUE SASSON, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2017 ; MAVLUDA SATTOROVA, *Denial of Justice Disguised ?*, *ICLQ* 61 (2012) p. 223-246 ; KARL P. SAUVENT (éd.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford 2008 ; LOUIS SAVADOGO, *Déni de justice et responsabilité internationale de l'Etat pour les actes de ses juridictions*, *Clunet* 143 (2016) p. 827-876 ; MATTHIAS SCHERER, *ICSID Annulment Proceedings Based on Serious Departure from a Fundamental Rule of Procedure*, *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration* 1 (2011) p. 211-226 ; IDEM, *Mission Impossible? – Challenging Investment Treaty Awards before the Swiss Federal Tribunal*, *in* *New Developments in International Commercial Arbitration 2000*, p. 27-76 ; MATTHIAS SCHERER/LEA MURPHY, *Inventory of Arbitration Proceedings Based on Swiss Bilateral Investment Treaties (BIT)*, *ASA* 37 (2019) p. 9-26 ; ANDREA SCHERNBECK, *Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen*, Baden-Baden 2013 ; JULIAN SCHEU, *Systematische Berücksichtigung von Menschenrechten in Investitionsschiedsverfahren*, Baden-Baden 2017 ; MICHAEL E. SCHNEIDER, *Investment Disputes - Moving Beyond Arbitration*, *in* *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leiden 2013, p. 119-151 ; ANNE MIRJAM SCHNEUWLY, *Internationaler Netzwerkmechanismus im Investitionsschutz an der Schnittstelle von Wirtschaft, Recht und Politik*, *in* *Recht zwischen Dogmatik und Theorie*, Marc Amstutz zum 50. Geburtstag, Zurich 2012, p. 259-276 ; JAN SCHOKKAERT/YVON HECKSCHER, *Investment Contracts between Sovereign States and Private Companies - Link between BITs and State Contracts*, *JWI* 11 (2010) p. 903-963 ; CHRISTOPH SCHREUER, *The Future of Investment Arbitration*, *in* *Looking to the Future, Essays on International Law in Honour of W. Michael Reisman*, Leiden 2011, p. 787-803 ; INGEBORG SCHWENZER/PASCAL HACHEM, *Chapter 22 : Moral Damages in International Investment Arbitration*, *in* *International Arbitration and International Commercial Law, Liber amicorum Eric Bergsten*, Alphen aan den Rijn 2011, p. 411-430 ; WENHUA SHAN (éd.), *The Legal Protection of Foreign Investment, A Comparative Study*, Oxford 2012 ; BRUNO SIMMA, *Foreign Investment Arbitration : A Place for Human Rights ?*, *ICLQ* 60 (2011) p. 573-596 ; JOSHUA B. SIMMONS, *Valuation in Investor State Arbitration: Toward a More Exact Science*, *in* *International Arbitration, Contemporary Issues and Innovations*, Sokol Colloquium, Leiden 2013, p. 55-114 ; EMILY SIPIORSKI, *Good Faith in International Investment Arbitration*, Oxford 2019 ; HADI SLIM, *Host State's Liability in Investment Dispute Arbitration: The Role of Domestic Law*, *in* *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*, Alphen aan den Rijn 2015, p. 345-358 ; ROBERT D. SLOANE, *On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility*, *AJIL* 106 (2012) p. 447-508 ; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 4<sup>e</sup> éd. Cambridge 2017 ; FRÉDÉRIC G. SOURGENS *et al.*, *Evidence in International Investment Arbitration*, Oxford 2018 ; JAN ERIK SPANGENBERG, *Der Investorbegriff und die Zuständigkeit *ratione personae**, Frankfurt a.M. 2015 ; CARLO DE STEFANO, *Corporate Nationality in International Investment Law: Substance over Formality*, *RDIPP* 55 (2019) p. 819-855 ; ARMIN STEINBACH, *Investor-Staat-Schiedsverfahren und Verfassungsrecht*, *RabelsZ* 80 (2016) p. 1-38 ; ANDREA MARCO STEINGRUBER, *El Paso v Argentine Republic: Unidroit Principles of International Commercial Contracts as a reflection of "general principles of law recognized by civilized nations" in the context of an investment treaty claim*, *RDU* 18 (2013) p. 509-532 ; JACOB STONE, *Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment*, *Leiden Journal of International Law* 25 (2012) p. 77-107 ; S.I. STRONG, *Mass procedures in *Abaclat v. Argentine Republic* - are they consistent with the international investment regime?*, *YIA* III (2013) p. 261-283 ; IDEM, *Mass Procedures as a Form of "Regulatory Arbitration" – *Abaclat v. Argentine Republic* and the International Investment Regime*, *The Journal of Corporate Law* 38 (2013) p. 259-324 ; SURYA P. SUBEDI, *International Investment Law*, 3<sup>e</sup> éd. Oxford 2016 ; DAISAKU SUGIHARA, *Investment Chapter of the Japan-Switzerland Free Trade Economic Partnership Agreement (JSFTEPA)*, *Japanese Yearbook of International Law* 53 (2010) p. 122-148 ; MIRA SULEIMENOVA, *MFN Standard as Substantive Treatment*, Baden-Baden 2019 ; ERIC TEYNIER, *L'office de l'arbitre d'investissement: le cas particulier de l'investissement illicite*, *Rev.arb.* 2019 p. 117-172 ; J. CHRISTOPHER THOMAS, *The Evolution of the ICSID System as an Indication of What the Future Might Hold*, *in* *International Arbitration, The Coming New Age?*, La Haye 2013, p. 563-606 ; LAURENCE J.E. TIMMER, *Manifest Excess of Powers as a Ground for the Annulment of ICSID Awards*, *JWI* 14 (2013) p. 775-803 ; CATHERINE TITI, *Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement: une entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil?*, *Clunet* 141 (2014) p. 541-562 ; R. ZACHARY TORRES-FOWLER, *Undermining ICSID: How the Global Antibribery Regime Impairs Investor-State Arbitration*, *Virginia Journal of International Law* 52 (2011-12) p. 995-1039 ; INNA UCHKUNOVA, *Much Ado about Nothing – Conditional Stay of Enforcement in Annulment Proceedings under the ICSID Convention*, *Arb.Int.* 30 (2014) p. 283-356 ; VALENTINA VADI, *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*, Cheltenham 2018 ; MARTIN J. VALASEK/PATRICK DUMBERTY, *Development in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes*, *ICSID Review* 26 (2011) p. 34-75 ; MARA VALENTI, *The Scope of an Investment Treaty Dispute Resolution Clause: It is Not Just a Question of Interpretation*, *Arb.Int.* 29 (2013) p. 243-262 ; SUBHIKSH VASUDEV, *Damages for Non-Material Harm in Investment Treaty Arbitration*, *ASA* 37 (2019) p. 97-110 ; JORGE E. VIÑALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge 2012 ; SVEN-MICHAEL VOLKMER, *Stay of Enforcement Decisions in ICSID Annulment Proceedings: Taking Stock*, *JIA* 29 (2012) p. 691-714 ; JAN OLE VOSS, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Leiden 2011 ; GUIGUO WANG, *International Investment Law: A Chinese Perspective*, Londres 2015 ; THOMAS H. WEBSTER, *Handbook of Investment Arbitration*, Londres 2012 ; J. ROMESH WEERAMANTRY, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford 2012 ; HANNO WEHLAND, *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration*, Oxford 2013 ; IDEM, *Iberdrola v. Guatemala – When Do Negative Jurisdictional Awards Have Res Judicata Effect in Investment Treaty Arbitrations?*, *ASA* 39 (2021) p. 91-108 ; TODD WEILER, *The Interpretation of International Investment Law, Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Leiden 2013 ; RÜDIGER WOLFRUM/INA GÄTZSCHMANN (éd.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?*, Heidelberg 2012 ; KATIA YANNACA-SMALL (éd.), *Arbitration under International Investments Agreements*, 2<sup>e</sup> éd. Oxford 2018 ; GIOVANNI ZARRA, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, Turin 2017 ; NASSIB G. ZIADÉ, *L'éthique et l'arbitrage en matière d'investissement: grandeur et misère de la fonction d'arbitre*, *Rev.arb.* 2012 p. 307-332.

*Union européenne :*

JULIANE AHNER, *Investor-Staat-Schiedsverfahren nach Europäischem Unionsrecht*, Tübingen 2015 ; GÉRARD ANOU, *Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI*, *Clunet* 142 (2015) p. 505-525 ; NICO

BASENER, Investment Protection in the European Union, Baden-Baden 2017; PETER BEHRENS, Die Zukunft des EU-internen Investitionsschutzes nach dem EuGH-Urteil in der Rs. Achmea, RIW 64 (2018) p. 701-712; MASSIMO V. BENEDETTELLI, The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective, EIAR 8 (2019) p. 115-159; GEORGE A. BERMANN, Navigating EU Law and the Law of International Arbitration, Arb.Int. 28 (2012) p. 397-445; PIERO BERNARDINI, The European Union's Investment Court System, A Critical Analysis, ASA 35 (2018) p. 812-836; SEBASTIAN BERTOLINI, Die Durchsetzung von ISDS-Entscheidungen in Deutschland, Berlin 2019; XAVIER BOUCOBZA, Variations sur Achmea, Le droit de l'arbitrage à l'épreuve du droit européen, Cahiers 2019 p. 21-46; SAÏDA EL BOUDOUHI, L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les Etats membres de l'Union européenne avec des Etats tiers, Revue trimestrielle de droit européen 47 (2011) p. 85-115; LAURA BRÄUNINGER, Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und Diskriminierungsverbote, Berlin 2015; CHARLES N. BROWER, Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming the Four Horsemen of the Apocalypse for International Investment Dispute Arbitration?, Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones 8 (2015) p. 653-686; MARC BUNGENBERG, The Multilateral Investment Court – Royal Road or Dead End for the EU Legal Order?, RDAI 2019 p. 471-487; MARC BUNGENBERG/AUGUST REINISCH, From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, Cham 2018; IDEM, Von bilateralen Schieds- und Investitionsgerichten zum multilateralen Investitionsgerichtshof, Baden-Baden 2018; MARCO BUNGENBERG *et al.* (éd.), EU and Investment Agreements, Open Questions and Remaining Challenges, Baden-Baden 2013; JULIEN CAZALA, La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-Etat exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents, Clunet 144 (2017) p. 81-97; IDEM, Fin de partie pour les traités bilatéraux d'investissement intra-européens?, A propos de l'accord du 5 mai 2020, Clunet 147 (2020) p. 855-873; ALESSANDRO COVI, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Baustein des europäischen Investitionsschutzrechts, Baden-Baden 2016; JOANNA G. COYNE, The TTIP Investment Court System: An Evolution of Investor-State Dispute Settlement, EIAR 5 (2016) p. 1-21; ARNAUD DE NANTIEUL, Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement?, Clunet 144 (2017) p. 55-80; HANS-GEORG DEDERER, Deutschlands Haltung zum internationalen Investitionsschutz, RIW 65 (2019) p. 397-406; ANTOINE DELBECQUE, Le principe de précaution: conflits de normes sous l'angle du CETA, RDIDC 97 (2020) p. 411-439; ANGELOS DIMOPOULOS, EU Foreign Investment Law, Oxford 2011; SAÏDA EL BOUDOUHI, L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les Etats membres de l'Union européenne avec des Etats tiers, Revue trimestrielle de droit européen 47 (2011) p. 85-115; FELICITAS DIETHELM, ISDS-Regeln im CETA zwischen der EU und Kanada: Aspekte der Weiterentwicklung gegenüber früheren ISDS-Regelungen, SchiedsVZ 17 (2019) p. 309-320; GEORGIOS DIMITROPOULOS, Investor-State Dispute Settlement Reform and Theory of Institutional Design, JIDS 9 (2018) p. 535-569; CHRISTIAN DUVE/KARL ÖMER RÖSCH, Lösen internationale Gerichte die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ab?, ZvgIRW 114 (2015) p. 387-406; SIEGFRIED ELSING, The New Approach to ISDS – Improvement or Setback?, in National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht, Festschrift für Herbert Kronke, Bielefeld 2020, p. 1387-1398; SIEGFRIED ELSING/FRANZISKA GROTE, TTIP und der Spill-over-Effekt auf die Handelsschiedsgerichtsbarkeit, RIW 64 (2018) p. 321-339; DANIEL ENGEL, Das Investor-Staat-Streitbeilegungssystem auf dem unionsrechtlichen Prüfstand, SchiedsVZ 15 (2017) p. 291-299; FRANCO FERRARI (éd.), The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration, New York 2017; PHILIPP FÖLSING, Chevron gegen Ecuador: Lehren für den transatlantischen Investorenschutz, RIW 60 (2014) p. 500-507; JOHN GAFFNEY/CEDRIC SOULE, Case Comment - Slovak Republic v. Eureka B.V., OLG Frankfurt (10 May 2012), Cahiers 2012 p. 769-781; SEBASTIAN GÖSSLING, Europäisches Kollisionsrecht und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Tübingen 2019; LUDWIG GRAMLICH/CLAUDIA CONEN, Der Streit um die Investor-Staat-Streitbeilegung im Kontext von CETA und TTIP – Erkenntnisse und Lösungsansätze, SRIEL 26 (2016) p. 391-416; SOPHIE GROSBON, Investissement et changement climatiques: le chapitre 8 de l'Accord économique et commercial global (AECG/CETA) face aux impératifs de transition énergétique, Clunet 146 (2019) p. 365-389; THOMAS HENQUET, International investment and the European Union: an uneasy relationship, in Investment Law within International Law, Cambridge 2013, p. 375-386; FRANK HOFFMEISTER/GABRIELA ALEXANDRU, A First Glimpse of Light on the Emerging Invisible EU Model BIT, JWIL 15 (2014) p. 379-401; ÍÑIGO IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, El capítulo sobre inversiones del Acuerdo Económico y Comercial Global de la Unión Europea y Canadá (CETA): análisis crítico de una iniciativa inacabada, Arbitraje 10 (2017) p. 41-107; CHRISTINE KADDOUS, Arbitrage, Union européenne et accords bilatéraux d'investissement, RSDIE 23 (2013) p. 3-8; THOMAS KENDRA/LARA KOZYREFF, The future of investment protection in Europe – the EU takes control, YIA III (2013) p. 239-260; CATHERINE KESSEDIAN (éd.), Le droit européen et l'arbitrage d'investissement, Paris 2011; JAN KLEINHEISTERKAMP, European Policy Space in International Investment Law, ICSID Review 27 (2012) p. 416-431; ROLF KNIEPER, Investitionsschiedsgerichtsbarkeit: Warum reparieren, was nicht kaputt ist?, SchiedsVZ 18 (2020) p. 60 ss; NIKOS LAVRANOS/TANIA SINGLA, Achmea: Groundbreaking or Overrated?, SchiedsVZ 16 (2018) p. 348-357; RAFAEL LEAL-ARCAS, The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon, JWIL 11 (2010) p. 463-514; SOPHIE LEMAIRE, Arbitrage d'investissement et Union européenne, Rev.arb. 2016 p. 1029-1052; ERIC LOQUIN/SÉBASTIEN MANCIAUX, Les propositions de l'Union européenne en matière d'arbitrage d'investissement, in Arbitrage et droit de l'Union européenne, p. 153-177; JULIA LÜBKE, Unionsrechtliche Grenzen von Investitionsschutzklauseln, GPR 15 (2018) p. 149-153; IDEM, Investitionsabkommen in der Kompetenzordnung der Europäischen Union – zugleich zu EuGH Gutachten 1/17 (CETA), GPR 17 (2020) p. 21-30; PAOLA MARIANI, The Future of BITs between EU Member States: are intra-EU BITs compatible with the internal market?, in General Interests of Host States in International Investment Law, Cambridge 2014, p. 265-286; FABRIZIO MARRELLA/SARA DE VIDO, Sugli investimenti diretti esteri regolati dai nuovi accordi commerciali dell'Unione europea, in Ars Aequi et Boni in Mundo, Festschrift für Rolf A. Schütze, Munich 2015, p. 355-363; PIERRE MAYER (éd.), Arbitrage et droit de l'Union européenne, Colloque 2011, Paris 2012; MAKANE MOÏSE MBENGUE/STEFANIE SCHACHERER (éd.), Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), Cham 2019; ALEXIS MOURRE/JULIEN FOURET, Le chapitre X de l'accord économique et commercial global Canada-Union européenne, in Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer, Paris 2015, p. 571-590; MARCO MUSER/CHRISTA TOBLER, Schiedsgerichte in den Aussenverträgen der EU, Jusletter, 29 mai 2018; ANDREA PINNA, The Incompatibility of Intra-EU BITs with European Union Law, Cahiers 2018 p. 73-95; AUGUST REINISCH, Putting the Pieces Together ... an EU Model BIT?, JWIL 15 (2014) p. 679-704; DAVID RESTREPO AMARILES *et al.*, Reconciling International Investment Law and European Law in the Wake of Achmea, ICLQ 69 (2020) p. 907-943; JÖRG RISSE/NICOLAS GREMMINGER, The Truth About Investment Arbitration (not only) under TTIP – Four Case Studies, ASA 33 (2015) p. 465-484; OTTO SANDROCK, Unter dem CETA-Übereinkommen sind «private» Schiedsgerichte zulässig, RIW 63 (2017) p. 245-255; WERNER SCHROEDER, Bitte ein BIT für die Europäische Union, RIW 57 (2011) p. 684-690; PATRICIA SARAH STÖBENER DE MORA, Das Achmea-Urteil zum Intra-EU-Investitionsschutz, EuZW 29 (2018) p. 363-370; JOSHUA B. SIMMONS, The

Misdiagnosed Investment Court: The Wrong Remedy for the Right Problem, *EIAR* 5 (2016) p. 23-49 ; JACOPO TAVASSI, The EU Investment Policy: How to ensure a fair regulation of the concerned interests?, *JWI* 13 (2012) p. 645-660 ; CHRISTIAN TIETJE, Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im EU-Binnenmarkt, *IPRax* 33 (2013) p. 64-69 ; GIULIA VALLAR, L'arbitrabilità delle controversie tra un investitore di uno Stato membro ed un altro Stato membro, *RDIPP* 50 (2014) p. 849-884 ; MAREK WIERZBOWSKI/ALEKSANDER GUBRYNOWICZ, Conflict of Norms Stemming from Intra-EU BITs and EU Legal Obligations: Some Remarks on Possible Solutions, *in* International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer, Oxford 2009, p. 544-560 ; RUMIANA YOTOVA, The new EU competence in foreign direct investment and intra-EU investment treaties : does the emperor have new clothes ?, *in* Investment Law within International Law, Cambridge 2013, p. 387-414 ; GRZEGORZ ZMIJ, Investitionsstreitigkeiten zwischen Deutschland und Polen aus der europäischen Perspektive, Anmerkung zum Achmea-Urteil und seinen Folgen, *ZEuP* 27 (2019) p. 535-553.

*Tribunal des différends irano-américains :*

HEBERT KRONKE, Internationales Beweisrecht in der Praxis des Iran-United States Claims Tribunal, *in* Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, Bielefeld 2015, p. 511-519 ; ALI Z. MAROSSI, Shifting the Burden of Proof in the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal, *JIA* 28 (2011) p. 427-443.

*Loi-type de la CNUDCI :*

FRÉDÉRIC BACHAND/FABIEN GÉTINAS (éd.), The UNCITRAL Model Law after Twenty-Five Years, Huntington, NY 2013 ; PETER BINDER, International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, 4<sup>e</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2019.

*Règlement d'arbitrage de la CNUDCI :*

PETER BINDER, Analytical Commentary to the UNCITRAL Arbitration Rules, Londres 2013 ; DAVID D. CARON/LEE M. CAPLAN, The UNCITRAL Arbitration Rules, A Commentary, 2<sup>e</sup> éd. Oxford 2013 ; PAUL COAKS, The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration: Continuing the Evolution of Investment Treaty Arbitration, *Int.ALR* 17 (2014) p. 113-122 ; CLYDE CROFT *et al.*, A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules, Cambridge 2013 ; DIMITRIJ EULER, Transparency Rules and the Mauritius Convention: A Favourable Haircut of the State's Sovereignty in Investment Arbitration?, *ASA* 34 (2016) p. 355-374 ; DIMITRIJ EULER *et al.* (éd.), Transparency in International Investment Arbitration, Cambridge 2015 ; SHOTARO HAMAMOTO, Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités et la Convention de Maurice sur la transparence, *Clunet* 143 (2016) p. 3-59 ; SOPHIE NAPPERT, Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules 2010, Huntington, NY 2012 ; PAOLO MICHELE PATOCCHI/TILMAN NIEDERMAIER, Chapter XV: UNCITRAL Arbitration Rules, *in* Schütze, Institutional Arbitration, p. 1003-1249 ; JAN PAULSSON/GEORGIOS PETROCHILOS, UNCITRAL Arbitration, Alphen aan den Rijn 2018 ; PIERRE PIC/IRÈNE LEGER, Le nouveau Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010), *Rev.arb.* 2011 p. 99-118 ; CLAUDIA REITH, The new UNCITRAL Rules on Transparency 2014 – significant breakthrough or a regime full of empty formula?, *YIA* IV (2015) p. 121-147 ; JULIA SALASKY/CORINNE MONTINERI, UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration, *ASA* 31 (2013) p. 774-796 ; MICHAEL E. SCHNEIDER, The revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, Some observations on the process and the rules, *Cahiers* 2011 p. 903-938 ; THOMAS H. WEBSTER, Handbook of UNCITRAL Arbitration, 3<sup>e</sup> éd. Londres 2019 ; CHRISTIAN WOLF/NESSIM ESLAMI, Die neuen UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Arbitration (UNCITRAL-TR), *in* *Ars Aequi et Boni in Mundo*, Festschrift für Rolf A. Schütze, Munich 2015, p. 747-761.

*Chambre de Commerce Internationale :*

JEAN-JACQUES ARNALDEZ, Collection of ICC Arbitral Awards, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, vol. VII, 2012-2015, Alphen aan den Rijn 2013 ; PHILIPPE CAVALIEROS *et al.*, Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, Chronique des sentences arbitrales, *Clunet* 146 (2019) p. 895-972 (chronique régulière) ; W. LAURENCE CRAIG/LAURENT JAEGER, The 2012 ICC Rules: Important Changes and Issues for Future Resolution, *Cahiers* 2012 p. 15-50 ; JACOB GRIERSON/ANNET VAN HOOFT, Arbitrating under the 2012 ICC Rules, An Introductory User's Guide, Alphen aan den Rijn 2012 ; LARA HAMMOUD, The New ICC Rules of Arbitration: a summary of the most relevant changes to the 1998 rules of arbitration, *in* Concerto arbitral en trois mouvements pour Pierre Tercier, Genève 2013, p. 67-83 ; ELISABETH LEIMBACHER, Efficiency under the New ICC Rules of Arbitration of 2012 : first glance at the new practice, *ASA* 31 (2013) p. 298-315 ; PIERRE MAYER/EDUARDO SILVA ROMERO, Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), *Rev.arb.* 2011 p. 897-922 ; FRANCESCA MAZZA, Il nuovo Regolamento di Arbitrato della ICC, *Riv.arb.* 23 (2013) p. 43-66 ; STEPAHN W. SCHILL (éd.), Arbitral Awards, International Chamber of Commerce, *YCA* 43 (2018) p. 29-291 (chronique régulière) ; ANKE SESSLER/NATHALIE VOSER, Die Revidierte ICC-Schiedsgerichtsordnung - Schwerpunkte, *SchiedsVZ* 10 (2012) p. 120-129 ; EDUARDO SILVA ROMERO, Le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) de 2021, *Rev.arb.* 2020 p. 949-982 ; HERMAN VERBIST *et al.*, ICC Arbitration in Practice, 2<sup>e</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2016 ; NATHALIE VOSER, Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules, *ASA* 29 (2011) p. 783-822 ; THOMAS H. WEBSTER/MICHAEL W. BÜHLER, Handbook of ICC Arbitration, 4<sup>e</sup> éd. Londres 2018 ; ROLAND ZIADÉ, L'approbation de la sentence par la Cour: une spécificité et un attrait de l'arbitrage CCI, *in* Concerto arbitral en trois mouvements pour Pierre Tercier, Genève 2013, p. 85-98.

*Arbitrage et Tribunal arbitral du sport :*

THIBAUD D'ALIS/ARNAUD CONSTANS, Validité des clauses d'arbitrage du TAS : le pavé dans la mare de la Cour d'appel de Bruxelles, *Cahiers* 2018 p. 455-464 ; MARGARETA BADDELEY/JUAN CARLOS LANDROVE, Schiedsgerichtsbarkeit in Sachen Sport in der Schweiz, *in* Handbuch Schiedsrecht, Vienne 2018, p. 913-950 ; MICHELE BERNASCONI, The CAS ad hoc Division at the 2012 London Olympic Games, *in* *Citius, Altius, Fortius*, Mélanges en l'honneur de Denis Oswald, Bâle 2012, p. 463-481 ; MICHELE BERNASCONI (éd.), International Sports Law and Jurisprudence of the CAS, Berne 2014 ; IDEM, Arbitrating Disputes in a Modern Sports World, Berne 2016 ; MICHELE A.R. BERNASCONI/ANTONIO RIGOZZI (éd.), International Sport Arbitration, Berne 2018 ; FRANÇOIS BOHNET/ALEXANDRE ZEN-RUFFINEN, L'arbitrabilité des conflits individuels de travail en matière sportive, en particulier dans le domaine du football, du hockey sur glace et du basketball, *in* L'activité et l'espace, Droit du sport et aménagement du territoire, Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Bâle 2011, p. 35-49 ; AXEL BRUNK, Der Sportler und die institutionelle Sportschiedsgerichtsbarkeit, Thèse Lausanne 2015 ; VITUS DERUNGS, Streitschlichtung vor dem Tribunal Arbitral du Sport, *in* Sportrecht, t. II, Berne 2018, p. 317-335 ; CAROLINE DOS SANTOS, European Court of Human Rights Rules upon Sports-Related Decision : Switzerland Condemned, *ASA* 37 (2019) p. 117-125 ; MATIJA DRUML, Sportgerichtsbarkeit, Vienne 2017 ; FLORIAN

EICHEL, Schiedsklauseln in Athletenvereinbarungen aus dem Blickwinkel des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts, IPRax 36 (2016) p. 305-310 ; XAVIER FAVRE-BULLE, Pechstein v. Court of Arbitration for Sport : How Can We Break the Ice ?, in *New Developments in International Commercial Arbitration* 2015, p. 315-355 ; ELLIOTT GEISINGER/ELENA TRABALDO-DE MESTRAL (éd.), *Sports Arbitration : A Coach for Other Players ?*, Huntington, NY 2015 ; VALENTINE GÉTAZ KUNZ, Cassius Belly et clauses compromissoires pathologiques, in *Panorama en droit du travail*, Berne 2009, p. 887-908 ; JOHANNA GUILLAUMÉ/ERIC LOQUIN, Tribunal arbitral du sport, *Chronique des sentences arbitrales*, Clunet 148 (2021) p. 345-430 (chronique régulière) ; ULRICH HAAS, Die Kognition des Court of Arbitration for Sport (CAS) in dopingbezogenen Streitigkeiten, in *L'activité et l'espace, Droit du sport et aménagement du territoire*, Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Bâle 2011, p. 51-69 ; IDEM, Zwangsschiedsgerichtsbarkeit im Sport und EMRK, ASA 32 (2014) p. 707-734 ; IDEM, The German Federal Court on Treacherous Ice - A final point in the Pechstein case, in *New Developments in International Commercial Arbitration* 2016, Zurich 2016, p. 219-265 ; ULRICH HAAS/DANIELE BOCCUCCI, Il termine per la proposizione dell'« appello » davanti al Tribunale Arbitrale dello Sport, *Rivista dell'arbitrato* 22 (2012) p. 1-38 ; IDEM, Der Court of Arbitration for Sport im Spiegel der deutschen Rechtsprechung, *ZvglRW* 114 (2015) p. 516-544 ; ULRICH HAAS/ANNE HOSSFELD, Die (neue) ZPO und die Sportschiedsgerichtsbarkeit, ASA 30 (2012) p. 312-348 ; ULRICH HAAS/JUDITH KÖPPEL, Abwehrensprüche des Sportlers gegen (abgeblich rechtswidriges) Verbandsverhalten vor dem Court of Arbitration for Sport (CAS/TAS), *Jusletter* 16.7.2012 ; ULRICH HAAS/YAEL STRUB, Rechtsprechungstätigkeit zwischen Verfahrens- und materiellem Recht, in *Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung*, Festschrift für Isaak Meier, Zurich 2015, p. 293-310 ; PETER W. HEERMANN, Freiwilligkeit von Schiedsvereinbarungen in der Sportschiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 12 (2014) p. 66-79 ; IDEM, Sportschiedsgerichtsbarkeit 2019 – Eine Standortbestimmung, *NJW* 72 (2019) p. 1560-1565 ; TIM HÜLSKÖTTER, Die (Un-)Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen im Berufssport, Berlin 2020 ; ANNA KLEEMANN, The CAS Ad Hoc Division – An Overview of Its Case Law, *SchiedsVZ* 17 (2019) p. 161-174 ; JAN KLEINER/MIRJAM TRUNZ, Die Anfechtung von internationalen Schiedssprüchen des Court of Arbitration for Sport (CAS), *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts der Jahre 2013 und 2014*, in *Sportrecht*, Berne 2018, t. 2, p. 337-391 ; PATRICK LAFRANCHI, Ein Einblick in die Sportschiedsgerichtsbarkeit, *Revue de l'avocat* 20 (2017) p. 119-126 ; JOHAN LINDHOLM, The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence, Berlin 2019 ; SEBASTIAN J.M. LONGRÉE/DOMINIK WEDEL, Die Entscheidung über die Einrede der Schiedsvereinbarung nach §1032 Abs. 1 ZPO als finaler verfassungs- und europarechtlicher Kontrollgegenstand – (K)ein Ende des Prozessmarathons im Fall Pechstein in Sicht ?, *SchiedsVZ* 14 (2016) p. 237-242 ; RICHARD LUNGSTRAS, Das Berufungsverfahren vor dem Court of Arbitration for Sport (CAS) im Lichte der Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 EMRK, Baden-Baden 2019 ; MATHIEU MAISONNEUVE, L'arbitrage des litiges sportifs, Paris 2011 ; IDEM, Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable: l'arbitrage bienveillant de la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 119 (2019) p. 687-705 ; MATHIEU MAISONNEUVE *et al.*, *Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive*, *Rev.arb.* 2020 p. 887-924 (chronique régulière) ; PAOLO MARZOLINI/DANIEL DURANTE, Legittimità del Tribunale Arbitrale dello Sport : game, set, match ?, *Riv.arb.* 28 (2018) p. 655-677 ; DESPINA MAVROMATI, Review of CAS-Related Jurisprudence of the Swiss Federal Tribunal, in *Arbitrating Disputes in a Modern Sports World*, Berne 2016, p. 149-214 ; DESPINA MAVROMATI/MATTHIEU REEB, The Code of the Court of Arbitration for Sport, Alphen aan den Rijn 2015 ; ANIELLO MERONE, Le modifiche del 2016 al Code TAS, *Riv.arb.* 26 (2016) p. 439-456 ; OLIVER MICHAELIS, Der Schiedszwang im Profisport, *SchiedsVZ* 17 (2019) p. 331-340 ; STEPHAN NETZLE, Die Beschwerde gegen Schiedssprüche des CAS, *SpuRt*, Zeitschrift für Sport und Recht 18 (2011) p. 2-7 ; TILMANN NIEDERMAIER, Schiedsvereinbarungen im Bereich des organisieren Sports, *SchiedsVZ* 12 (2014) p. 280-287 ; JAN PAULSSON, Assessing the Usefulness and Legitimacy of CAS, *SchiedsVZ* 13 (2015) p. 263-269 ; HENRY PETER *et al.* (éd.), *The 33rd America's Cup Judicial and Arbitral Decisions*, Alphen aan den Rijn 2012 ; CHARLES PONCET, The Independance of the Court of Arbitration for Sport, *EUJA* 1 (2012) p. 31-56 ; DANIEL RIETIKER, Introduire une requête en matière de sport à la Cour européenne des droits de l'homme, obstacles et perspectives, in particulier pour les parties aux procédures devant le Tribunal arbitral du sport (TAS), *RDS* 132 (2013) p. 259-281 ; ANTONIO RIGOZZI, International Sports Arbitration : Why Does Swiss Law Matter ?, in *Citius, Altius, Fortius*, Mélanges en l'honneur de Denis Oswald, Bâle 2012, p. 439-461 ; IDEM, L'importance du droit suisse de l'arbitrage dans la résolution des litiges sportifs internationaux, *RDS* 132 (2013) I p. 301-325 ; IDEM, Sports Arbitration and the European Convention of Human Rights – Pechstein and beyond, in *New Developments in International Commercial Arbitration* 2000, p. 77-130 ; ANTONIO RIGOZZI *et al.*, The 2011, 2012 and 2013 revisions of the Code of Sports-related Arbitration, *Jusletter*, 3.6.2013 ; ANTONIO RIGOZZI/MICHELE BERNASCONI (éd.), *CAS Jurisprudence and New Developments in International Sports Law*, Conference Lausanne 2010, Berne 2012 ; ANTONIO RIGOZZI/ULRICH HAAS, *Chronique de jurisprudence en matière d'arbitrage sportif*, *Cahiers* 2012 p. 949-970 ; THOMAS RITTER, Horizontale Verbandsstreitigkeiten, Rechtsschutz als Partei in Schiedsverfahren vor dem TAS, *Jusletter* 7.3.2016 ; PETER F. SCHLOSSER, Kompetenzfragen in der Sportschiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 13 (2015) p. 257-263 ; BRUNO SCHMIDLIN/VALENTIN ROTEN, Le soutien du droit privé supplétif aux règlements statutaires éthiques, *RDS* 136 (2017) I p. 375-388 ; MEIK THÖNE, Von (Un-)Freiwilligkeit und (Un-)Parteilichkeit in der Sportschiedsgerichtsbarkeit – ein Appell an das Bundesverfassungsgericht, *SchiedsVZ* 18 (2020) p. 176-182 ; KARSTEN THORN/CAROLINE LASTHAUS, Das Pechstein-Urteil des BGH - ein Freibrief für die Sportschiedsgerichtsbarkeit ?, *IPRax* 36 (2016) p. 426-431 ; ANDREW VAITEKUNAS, The Court of Arbitration for Sport : Law-Making and the Question of Independence, Berne 2014 ; MARCO VILLIGER, Schiedsgerichtsbarkeit international, in *Handbuch Fussball-Recht*, Berlin 2012, p. 965-987 ; PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du Sport, in *Citius, Altius, Fortius*, Mélanges en l'honneur de Denis Oswald, Bâle 2012, p. 483-537 ; MARKUS ZIMMERMANN, Anfechtung von Zwischenentscheidungen des CAS beim Bundesgericht, *Jusletter* 8.12.2014.

## Art. 176

2

6<sup>e</sup> ligne, aouter aux ATF cités : ATF 141 III 229 ss, 236.

3

In fine, ajouter: ATF 7.7.2014, 4A\_124/2014, c. 3. Dans un récent arrêt de principe, le Tribunal fédéral a confirmé et développé cette position. Il convient d'interpréter l'accord des parties pour connaître l'existence et la portée de leur option de se soumettre à une méthode alternative de résolution des litiges, puis de vérifier si la

méthode retenue a été suivie correctement et de bonne foi, notamment en respectant le caractère obligatoire d'une conciliation préalable, ce y compris toutes les étapes du processus et non seulement son initiation (ATF 142 III 296 ss, 305-314). La violation d'un tel mécanisme contractuel doit être sanctionnée, en règle générale par la suspension de la procédure arbitrale qu'une partie a engagée prématurément, et ce jusqu'à l'achèvement des démarches préalables dont les parties sont convenues (ATF 142 III 314-319 ; cf. art. 191 n° 56a).

**4**

10<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 5.7.2011, 4A\_254/2011, c. 4, pour un cas interne.

18<sup>e</sup> ligne, ajouter avant les autres ATF cités : ATF 141 III 274 ss.

**9**

19<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 144 III 120 ss., 1124-129, FIFA. Puis biffer la demi-phrase qui suit et la référence à Kaufmann/Rigozzi.

In fine, ajouter à l'ATF 119 II 276 : ATF 144 III 122 s. ; ATF 7.2.2017, 4A\_492/2016, c. 3.3.3 ; ATF 2.2.2018, 4A\_490/2017, c. 3.3.4 ; ATF 18.6.2021, 4A\_612/2020, c. 4.

*Au vu des arguments échangés, le recours dans l'affaire FIFA n'avait pas de chance de prospérer. On s'étonne néanmoins de la longueur exceptionnelle, voire excessive, des développements des Juges fédéraux, sans doute sous l'influence de leur greffier, connu pour sa prolixité. Cependant, autant qu'il convient de rejeter avec une certaine fermeté des arguments qui ne convaincent pas, autant faudrait-il adopter une certaine modération lorsque l'on s'engage dans des considérations hors propos et présentées comme s'il s'agissait de s'élancer dans une plaidoirie. Ainsi, on peut certes reprocher au recourant de n'avoir pas mentionné l'arrêt Pechstein du Bundesgerichtshof allemand et lui fournir le conseil de s'y intéresser, mais fallait-il encore insister en disant qu'il s'agit d'un « arrêt dont la lecture intégrale est des plus instructives » (c. 3.4.1) ? De la part du Tribunal fédéral, pareille remarque est déplacée et au surplus lacunaire s'il n'est pas mentionné que l'affaire est encore à juger par la Cour constitutionnelle allemande. L'auteur des considérants du Tribunal fédéral aurait aussi mieux fait de reculer quelque peu devant sa tendance à embellir le TAS plus qu'il ne le mérite, étant donné que deux semaines avant de rendre son arrêt, les Juges fédéraux ont pu lire dans la presse la déclaration d'une personnalité haut placée, à savoir M. Bach, le Président du Comité international olympique, insister sur le « urgent need for reforms in the internal structure of CAS » et la nécessité que le TAS corrige « its structure in a way that it can better manage the quality and the consistency of its jurisdiction » (communiqué du 5.2.2018). Comparés à l'autorité de cette critique radicale, les développements du Tribunal fédéral semblent bien se placer « à côté de la plaque ». On peut douter que cela mérite une publication au Recueil officiel des ATF (144 III 120 ss, 125). L'arrêt en sens opposé du 29.8.2018 de la Cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire RFC Seraing c. FIFA mérite aujourd'hui l'attention requise pour l'examen du fonctionnement et de l'indépendance du TAS. S'il continue à glorifier le TSA unilatéralement, alors qu'il devrait être conscient de ses défauts, le Tribunal fédéral risque, un jour, de ne plus pouvoir convaincre par la défense de sa propre indépendance. L'intérêt au maintien du TAS en Suisse et dans le canton de Vaud semble passer devant le respect de l'intérêt à la protection de la libre volonté des joueurs et sportifs. Un arrêt récent de la CEDH semble bien annoncer que l'on est sur le fil du rasoir : Dans l'affaire de la Fédération Turque de Football (Ali Rıza et al., 28.1.2020, n° 30226/10), la Cour a relevé que le Arbitration Committee de celle-ci montrait de nombreux points de dépendance et d'influence par rapport au Board of Directors, résultant dans des déficits structurels tels que le Committee n'apparassait pas en état de résoudre les différends en observant l'indépendance et l'impartialité requises (§ 201-223), jugeant ainsi à propos d'une situation qui ressemble à bien des égards à celle du TAS.*

**10**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 138 III 29 ss, 35 ; ATF 17.4.2013, 4A\_515/2012, c. 5.2 ; ATF 140 III 134 ss, 138 ; 142 III 239 ss, 247 s. ; ATF 22.1.2018, 4A\_432/2017, c. 3.2 ; ATF 147 III 107 ss, 112.

In fine, ajouter : Deux voies alternatives de résolution d'un litige sont alors ouvertes, le recours à l'arbitrage étant optionnel (cf. l'arrêt du 12.6.2013 de la Cour de cassation française, Rev.arb. 2013 p. 1012). La situation est différente, cependant, lorsque la présence de deux clauses de ce type ne permet pas de reconnaître selon quel critère la clause arbitrale pourrait l'emporter dans le cas particulier (ATF 17.1.2013, 4A\_244/2012, c. 4.4-4.6, laissant indécise l'hypothèse d'une option laissée au demandeur, sans citer l'ATF du 25.10.2010). Ce dernier arrêt est encore ignoré dans un autre arrêt, cité, du 17.4.2013, expliquant, au sujet de l'art. 357 CPC,

que la convention d'arbitrage peut disposer que le recours à l'arbitrage est facultatif, en ce sens que les deux parties ou l'une d'elles se voient accorder le choix entre l'arbitrage et la juridiction ordinaire (c. 5.2).

**14**

Remplacer la fin par : Celles-ci ont formé l'association « Swiss Chambers' Arbitration Institution » (SCAI), qui administre des procédures d'arbitrage sur la base des « Swiss Rules of International Arbitration » au moyen d'une « Arbitration Court ». Cette cour représente un organe de l'association, sans constituer une autorité arbitrale et sans avoir la capacité de rendre des sentences (ATF 27.1.2017, 4A\_546/2016, c. 1.3, arbitrage CPC).

**15**

10<sup>e</sup> ligne, lire Pfiffner/Hochstrasser, BSK-IPRG, n° 32

15<sup>e</sup> ligne, insérer : L'art. II par. 3 CNY entre également en ligne de compte (cf. Tribunale d'appello TI, RtiD 2010 II n° 81c p. 750).

**16**

In fine, ajouter : comme on accepte la situation inverse d'un tribunal étranger procédant à la nomination d'un arbitre dans de telles conditions, avant que le siège de l'arbitrage ne soit fixé en Suisse (cf. ATF 10.1.2013, 4A\_146/2012, c. 3.3, qui constitue l'écho suisse à la jurisprudence française citée).

**18**

Lignes 1 et 2 : biffer les mots : « concernées par le litige ».

In fine, ajouter : Lorsque les parties sont nombreuses, il suffit que l'une d'elles n'avait ni son domicile, ni sa résidence habituelle, ni son siège en Suisse (ATF 15.7.2013, 4A\_188/2013, c. 1).

**19**

1<sup>ère</sup> ligne, à la fin, ajouter : le *siège* étant déterminé par l'art. 21.

Lignes 4 à 6 : biffer la phrase, puis continuer : Le siège ...

**21 n**

L'art. 176 al. 1 ne tient *pas* compte du caractère international de l'*objet du litige*. Le fait que le contrat doive être exécuté à l'étranger, qu'il soit régi par un droit étranger ou que la sentence devra recevoir exécution hors la Suisse, n'est pas, en soi, de nature à qualifier l'arbitrage d'international. Le Tribunal fédéral avait conclu que les parties à considérer étaient celles engagées dans le litige (ATF 24.6.2002, 4P.54/2002, c. 3). Le législateur de 2020 renverse cette jurisprudence, les parties visées étant celles « à la convention d'arbitrage ». Lorsqu'une convention d'arbitrage lie plusieurs parties, les liens d'extranéité restent les mêmes sans égard au fait que l'une ou l'autre partie ne participe pas à l'arbitrage.

**22 n**

Quant au *moment* auquel il faut se placer pour déterminer le domicile, la résidence habituelle ou le siège d'une partie à la convention d'arbitrage, l'art. 176 al. 1 se réfère exclusivement à celui de la *conclusion* de celle-ci.

*Suite* : **23**

**23a n**

La conclusion de la convention d'arbitrage est ainsi devenue le critère déterminant, non seulement pour identifier le point d'extranéité requis, mais également pour savoir par rapport à quelles parties ce facteur doit être apprécié. Pour le Message, c'est le moment de la signature de la convention qui est déterminant (FF 2018 p. 7176). C'est le cas principal en pratique. Lorsque plusieurs signatures sont échelonnées dans le temps, c'est celle qui s'ajoute en dernier lieu pour parfaire l'accord qui est décisive.

**23b n**

Un cas très particulier a amené le Tribunal fédéral à faire une exception. En effet, l'une des parties liées par les nouveaux statuts de la FIFA était encore domiciliée à l'étranger lors de l'adoption de ceux-ci, rendant l'arbitrage international. Cependant, lorsque la question fut soulevée devant le Tribunal arbitral, le conseil d'une partie avait remplacé, sur un projet d'ordonnance, la mention du chapitre 12 de la LDIP par celle de la partie 3 du CPC. Cette modification fut jugée correcte par le Tribunal et n'a pas rencontrée d'obstacle de la partie adverse. Faute d'une communication écrite entre les parties, il n'y avait pas d'exclusion selon l'art. 176 al. 2. Cependant, au regard du principe de la bonne foi, on ne pouvait décider autrement. L'intimée n'ayant jamais soulevé la moindre objection, il aurait été incompatible avec les règles de la bonne foi de ne pas traiter le recours comme un moyen dirigé contre une sentence rendue dans un arbitrage interne (cf. ATF 29.6.2017, 4A\_600/2016, c. 1.1, Platini). Tout en approuvant l'arrêt, on ne doit pas ignorer l'incertitude qu'il crée dans la pratique (cf. Ambauen, Jusletter 6.11.2017, n° 11-17).

**23c n**

On n'a pas voulu – le texte légal ne l'indique pas – prendre en considération les parties à la convention qui



n'en sont pas signataires, tel le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui parfaite, ainsi que dans le cas d'une cession de créance ou lorsqu'un tiers s'immisce dans l'exécution du contrat (cf. les cas énumérés dans ATF 7.12.2020, 4A\_528/2019, arbitrage CPC, c. 5 et 6 ; ATF 13.11.2020, 4A\_124/2020, c. 3.3, avec les références). Parmi ces parties non engagées par leur signature, il y en a qui ne sont pas liées par la convention d'arbitrage d'emblée, mais postérieurement, lorsque leur immixtion dans l'exécution du contrat les fait accéder à la qualité de partie au contrat avec la clause accessoire sur l'arbitrage. Il conviendra de retenir à cet égard également comme point déterminant l'accès de cette partie à l'engagement d'arbitrage comme l'équivalent de sa conclusion. Dès lors, si la tierce partie est la seule qui remplit l'exigence d'extranéité au sens de l'art. 176 al. 1, le chapitre 12 s'appliquera.

#### **23d n**

L'art. 176 al. 1 ne fait aucune allusion à l'hypothèse d'une *clause arbitrale unilatérale*, non fondée sur une convention. Pourtant, cette disposition est également visée par l'art. 178 al. 4 ; elle doit donc s'appliquer par analogie. Au lieu de « partie », on retiendra en conséquence l'auteur de la clause unilatérale ; la localisation à l'étranger visée par l'art. 176 al. 1 est celle à la date de la confection de l'acte juridique renfermant la clause arbitrale. Le législateur ayant clairement écarté le seul fait d'être partie au litige arbitral, l'analogie doit également laisser sans impact les parties au litige arbitral fondé sur la clause arbitrale unilatérale. Pour les clauses arbitrales figurant dans des statuts, la même analogie résulte de l'art. 178 al. 4.

#### **27**

15<sup>e</sup> ligne, insérer : cependant, ce précédent de 1999 ne semble plus être observé, à en croire l'ATF 23.7.2014, 4A\_118/2014, c. 3.1, 3.2.3.

In fine, ajouter aux arrêts mentionnés: ATF cité du 23.7.2014, c. 3.1, puis continuer : étant précisé que le domaine d'application de ce statut ne s'étend pas à des restrictions plus spécifiques relatives à la capacité de se soumettre à un arbitrage, qui relèvent de l'art. 178 al. 2 (ATF 138 III 714 ss, 720-726 ; art. 178 n° 61-64).

*En référence à ce dernier arrêt, remettant le chapitre 12 au champ qui lui appartient et en laissant leur domaine propre aux autres chapitres de la LDIP, on pourrait se demander pourquoi le Tribunal fédéral ne voit aucun obstacle dans le fait que la société portugaise, partie à un arbitrage international en Suisse et recourante devant le Tribunal fédéral, est tombée en faillite dans son pays et vient agir en Suisse en tant que masse en faillite (Insolvenzmasse), représentée par un administrateur nommé au Portugal. N'aurait-il pas fallu penser aux dispositions du chapitre 11 LDIP ? La question aurait également pu être posée dans l'ATF cité du 23.7.2014, c. 3.2.1. Que fait-on avec une jurisprudence affirmant qu'une masse en faillite étrangère ne possède pas la faculté de conduire un procès en Suisse (ATF 137 III 570 ss, 575 ; ATF 24.10.2011, 2C\_303/2010, c. 2, Skyguide ; ATF 139 III 236 ss, 237-239) ?*

#### **28a n**

Enfin, le chapitre 12 ne constitue pas un corps isolé et fermé de règles. Il faut en effet y ajouter la jurisprudence, composée quasi-exclusivement par des arrêts du Tribunal fédéral. En revanche, les sentences n'ont pas force de précédents pour les arbitres. La jurisprudence arbitrale n'est pas une source du droit de l'arbitrage « à proprement parler » (ATF 144 III 559 ss, 569 ; ATF 7.2.2020, 4A\_80/2020, c. 2.4.3 ; ATF 2.11.2020, 4A\_461/2019, c. 6.4) ou « en théorie du moins » (ATF 9.10.2012, 4A\_110/2012, c. 3.2.2 ; ATF 20.9.2016, 4A\_616/2015, c. 3.2.2, 3.4.1), ou par opposition à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF cité, 29.6.2017, c. 3.3.4.3). Il n'en demeure pas moins qu'elle peut se faire respecter de par l'autorité naturelle de ses solutions, acceptées et reprises « en pratique » et ayant reçu une place importante dans les ouvrages de doctrine.

#### **28b n**

Des règles déontologiques réputées dans la profession, telles les lignes directrices de l'International Bar Association (IBA), sans avoir valeur de loi, peuvent servir d'instrument de travail, susceptible de contribuer à l'harmonisation et à l'unification des standards appliqués dans le domaine de l'arbitrage international (cf. ATF 142 III 521 ss, 537 ; ATF 22.12.2020, 4A\_318/2020, c. 7.4, non reproduit dans l'ATF 147 III 65 ss).

#### **30**

16<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 19.11.2013, 4A\_254/2013, c. 1.2 ; ATF 21.3.2019, 4A\_7/2019, c. 1.2 ; ATF 145 III 266 ss, 269 s.

In fine, ajouter : Une clause de choix du chapitre 12 « à l'exclusion de toute autre loi de procédure » suffit, même si le CPC n'est pas mentionné (ATF 145 III 273-277).

### **30a n**

Au demeurant, les divergences entre les deux régimes d'arbitrage, de la LDIP et du CPC, sont de peu d'importance, et le projet de réforme du chapitre 12 (et de la partie 3 du CPC) tend à les rapprocher au point de les rendre insignifiantes. Le choix politique de conserver ce dualisme ne répond à aucun intérêt véritable, si ce n'est le conformisme enraciné dans les traditions. Il méconnaît le soutien qui est nécessaire pour conserver et renforcer l'attractivité de la Suisse comme place d'arbitrage. Curieusement, même le Tribunal fédéral ne semble pas être au clair sur la portée de ce double système, dont il dit, dans le même arrêt (ATF cité du 7.5.2019), que cette distinction « revêt une grande importance » (c. 1.1 de l'ATF 7.5.2019, 4A\_540/2018, non publié in ATF 145 III 269), pour ensuite constater que « l'importance pratique est limitée », et ce « au regard des faibles différences subsistant entre la troisième partie du CPC et le chapitre 12 de la LDIP » (ATF 145 III 279).

### **31 n**

Dès l'instant où l'on sait que l'on est placé dans le régime de la LDIP, il se pose la question de l'intérêt à basculer dans la troisième partie du CPC à travers une *déclaration*. Celle-ci doit se trouver, soit dans la convention d'arbitrage, soit dans une convention ultérieure conclue entre les parties au litige. Les conditions de forme étant celles de l'art. 178 al. 1, la déclaration doit donc être écrite ou susceptible d'être restituée par écrit ou par un texte. L'élément nouveau du texte modifié de l'alinéa 2 est la renonciation à ce que la déclaration soit « *expresse* ». L'expression de la volonté des parties de changer de régime arbitral ne doit pas figurer en autant de mots dans leur accord ; l'interprétation de leur volonté réciproque peut s'avérer suffisante. La signification de la disparition d'une volonté expressément rédigée semble cependant de faible importance, étant donné que l'alinéa 2 de l'art. 176 exige toujours que la déclaration manifeste le double contenu d'exclure l'application du chapitre 12 et d'adopter l'application de la partie 3 du CPC. Cela ne peut guère se faire sans le dire clairement. Cependant, cela n'exclut pas une volonté exprimée indirectement, par le renvoi à un règlement, par exemple. L'analyse est différente en ce qui concerne l'art. 192 al. 1, qui a subi la même correction (cf. art. 192 n° 8a).

### **32 n**

Le texte retenu conjointement avec la mise en vigueur du CPC a ajouté que la déclaration des parties se trouve « dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure », sans apporter cependant de la clarté quant à l'échéance visée par le mot « ultérieure ». On admettra que la « convention ultérieure » peut être conclue jusqu'au moment où l'une des parties accomplit une démarche en vue de la constitution du tribunal arbitral, créant ainsi la litispendance (art. 181). Pour le Tribunal fédéral, les éventuels désagréments d'un choix postérieur à la constitution du tribunal arbitral doivent être supportés par les parties, puisque tel est leur choix, même si l'élection intervient aussi tardivement qu'à la veille du prononcé de la sentence arbitrale ; en revanche, il ne saurait être question qu'un tel changement de régime se fasse sans l'accord du tribunal arbitral (cf. ATF 145 III 277-280 ; cf. Ambauen, Jusletter 6.11.2017, n° 18-20). On réservera cependant l'hypothèse dans laquelle l'accord des parties peut néanmoins avoir une portée en tant que choix de la procédure applicable d'après l'art. 182 al. 1 (cf. art. 182 n° 4 s., 9 ; ATF cité du 19.11.2013, c. 1.2.4).

### **33**

In fine, ajouter : Par analogie à la jurisprudence préconisant que l'exclusion de la partie 3 du CPC n'englobe pas l'art. 354 CPC sur l'arbitrabilité (cf. n° 35a), il convient d'exclure également l'art. 177 sur l'arbitrabilité du champ de la déclaration d'exclusion du chapitre 12 selon l'art. 176 al. 2. Par ailleurs, les parties ne peuvent exclure l'application de l'art. 185a, dès lorsqu'il n'existe aucune possibilité pour un choix sélectif d'une ou de plusieurs règles particulières.

### **33a**

Enfin, on mentionnera la dérogation importante qui se manifestera dès l'entrée en vigueur de l'art. 697I CO sur les *sociétés anonymes* et de l'art. 797a CO pour les *sociétés à responsabilité limitée* (RO 2020 p. 4032 s., 4052, 4063). Ces deux clauses arbitrales statutaires devaient prévoir un régime uniforme de procédure arbitrale, étant donné que l'on pourrait mal s'imaginer deux régimes d'arbitrage différents en fonction de l'origine, suisse ou étrangère, des membres de la société. En partant du postulat du dualisme des systèmes d'arbitrages, le Conseil fédéral n'avait pas d'autre choix que de ramener tous les litiges, mêmes les cas internationaux, au régime procédural du CPC, qui régit de toute manière l'arbitrage des sociétés au rayon d'action purement suisse. Ces deux règles forment une *lex specialis* par rapport aux dispositions du chapitre 12 de la LDIP, principalement les art. 176 al. 2 et 178 al. 4.

### **33b**

La question de savoir si l'une ou l'autre de ces clauses d'arbitrage statutaire peut s'appliquer également à des litiges d'ordre contractuel, liés à la société, n'a pas été abordée. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte

(ATF 21.12.2017, 4A\_344/2017, c. 3.4). Selon le nouveau texte, si un tel litige était de nature internationale, le régime applicable serait celui de la LDIP. Si le litige implique des droits sociétaires et contractuels (la validité d'un transfert d'actions par le biais d'un tiers, par exemple), on se trouverait, au regard des règles applicables, face à un tribunal arbitral opérant selon deux systèmes d'arbitrage différents. La situation est plutôt surprenante, mais à vrai dire, elle n'est pas impossible à gérer.

### 33c

On observera des cas de dispersion étonnante. Les sociétés incorporées en Suisse (art. 154 LDIP) verront leurs arbitrages régis par le CPC, tandis que le reste de leurs activités internationales sera soumis à la LDIP ainsi qu'à la Convention de Lugano. Les sociétés régies par le droit étranger, ayant leur siège soit en Suisse soit à l'étranger, par contre, seront soumises entièrement à la LDIP, y compris pour l'arbitrage prévu dans leurs statuts, non soumis au droit suisse. Cette distinction n'est pas toujours observée avec clarté (ainsi, Vogt, n° 40, se réfère tant à l'incorporation qu'au siège ; en d'autres endroits, il est fait correctement mention de l'inscription dans le registre suisse de commerce, n° 92, 183).

### 34

6<sup>e</sup> ligne : biffer le membre de phrase : « également par une déclaration renfermant une 'déclaration expresse' »  
9<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'art. 358 CPC : al. 2.

### 35

In fine, biffer le dernier membre de phrase. La jurisprudence estimant qu'un renvoi à un règlement d'arbitrage n'était pas suffisant risque de ne plus être maintenue (cf. ATF 3.3.2015, 4A\_536/2014, c. 1.1)

### 35a n

La volonté des parties de passer du régime du CPC à celui de la LDIP devrait leur permettre de rendre arbitrable un litige qui, par hypothèse, ne relève pas, en matière interne, de leur libre disposition et ne peut dès lors être arbitré (art. 354 CPC), tandis que sous l'art. 177 al. 1 LDIP, il devrait l'être en raison de sa nature patrimoniale (cf. ATF 17.4.2013, 4A\_515/2012, c. 4.2, laissant la question ouverte) ; il convient en effet de distinguer entre l'arbitrabilité et l'ordre public de fond : la présence de règles d'ordre public, en droit du travail, par exemple, n'est pas un argument pour refuser l'arbitrabilité d'un litige, mais pour insister, lors de sa résolution, sur la prise en compte de ces règles. Pour la jurisprudence, cela n'est pas pertinent. Ainsi, un « opting-out » selon l'art. 353 al. 2 CPC n'est pas valable s'il a pour effet de faire échapper à la prohibition de l'arbitrage des conflits de droit de travail au sens de l'art. 354 CPC et dans les limites de l'art. 341 al. 1 CO (cf. ATF 144 III 235 ss, 243-245 ; ATF 27.6.2018, 4A\_60/2018, c. 2.1, arbitrage CPC ; obs. critiques de A. Lienhard, AJP 2018 p. 772) ; s'il en résulte une scission du litige selon qu'une question est arbitrable ou non, les parties doivent l'assumer, étant rappelé que l'obstacle disparaît au terme d'un mois suivant la fin des rapports de travail (c. 2.3.4). Dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a élargi l'exemple en formulant le principe que « même en cas d'*opting out*, l'arbitrabilité d'un litige à caractère interne ... se détermine selon l'art. 354 CPC et non l'art. 177 LDIP » (ATF 145 III 270).

### 36

*Biffer* (suite à la renonciation à une déclaration qui soit « expresse »)

### 37 n

Le chapitre 12 de la LDIP l'emportera sur l'arbitrage du CPC dans la très grande majorité des arbitrages internationaux. Le CPC reste néanmoins directement applicable lorsqu'il s'agit de questions qui ne relève pas, *ratione materiae*, de la LDIP. L'art. 251a CPC prévoit la *procédure sommaire* pour l'intervention d'un juge dans le cadre de la constitution du tribunal arbitral, s'agissant de l'autorité de concours en appui à un tel tribunal et lors de l'exécution de sentences arbitrales étrangères. Dans une certaine mesure, ce juge appliquera alors des règles de procédure du CPC. Celles-ci sont en priorité celles de la partie 3 du CPC sur l'arbitrage interne. Enfin, les parties ont la liberté de se référer au CPC comme loi de procédure (art. 182 al. 1).

### 38 n

Le CPC fournit des règles complémentaires permettant de désigner *l'autorité judiciaire compétente* par rapport à divers actes et décisions de procédure. Un changement a été opéré à l'art. 179 al. 2 LDIP, préconisant dans sa version antérieure l'application par analogie des dispositions du CPC « sur la nomination, la révocation ou le remplacement des arbitres ». Cette règle particulière visait l'art. 356 CPC, destinée à ces questions et désignant en principe la compétence du tribunal cantonal supérieur. Cependant, le législateur a biffé cette partie de la disposition, au motif qu'il fallait affranchir le chapitre 12 de la LDIP de tout renvoi au CPC (cf. FF 2018 p. 7163, 7180). Or, l'art. 356 CPC étant destiné à l'arbitrage interne de la partie 3 du CPC exclusivement, il ne peut s'appliquer à l'arbitrage de la LDIP, faute d'un renvoi approprié de la loi. En conséquence, c'est la règle générale de l'art. 4 al. 1 CPC qui l'emporte, selon laquelle le droit cantonal détermine la compétence maté-

rielle et fonctionnelle des tribunaux. Dans ce contexte, le droit cantonal peut renvoyer à l'art. 356 CPC afin de désigner les mêmes autorités pour l'arbitrage selon la LDIP également ; faute d'un tel renvoi, c'est normalement la compétence du tribunal de première instance dans le district du siège de l'arbitrage qui l'emporte. Les cantons n'ont pas été incités à adapter leur législation afin d'assurer une compétence unifiée et sans doute plus appropriée de la juridiction supérieure dans chaque canton, englobant les arbitrages régis par la LDIP.

## Bibliographie

### LDIP :

IRMA AMBAUEN, Irrungen und Wirrungen um die anwendbare lex arbitri, Jusletter 6.11.2017 ; BERNARD BERGER, Insolvenz und Schiedsvereinbarung in der Schweiz, ASA 36 (2018) p. 834-845 ; Dominique BROWN-BERSET/DIANE GRISEL, Switzerland, *in* Choice of Venue in International Arbitration, Oxford 2014, p. 415-444 ; TARKAN GÖKSU, Schiedsverfahrensrecht oder lex arbitri ?, *in* Zivilprozess und Vollstreckung, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Berne 2018, p. 385-401 ; CHRISTOPHE IMHOOS, La médiation commerciale en lien avec l'arbitrage, *in* La médiation dans l'ordre juridique suisse, Bâle 2011, p. 113-148 ; MILIVOJE MITROVIC, Dealing with the Consequences of Non-Compliance with Mandatory Pre-Arbitral Requirements in Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, ASA 37 (2019) p. 559-579 ; PETER NOBEL, Das Handelsgericht als Schiedsgericht ?, *in* Handelsgericht Zürich 1866-2016, Zurich 2016, p. 281-315 ; DOROTA PACZOSKA KOTTMANN, Schiedsverfahren, Insolvenz und die verfängliche Qualifikation unter besonderer Berücksichtigung des polnischen Rechts, *in* Festschrift für Anton K. Schnyder, Zurich 2018, p. 251-274 ; FRANÇOIS PERRET, Les passerelles entre le droit de l'arbitrage interne et international : une particularité du droit suisse, *in* Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer, Paris 2015, p. 687-695.

### Droit international privé étranger et comparé :

ALEXANDER J. BELOHLAVEK, Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of Arbitration as an Outdated Myth, ASA 31 (2013) p. 262-292 ; SIEGRIED H. ELSING, Bindungswirkung von Schiedsgutachten, ZvglRW 114 (2015) p. 568-590 ; KUN FAN, The Risks of Apparent Bias when an Arbitrator Acts as a Mediator, Remarks on Hongkong Court's Decision in Gao Haiyan, YPIL 13 (2011) p. 535-556 ; JONATHAN HILL, Determining the Seat of an International Arbitration: Party Autonomy and the Interpretation of Arbitration Agreements, ICLQ 63 (2014) p. 517-534 ; MICHAEL OSTROVE (éd.), Choice of Venue in International Arbitration, Oxford 2014 ; ALESSANDRA SARDU, The lex arbitri, Naples 2018 ; MANUEL WALSER, Sitz des Schiedsgerichts im liechtensteinischen Recht, Zurich 2019.

## Art. 177

### 12

In fine, lire Mabillard/Briner, BSK-IPRG, art. 177 n° 16

### 17

In fine, lire Mabillard/Briner, BSK-IPRG, art. 177 n° 12, 178 n° 18-18c

### 27

9° ligne, lire Mabillard/Briner, BSK-IPRG, art. 177 n° 14

### 32

3° ligne, lire Mabillard/Briner, BSK-IPRG, art. 177 n° 18 s.

### 33

In fine, lire Mabillard/Briner, BSK-IPRG, art. 177 n° 23

### 34

In fine, lire Mabillard/Briner, BSK-IPRG, art. 177 n° 26 s.

### 35

In fine, lire Mabillard/Briner, BSK-IPRG, art. 177 n° 28

## Bibliographie

### LDIP :

BLAISE CARRON, L'arbitre suisse face au droit de la concurrence: une partition sans accord ni (position) dominante, *in* Concerto arbitral en trois mouvements pour Pierre Tercier, Genève 2013, p. 35-53 ; ANGELA CASEY-OBRIEST, Individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten im Schiedsverfahren, Bâle 2016, ASA 35 (2017) p. 266-280 ; LENNART CHROBAK, Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen, Zurich 2018 ; MAURICE COURVOISIER, Zur Schiedsfähigkeit familienrechtlicher Angelegenheiten, *in* Private Law, national, global, comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Berne 2011, p. 365-381, FamPra.ch 13 (2012) p. 20-37 ; NICOLAS JEANDIN, L'arbitrage immobilier, *in* Propriété et liberté d'entreprendre, Genève 2016, p. 83-121 ; HANS RAINER KÜNZLE, Schiedsfähigkeit von Erbsachen, *in* Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zurich 2019, p. 403-423 ; PHILIPP LANDOLT, The Application of EU Competition Law in International Arbitration in Switzerland, *in* EU and US Antitrust Arbitration, vol. 1, p. 545-565 ; THOMAS LEGLER, Arbitration of Intellectual Property Disputes, ASA 37 (2019) p. 289-304 ; IDEM, Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des geistigen Eigentums, Jusletter, 11.5.2020 ; SYLVAIN MARCHAND, Arbitrage et insolvabilité : tribulations d'un couple mal assorti, *in* Les conventions en matière de faillite transfrontalière, Zurich 2016, p. 47-62 ; CHRISTINE MÖHLER, Konsumentenverträge im

schweizerischen Schiedsverfahren mit rechtsvergleichenden Aspekten, Zurich 2014 ; ANDREA MONTINI/RAPHAEL MEIER, Patentübertragungsklagen vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz und die Aussetzung des Patenterteilungsverfahrens, Sic !, 2015 p. 289-298.

*Droit international privé étranger et comparé :*

CHRISTIAN AUFDERMAUER, Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz in Deutschland, Frankfurt a.M. 2013 ; STEFANIA BARIATTI, The European Insolvency Regulation and Arbitration, Riv.arb. 26 (2016) p. 267-281 ; MASSIMO V. BENEDETTELLI, Cross-Border Insolvency and International Arbitration in the EU: a Playing Field for Regulated Forum Shopping?, Cahiers 2012 p. 783-820 ; GORDON BLANKE/PHILIPP LANDOLT (éd.), EU and US Antitrust Arbitration, 2 vol., Alphen aan den Rijn 2011 ; PETER CHROCZIEL *et al.*, International Arbitration of Intellectual Property Disputes, Munich 2017 ; TREVOR COOK/ALEJANDRO I GARCIA, International intellectual Property Arbitration, Alphen aan den Rijn 2010 ; PETER CHROCZIEL *et al.* (éd.), International Arbitration of Intellectual Property Disputes, A Practitioner's Guide, Munich 2017 ; FRANÇOIS DESSEMONTET, Autonomie des parties et droit applicable à l'arbitrabilité des droits de propriété intellectuelle et des contrats de licence, RDAI 2013 p. 421-443 ; THOMAS D. HALKET (éd.), Arbitration of International Intellectual Property Disputes, Huntington, N.Y. 2012 ; MEHMET POLAT KALAFATOGLU, L'arbitrabilité en matière de propriété industrielle, Paris 2018 ; RAZIYE SELVA KORKMAZCAN ISIK, The Monitoring and Enforcement of Commitments by Way of Arbitration in EU Competition Law, Zurich 2015 ; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, Arbitration and Competition Law : The Position of the Courts and of Arbitrators, Arb.Int. 27 (2011) p. 1-25 ; CARLO DE STEFANO, L'arbitrabilità dell'embargo internazionale alla prova delle sezioni unite, RDIPP 53 (2017) p. 975-1000 ; GERHARD WAGNER, Schiedsgerichtsbarkeit in Kartellsachen, ZvglRW 114 (2015) p. 494-515 ; MANUEL WALSER, Schiedsfähigkeit im liechtensteinischen Recht, Zurich 2018 ; JACQUES DE WERRA, Arbitration International Intellectual Property Disputes: Time to Think Beyond the Issue of (Non-)Arbitrability, RDAI 2012 p. 299-317 ; IDEM, Arbitrage et propriété intellectuelle, in Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits, Bruxelles 2015.

### **Jurisprudence récente**

ATF 7.6.2021, 4A\_564/2020, c. 6.3.1 (*L'art. 186 al. 2 implique que celui qui entre en matière sans réserve sur le fond dans une procédure arbitrale contradictoire portant sur une cause arbitrale reconnaît, par cet acte concluant, la compétence du tribunal arbitral et perd définitivement le droit d'exciper de l'incompétence dudit tribunal arbitral. – On notera que cela ne vaut que pour une « cause arbitrale ». L'arbitrabilité devant être examinée d'office, au cas où elle n'est pas donnée, le défendeur ne peut rendre le tribunal arbitral compétent du fait qu'il renonce à exciper de son incompétence.*)

ATF 25.8.2020, 4A\_248/2019, 4A\_398/2019, ATF 147 III 49 ss, Semenya c. International Association of Athletics Federation (IAAF) & Athletics South Africa (ASA) (*Recours de l'athlète sudafricaine contre la sentence de la Formation du TAS qui a subordonné sa participation à des compétitions sportives dans la catégorie féminine à la prise de pilules contraceptives ayant l'effet d'abaisser son taux de testostérone et à l'obligation de se soumettre à des examens médicaux intimes. L'arrêt ne soulève pas la question de l'arbitrabilité. Tout en observant que l'on est en présence d'une atteinte à la personnalité (c. 10) et que l'intérêt à recourir est de nature personnelle [sans dire qu'il pourrait être économique] (c. 4.1.2), le Tribunal fédéral n'observe pas que le différend ne constitue pas une cause de nature patrimoniale, même pas indirectement puisque l'éventualité de l'octroi d'un gain au niveau du sport professionnel n'est pas abordée, aucune atteinte à la liberté économique n'étant constatée. L'arrêt relève que l'athlète recherche, avant toute chose, sa satisfaction personnelle dans la compétition sportive (c. 9.8.3.4). L'art. 177 al. 1, applicable d'office, n'a donc pas été appliqué.*) [Les c. 4.1.2 et 10 ne sont pas reproduits dans l'ATF 147 III 49 ss.] Un recours a été introduit devant la CEDH le 18.2.2021 (n° 10934/21).

ATF 12.12.2019, 4A\_244/2019, c. 4 (*La question de déterminer le domaine spatial d'application d'une clause arbitrale par rapport au territoire d'un Etat relève incidemment de la compétence du tribunal arbitral et ne doit pas en être distraite avec l'effet qu'elle ne serait pas arbitrale.*)

ATF 145 III 266 ss, 270 (*En cas de « opting out » de l'arbitrage CPC, le chapitre 12 devient applicable sous réserve de l'art. 354 CPC sur l'arbitrabilité. – La situation inverse semble également pouvoir se présenter, cf. art. 176 n° 35a in fine.*)

ATF 144 III 235 ss, 243-246 (*Un arbitrage en droit du travail en soi régi par le CPC peut être soumis au chapitre 12 de la LDIP selon l'art. 354 CPC, à l'exception cependant des prétentions dont le travailleur ne peut disposer en vertu de l'art 341 al. 1 CO et de l'art. 353 al. 2 CPC jusqu'à l'échéance d'un mois à compter du terme des relations de travail ; jurisprudence confirmée dans l'ATF 19.8.2020, 4A\_209/2020, c. 6, arbitrage CPC.*)

ATF 143 III 578 ss, 581-587 (*L'arbitrabilité de l'action en reconnaissance de dette n'est pas sujette à caution. En revanche, le tribunal arbitral n'est pas compétent pour lever l'opposition au commandement de payer dans le dispositif de sa sentence.*)

ATF 30.6.2014, 5A\_22/2013, c. 2.4 (*Un litige en matière de protection données selon l'art. 8 LPD est arbitral si l'aspect financier est prédominant.*)

ATF 18.3.2013, 4A\_388/2012, c. 3.2 (*L'art. 177 al. 1 consacre une règle matérielle sur l'arbitrabilité,*

acceptant en l'espèce celle d'un litige relatif à un contrat de travail.) et c. 3.3 (Sous l'angle de l'ordre public, des dispositions d'un Etat étranger exigeant impérativement le respect de la compétence des tribunaux étatiques peuvent justifier le cas échéant une dérogation, mais celle-ci ne saurait être admise sans autre et elle ne peut être fondée simplement sur le fait que la sentence ne sera pas reconnue dans cet Etat.)

ATF 23.5.2012, 4A\_654/2011, c. 3.4 (L'arbitrabilité au sens de l'art. 177 est fondée sur la notion matérielle de matière patrimoniale, sous réserve d'une disposition de droit étranger exigeant impérativement la juridiction étatique, dont le respect s'impose sous l'angle de l'ordre public.)

## Art. 178

### Législation

La réforme de 2020 a modifié légèrement la rédaction de l'alinéa 1 et apporté une nouvelle règle à l'alinéa 4, selon lequel « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent par analogie à une clause d'arbitrage prévue dans un acte juridique unilatéral ou des statuts. »

*Le Commentaire de la nouvelle version de l'art. 178 figure dans l'article sur L'attractivité du toilettage du chapitre 12 de la LDIP paru dans la Revue suisse de droit international et européen (SRIEL) 31 (2021) p. 241-281 (251-258).*

### 28

5° ligne, lire Gränicher, BSK-IPRG, art. 178 n° 13

### 41

4° ligne, lire Gränicher, BSK-IPRG, art. 178 n° 10

### 43

4° ligne, lire Gränicher, BSK-IPRG, art. 178 n° 18

### 70

3/4° ligens, lire Gränicher, BSK-IPRG, art. 178 n° 25

### 73

2° ligne, lire Gränicher, BSK-IPRG, art. 178 n° 26

2/3° lignes, remplacer Volken par Oetiker, ZK-IPRG, art. 178 n° 32

### 74

3° ligne, lire Gränicher, BSK-IPRG, art. 178 n° 29

### 76

4/5° lignes, lire Gränicher, BSK-IPRG, art. 178 n° 24

### 82

2/3° lignes, lire Gränicher, BSK-IPRG, art. 178 n° 26

### 87

5° ligne, lire Gränicher, BSK-IPRG, art. 178 n° 3

### 109

4° ligne, lire Gränicher, BSK-IPRG, art. 178 n° 36 s.

### Bibliographie

*LDIP :*

RICHARD G. ALLEMANN, Statutarische Schiedsklauseln in der Aktienrechtsrevision, GesKR 2018 p. 339-354 ; PHILIPPE BÄRTSCH, „Consent“ in Sports Arbitration: Which Lessons for Arbitrations Based on Clauses in Bylaws of Corporations, Associations, etc.?, *in Sports Arbitration*, Huntington, NY 2015, p. 95-122 ; BERNHARD BERGER, Konkurrierende, optionale und asymmetrische Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, *Jusletter*, 13.5.2013 ; IDEM, Insolvenz und Schiedsvereinbarung in der Schweiz, *ASA* 36 (2018) p. 834-845 ; JULIEN BURDA, La participation des tiers à l'arbitrage en droit suisse, *RDAI* 2011 p. 511-530 ; MARC BURGHER, Entscheide von Exekutivorganen im Verein als Gegenstand der Anfechtungsklage von Art. 75 ZGB, *Zurich* 2010 ; MARTIN BURKHARDT, Statutarische Schiedsklauseln nach Art. 697n E-OR 2018 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, *in Gedenkschrift für Claire Hguenin*, *Zurich* 2020, p. 67-83 ; CINZIA CATELLI, The Impact of Insolvency Proceedings on an International Arbitration with Seat in Switzerland, *in Selected Papers on International Arbitration*, vol. 3, Berne 2013, p. 41-83 ; LENNART CHROBAK, Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen, *Zurich* 2018 ; DANIELA DARDEL, Trust in Arbitration, Schweizerische Schiedsgerichtsbarkeit in trustrechtlichen Angelegenheiten, *Zurich* 2019 ; CHRISTIAN DUVE, Der Fall Pechstein: Kein Startschuss für eine Neugestaltung der Sportschiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 12 (2014) p. 216-227 ; ANTOINE EIGENMANN/MARC BEUCHAT, Arbitrage international et succession, L'exécuteur testamentaire face à une clause compromissoire, *ASA* 39 (2021) p. 275-285 ; PASCAL FAVROD-COUNE/KÉVIN BELET, La convention d'arbitrage dans un smart contract, *AJP* 27 (2018) p. 1105-1117 ; ANDREAS FURRER, Schiedsgerichtsbarkeit im grenzüberschreitenden Strassentransport, *in Zivilprozess und Vollstreckung*, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Berne 2018, p. 333-361 ; DANIEL GIRSBERGER, Form und Konsens bei Schiedsvereinbarungen, *in Zivilprozess und Vollstreckung*, Festschrift für

Jolanta Kren Kostkiewicz, Berne 2018, p. 363-384 ; MICHAEL GÜNTER, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz, Zurich 2011 ; SUSANNA GUT, Schiedsgerichtsbarkeit : Eine Streitbeilegungsmethode für Anlegerstreitigkeiten, Zurich 2014 ; ULRICH HAAS, Schiedsgerichte in Erbsachen und das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, SchiedsVZ 9 (2011) p. 289-301, et *in* Schiedsgerichte in Erbsachen, Zurich 2012, p. 159-194 ; IDEM, Zwangsschiedsgerichtsbarkeit im Sport und EMRK, ASA 32 (2014) p. 707-734 ; ULRICH HAAS/CHRISTOPH METTLER, Schiedsgerichtliche Streitigkeiten an der Schnittstelle zwischen Arbeits- und Vereinsrecht, *in* Festschrift für Wolfgang Portmann, Zurich 2020, p. 237-254 ; CHRISTOPH HURNI, Parteifähigkeit in Schiedsverfahren nach dem 12. Kapitel IPRG, ZBJV 148 (2012) p. 992-994 ; LAURENT KILLIAS, Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor Schiedsgerichten - Königsweg oder Sackgasse?, *in* Festschrift für Anton K. Schnyder, Zurich 2018, p. 1053-1068 ; HANS RAINER KÜNZLE, Schiedsfähigkeit von Erbsachen, *in* Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zurich 2019, p. 403-423 ; JOHANNES LANDBRECHT/ANDREAS WEHOWSKY, Determining the Law Applicable to the Personal Scope of Arbitration Agreements and ist „Extension“, ASA 35 (2017) p. 837-859 ; STEFAN LEIMGRUBER, Die negative Feststellungsklage vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, Zurich 2014 ; SAVERIO LEMBO/AURÉLIE CONRAD HARI, International Arbitration in Switzerland and Foreign Bankruptcy: Where Do We Stand?, ASA 32 (2014) p. 735-756 ; MANUEL LIATOWITSCH, Stiftungen und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, *in* Wandel im materiellen Stiftungsrecht und grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung durch Schiedsgerichte, Zurich 2013, p. 229-242 ; PAOLO MARZOLINI, Is the Parties' Consent Still an Overriding Principle for Joinder and Intervention of Third Parties in International Commercial Arbitration?, *in* Selected Papers on International Arbitration, vol. 2, Berne 2012, p. 105-137 ; ANDREA MEIER/ANNA LEA SETZ, Arbitration Clauses in Third Party Beneficiary Contracts – Who May and Who Must Arbitrate?, ASA 34 (2016) p. 62-77 ; CHRISTINE MÖHLER, Konsumentenverträge im schweizerischen Schiedsverfahren mit rechtsvergleichenden Aspekten, Zurich 2014 ; CHRISTOPH MULLER/OLIVIER RISKE, La convention d'arbitrage par lettre d'intention en droits suisse et français, RDAI 2013 p. 191-215 ; GEORG NÄGELI, The Capacity of a Bankrupt Party to Be or Remain a Party to International Arbitral Proceedings, ASA 31 (2013) p. 372-382 ; DOROTA MARIA PACZOSKA KOTTMANN, Materiellrechtliche Folgen der Missachtung einer internationalen Schiedsvereinbarung nach Schweizer Recht, Zurich 2019 ; SIBYLLE PESTALOZZI-FRÜH, Erbvertragliche Schiedsklauseln / Schiedsverträge im Bereich des Erbrechts / Kollisionsrechtliche Aspekte bei solchen Schiedsgerichtsverfahren, *in* Schiedsgerichte in Erbsachen, Zurich 2012, p. 195-213 ; STEFANIE PFISTERER, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, Zurich 2011 ; PASCAL PICHONNAZ, Contractual issues arising from the arbitration agreement and the *receptum arbitri*, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2016, Zurich 2016, p. 39-69 ; DENIS PIOTET, La clause arbitrale fondée sur l'acte à cause de mort et la nouvelle procédure civile, *Successio* 5 (2011) p. 164-169 ; ANTONIO RIGOZZI/FABRICE ROBERT-TISSOT, „Consent“ in Sports Arbitration: Its Multiple Aspects, *in* Sports Arbitration, Huntington NY 2015, p. 59-94 ; THOMAS RITTER, Einheitliche Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Beschlussanfechtungsklagen vor Schiedsgerichten, Zurich 2015 ; ISABELLE ROMY, Autonomie des parties et clauses attributives de jurisdiction dans les contrats internationaux: aspects choisis de droit international privé suisse, RDS 137 (2018) II p. 87-154 ; MICHAEL SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, Zurich 2011, même titre *in* Schiedsgerichte in Erbsachen, Zurich 2012, p. 215-229 ; CÉLINE SCHMIDT/MARJOLAINE JAKOB, Schiedsvereinbarungen nach IPRG (Schweiz), *in* Streitbeilegungsklauseln im internationalen Vertragsrecht, Munich 2017, p. 467-490 ; MARCO STACHER, Jurisdiction and Admissibility under Swiss Arbitration Law – the Relevance of the Distinction and a New Hope, ASA 38 (2020) p. 55-74 ; SIMONE STEBLER, The Problem of Conflicting Arbitration and Forum Selection Clauses, ASA 31 (2013) p. 27-44 ; PIERRE TERCIER, Arbitrage et successions, Un partenariat impossible?, *in* Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Berne 2013, p. 447-459 ; SIMON VORBURGER, International Arbitration and Cross-Border Insolvency, Zurich 2014 ; WERNER WENGER, Polyvalente Schieds(gutachtens)klauseln, ASA 34 (2016) p. 914-923 ; JACQUES DE WERRA, The Expanding Significance of Arbitration for Patent Licensing Disputes, ASA 32 (2014) p. 692-706 ; TINA WÜSTEMANN, « Consent » and Trust Arbitration, *in* Sports Arbitration, Huntington NY 2015, p. 123-136 ; LUKAS WYSS, Aktuelle Zuständigkeitsfragen im Zusammenhang mit internationalen kommerziellen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, *Wyssletter* 25.6.2012.

*Révision du chapitre 12* : ZINA CONRAD, Die Revision des 12. Kapitels IPRG – eine Formfrage, *in* Zivilprozess und Vollstreckung, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Berne 2018, p. 309-331 ; ULRICH HAAS/JEFFREY BROSI, Einseitige, insbesondere testamentarische Schiedsklauseln nach der (geplanten) Reform zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, ZJPInt 21 (2016) p. 323-349 ; WERNER JAHNEL, Schiedsverfahren in Erbsachen – Länderbericht Schweiz, *successio* 2020 p. 379-401 ; HANS RAINER KÜNZLE, Schiedsfähigkeit von und Schiedsverfahren in Erbsachen: Einleitung, *successio* 2020 p. 71-75 ; PETER GEORG PICHT/LENNART CHROBAK, Einseitige Schiedsklauseln in der Schweizer Schiedsrechtsrevision, SJZ 114 (2018) p. 205-215, 233-241 ; DENIS PIOTET (Clause arbitrale et prorogation de for en matière successorale, *in* Journée de droit successoral 2021, Berne 2021, p. 87-124 ; HANS-UELI VOGT/PATRICK SCHMIDT, Schiedsklauseln in Vereinsstatuten, ASA 38 (2020) p. 75-95, 315-337 ; HANS-UELI VOGT *et al.*, Statutarische Schiedsklauseln nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht, Zurich 2019.

*Droit international privé étranger et comparé* : STYLIANI AMPATZI, Das AGB-Recht in der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Baden-Baden 2019 ; PASCAL ANCEL, Arbitrage et compensation, *Rev.arb.* 2012 p. 3-32 ; ARDAVAN ARZANDEH/JONATHAN HILL, Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Clause under English Law, JPIL 5 (2009) p. 425-445 ; CHRISTIAN ASCHAUER, Schiedsfähigkeit in Erbsachen : Länderbericht Österreich, *successio* 2020 p. 76-88 ; CHRISTIAN AUFDERMAUER, Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz in Deutschland, Frankfurt a.M. 2013 ; AHU AYANOĞLU MORALI, Quelques réflexions sur l'extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires, *in* Concerto arbitral en trois mouvements pour Pierre Tercier, Genève 2013, p. 55-66 ; CHRISTIANE VON BARY, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, Tübingen 2018 ; ALEXANDER J. BÉLOHLÁVEK, The law applicable to the arbitration agreement and the arbitrability of a dispute, YIA III (2013) p. 27-57 ; ALI BENCHENEB, A propos de l'extension de la clause compromissoire aux non signataires du contrat international, *in* Droit sans frontières, Mélanges Eric Loquin, Paris 2018, p. 57-74 ; GEORGE A. BERMAN, Les questions liminaires en arbitrage commercial international, *Travaux* 2010-2012 p. 81-145 ; GARY B. BORN, International Arbitration and Forum Selection Agreements : Drafting and Enforcing, 4<sup>e</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2013 ; ALESSIO CAROSI, La convenzione arbitrale asimetrica nell'arbitrato in materia di diritti umani, *Riv.arb.* 30 (2020) p. 483-508 ; DIETMAR CZERNICH, Die Bestimmung des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts in Liechtenstein, *ZvglRW* 111 (2012) p. 428-441 ; IDEM, Schiedsverfahren in Erbsachen in Liechtenstein, *successio* 2020 p. 203-210 ; ANTONIAS DIMOLITSA, L'« extension » de la clause compromissoire à des non-signataires : rien de neuf, ASA 30 (2012) p. 516-538 ; DIEDERICH ECKART, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit und Insolvenzverfahren : Die Bestimmung des massgebenden Rechts,

*in* Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, p. 934-948 ; ALEJANDRO FOLLONIER-AYALA, Droit de l'arbitrage international en Amérique latine et en Suisse: sources, nature juridique et convention d'arbitrage, Bâle 2015 ; REINHOLD GEIMER, Dritte als weitere Parteien im Schiedsverfahren, *in* Balancing of Interests, Liber Amicorum Peter Hay, Frankfurt a.M. 2005, p. 163-180 ; ANDREAS VON GOLDBECK, L'indemnisation du non-respect des clauses compromissaires, RIDC 70 (2018) p. 237-247 ; PHILIPP GROZ, Anwendung von Schiedsklauseln auf immaterialgüterrechtliche Verletzungsklagen nach Vertragsende?, Sic! 2018 p. 95-98 ; MYRIAM GSTÖHL, Die Schiedsvereinbarung im liechtensteinischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung der Schiedsklausel in Stiftungsdokumenten, Schaan 2011 ; BERNARD HANOTIAU, Complex Arbitrations : Multi-contract and Multi-issues, 2<sup>e</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2020 ; IDEM, Non-signatories, Groups of Companies and Groups of Contracts in Selected Asian Countries: A Case Law Analysis, JIA 32 (2015) p. 571-619 ; BERNARD HANOTIAU/BARBARA DEN TANDT, Back to Basics, Or Why the So-Called « Group of Companies Doctrine » Should Be Disregarded Once and for All, *in* The Practice of Arbitration, Essays in Honour of Hans Van Houtte, Oxford 2012, p. 125-132 ; ANNE HOSSFELD, Die Abtretung schieds- und gerichtsstandsgebundener Forderungen, Frankfurt a.M. 2013 ; CHARLES JARROSSON/JEAN-BAPTISTE RACINE, Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, Rev.arb. 2016 p. 1007-1027 ; GERO VON JHERING, Die Wirkung von Schiedsvereinbarungen, Schiedsklauseln und Schiedssprüchen im Gesellschaftsrecht, Frankfurt a.M. 2013 ; CORINA JÜRSCHIK, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, Hamburg 2011 ; PIERRE A. KARRER, Is « Vivendi » Good Law in Switzerland ?, *in* The Practice of Arbitration, Essays in Honour of Hans Van Houtte, Oxford 2012, p. 145-148 ; NIKI K. KERAMEUS, L'engagement des sociétés d'un groupe à l'arbitrage, Une approche comparative, Rev.arb. 2013 p. 617-632 ; PETER KINDLER, Lex loci arbitri vs. lex fori concursus vs. lex societatis : Die Insolvenz der ausländischen Schiedspartei nach der (geplanten) Reform der EuInsVO, *in* Ars Aequi et Boni in Mundo, Festschrift für Rolf A. Schütze, Munich 2015, p. 221-229 ; CHRISTOPHER P. KOCH, A tale of two cities ! - arbitrating trust disputes and the ICC's arbitration clause for trust disputes, YIA II (2011) p. 179-207 ; DOMINIK KOCHOLL, Schiedsklauseln im internationalen Sport: gewollt oder nicht?, Causa Sport 2015 p. 311-321 ; CHRISTIAN KOLLER/ANNA WEBER, Schiedsverfahren in Erbsachen aus österreichischer Sicht, successio 2020 p. 190-202 ; WALTER KRUG, Schiedsverfahren in Erbsachen : Länderbericht Deutschland, successio 2020 p. 89-98 ; WOLFGANG KÜHN, Arbitration and Insolvency, A Comment on Elektrim v. Vivendi (Switzerland), *in* The Practice of Arbitration, Essays in Honour of Hans Van Houtte, Oxford 2012, p. 133-144 ; VESNA LAZIC, Chapter 18 : Cross-Border Insolvency and Arbitration, *in* International Arbitration and International Commercial Law, Liber amicorum Eric Bergsten, Alphen aan den Rijn 2011, p. 337-362 ; ULRICH MAGNUS, CISG and Arbitration Agreements, *in* Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Berne 2018, p. 513-536 ; ANDREAS MARKUS MAYR, Schiedsvereinbarung und Privatrecht, Berlin 2019 ; SAMANTHA NATAF, Jurisdiction over Non-signatories, the Irreconcilable Approaches of French and English Courts, ASA 38 (2020) p. 894-911 ; CHRYSOULA PANOU, Le consentement à l'arbitrage, Etude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage, Paris 2011 ; PERMANENT COURT OF ARBITRATION (éd.), Multiple Party Actions in International Arbitration, Oxford 2009 ; JEAN-BAPTISTE RACINE, Le principe de validité de la convention d'arbitrage international en droit français : un principe dynamique, RIDP 3 (2013) p. 42-57 ; PHILIP-RENÉ RETZBACH, Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung, Berlin 2020 ; OTTO SANDROCK, Die Erstreckung von Schiedsvereinbarungen auf Staaten, RIW 58 (2012) p. 9-20 ; ALESSANDRA SARDU, Arbitrato volontario e giusto processo nella giurisprudenza CEDU, RDIPP 54 (2018) p. 691-711 ; MAXI SCHERER/OLE JENSEN, The Law Governing the Arbitration Agreement: A Comparative Analysis of the United Kingdom Supreme Court's Decision in Erika v. Chubb, IPRax 41 (2021) p. 177-187 ; INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, The CISG in International Arbitration, *in* The Powers and Duties of an Arbitrator, Liber amicorum Pierre A. Karrer, Alphen aan den Rijn 2017, p. 311-325 ; INGEBORG SCHWENZER/DAVID TEBEL, The Word is not Enough - Arbitration, Choice of Forum and Choice of Law Clauses Under the CISG, ASA 31 (2013) p. 740-755 ; RAJAT SINHA/VIVEK KRISHNANI, Exposing Asymmetry to New Challenges: Status of UDCs under Art. 18 of the Model Law, ASA 38 (2020) p. 602-618 ; ANDREA MARCO STEINGRUBER, Consent in International Arbitration, Oxford 2012 ; MICHAEL STÜRNER/CHRISTOPH WENDELSTEIN, Das Schiedsvereinbarungsstatut bei vertraglichen Streitigkeiten, IPRax 34 (2014) p. 473-480 ; DANIEL TAN, Enforcing International Arbitration Agreements in Federal Courts : Rethinking the Court's Remedial Powers, Virginia Journal of International Law 47 (2006-07) p. 545-618 ; LINA THIEME, Damages for Breach of the Obligation to Arbitrate, La Haye 2018 ; FRANÇOIS-XAVIER TRAIN, L'extension de la clause compromissoire, Chronique des années 2012-2017, Rev.arb. 2017 p. 389-444 ; KARIM YOUSSEF, Consent in Context : Fulfilling the Promise of International Arbitration, Multiparty, Multi-contract and non-contract arbitration, [U.S.] 2012.

### **Jurisprudence récente**

ATF 7.6.2021, 4A\_564/2020, c. 6 (*Rappel de la jurisprudence selon laquelle les statuts d'associations sportives majeures [UEFA, FIFA] sont interprétés à l'égal d'une loi, en particulier s'agissant de leurs clauses relatives à des questions de compétence, alors que les statuts de petites sociétés sont interprétés comme les contrats, en suivant notamment le principe de la confiance. – c. 6.4 – Cette interprétation sert à soutenir la « bienveillance » du Tribunal fédéral à l'égard du TAS, sans tenir compte de la nature contractuelle de la convention d'arbitrage consacrée à l'art. 178 et soulignée depuis récemment par la clause d'analogie du nouvel alinéa 4. – Le recours est admis, l'interprétation confuse de la Formation du TAS des textes contractuels étant ainsi sanctionnée. – c. 6.5*)

ATF 27.1.2021, 4A\_600/2020, c. 5.5.1, 5.5.2, 5.6 (*La « bienveillance » du Tribunal fédéral dans l'examen du caractère consensuel du recours à l'arbitrage en matière sportive obéit à une logique qui consiste à favoriser la liquidation rapide des litiges ; le maintien d'une possibilité de recours constitue à cet égard un contrepoids. – c. 5.5.1. En suivant l'arrêt Pechstein de la CEDH, on peut distinguer entre arbitrage volontaire et arbitrage forcé. Dans le cas d'un litige opposant deux clubs de football, on peut se demander si on est en présence d'un arbitrage forcé. Quoi qu'il en soit, la CEDH a admis, à l'instar du Tribunal fédéral, que le recours à l'arbitrage forcé serait possible nonobstant l'absence d'un consentement librement exprimé par une*



*partie. – c. 5.5.2, 5.6)*

Sur le premier point, on reconnaît l'exposé explicite de la « logique » qui sous-tend la fameuse « bienveillance » avec laquelle le Tribunal fédéral s'écarte de l'obligation légale de ne soumettre les sportifs à l'arbitrage que moyennant leur consentement. Le « contrepois » que l'on voit dans les moyens de recours n'a évidemment rien d'égal à la privation de l'accès à la justice étatique, compte tenu des restrictions inhérentes aux moyens définis à l'art. 190 al. 2 et de la substance réduite à néant de l'ordre public suisse.

Sur le second point, on relèvera que ce n'est pas ce qu'a décidé la Cour, qui a simplement constaté que le TAS avait les apparences d'un tribunal établi par la loi, jouissant de la plénitude de juridiction (§ 149). Statuant sur le seul fondement de l'art. 6(1) CEDH, l'examen des exigences relatives au consentement à l'arbitrage consacrées à l'art. 178 LDIP n'était pas de son ressort. Par la mention expresse des statuts dans la clause d'analogie de l'alinéa 4, la loi rend un tel examen incontournable pour le Tribunal fédéral.

*ATF 7.12.2020, 4A\_528/2019, arbitrage CPC (L'examen de la portée de la convention d'arbitrage concerne son champ d'application objectif et son champ d'application subjectif. Ce dernier repose sur le principe de la relativité des obligations contractuelles, seuls les cocontractants étant liés par la convention d'arbitrage. Toutefois, la jurisprudence a adopté plusieurs hypothèses dans lesquelles une partie qui n'a pas signé ou n'est pas mentionnée dans la convention est néanmoins obligée par celle-ci. Il en est notamment ainsi : en cas de cession de créance, de reprise de dette ou de transfert d'une relation contractuelle ; lorsqu'un tiers s'immisce dans l'exécution du contrat contenant la clause arbitrale ; lorsque les conditions du principe de la transparence (Durchgriff) sont réalisées, auquel cas la clause arbitrale lie non pas la personne qui a formellement conclu le contrat, mais le tiers qui forme avec elle une unité économique ; en faveur du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui parfaite qui acquiert, contre le débiteur (ou promettant) une créance avec tous les droits accessoires y compris la clause compromissoire. En revanche, en matière de sûretés telle que la garantie bancaire, le tribunal arbitral n'a pas la compétence pour statuer sur les droits du créancier à l'égard du garant du seul fait que le contrat liant le créancier et le débiteur contient une clause arbitrale. – c. 3.1. En l'espèce, la stipulation pour autrui parfaite n'ayant pas été réclamé applicable par les bénéficiaires, elle pouvait être révoquée conformément à l'art. 112 al. 3 CO. - c. 5 et 6.)*

*ATF 147 III 107 ss (L'interprétation de la convention d'arbitrage s'inspire des règles générales d'interprétation des déclarations de volonté, suivant le principe de la confiance - rappel de la jurisprudence. A cet égard, il est rappelé que dès lors que la renonciation au tribunal étatique implique une renonciation significative aux voies de recours étatiques (« die Rechtsmittelwege stark eingeschränkt werden »), une interprétation restrictive s'impose en cas de doute. - c. 3.1.2. Une clause arbitrale peut s'étendre à un tiers non signataire qui ne s'y trouve pas mentionné, comme en cas de cession de créance, de reprise de dette ou du contrat. Il en va de même dans le cas de tiers qui s'immiscent dans l'exécution du contrat, rendant ainsi reconnaissable leur volonté d'en être parties. – c. 3.3.1. En l'espèce, cependant, il s'agit d'un sous-traitant, qui s'est certes immiscé dans l'exécution du contrat, mais cela en vertu de son propre contrat de livraison avec l'une des parties, sans devenir partie du contrat principal et de la clause arbitrale s'y trouvant. – c. 3.3.2.)*

*ATF 25.8.2020, 4A\_248/2019, c. 5, non reproduit dans l'ATF 147 III 49 ss (Rappelant son arrêt Lazutina du 27.5.2003, ATF 129 III 445 ss, 454-463, avec la jurisprudence qui s'en est suivie, et s'appuyant sur les arrêts Mutu et Pechstein et Platini de la CEDH, le Tribunal fédéral accepte l'affirmation de la CEDH que l'arbitrage du TAS constitue un arbitrage forcé (c. 5.1.2, 5.2.4), tout en insistant sur la conclusion de l'arrêt Pechstein, selon laquelle l'arbitrage du TAS offre les garanties prévues par l'art. 6 par. 1 CEDH, en particulier celles d'indépendance et d'impartialité du TAS.)*

*ATF 18.5.2020, 4A\_418/2019, c. 3.2.2 (L'interprétation de la convention d'arbitrage s'inspire des règles générales d'interprétation des déclarations de volonté, suivant le principe de la confiance - rappel de la jurisprudence.)*

*ATF 17.4.2020, 4A\_12/2019, c. 3.2 (Savoir si le demandeur ou le défendeur est partie à la convention d'arbitrage est une question de recevabilité qui détermine la compétence du tribunal arbitral. Elle ne se confond théoriquement pas avec la légitimation active ou passive, mais ces deux aspects peuvent se chevaucher, étant donné que les arbitres tirent leur compétence de la seule convention des parties, qui est intégrée dans un contrat.)*

ATF 6.1.2020, 4A\_342/2019, c. 3 (*Les parties n'ayant pas invoqué un droit autre que le droit suisse, il y a lieu de suivre les principes d'interprétation des volontés des parties développés par la jurisprudence. En l'espèce, les termes « contract disputes » englobent toutes les conditions du contrat de livraison, y comprise la question de l'existence de l'obligation de livrer.*)

ATF 17.10.2019, 4A\_268/2019, c. 3 (*Les statuts de la FIFA ne confèrent pas un droit de faire appel d'une décision du Tribunal algérien de règlement des litiges sportifs auprès du TAS, et la Fédération n'était pas liée par la convention d'arbitrage et elle n'était pas partie à une procédure opposant un joueur à son club.*)

ATF 24.9.2019, 4A\_636/2018, c. 4 (*Une clause arbitrale peut s'étendre à un tiers non signataire du fait de son immiscion dans le contrat, rendant ainsi reconnaissable sa volonté d'en être partie. Condition non réalisée en l'espèce, s'agissant de l'Etat de la Libye, même s'il a exercé une certaine surveillance d'une société de droit public partie au contrat.*)

Les lieux de publication de l'arrêt Westland, cité au c. 4.5.1 (4P.1675/1987, du 19.7.1988), sont : ASA 1989 p. 63, Rev.arb. 1989 p. 525, YCA 1991 p. 174. L'arrêt est mentionné dans l'ATF 120 II 155 ss, 157, un autre arrêt rendu dans la même affaire, le 19.4.1994.

ATF 145 III 199 ss (*La question de la forme de la clause arbitrale est régie par la norme de droit matériel de l'art. II al. 2 CNY – c. 2.1. L'autonomie de la clause arbitrale signifie que la validité de celle-ci est déterminée indépendamment de celle du contrat principal – c. 2.2. L'art. 178 s'applique également à la portée subjective de la clause arbitrale, mais l'exigence de forme ne s'adresse qu'aux parties originaires de celle-ci, tandis que l'engagement de tiers dépend uniquement du droit matériel applicable – c. 2.4. En l'espèce, la partie recourante s'est immiscée dans l'exécution du contrat, rendant ainsi reconnaissable d'avoir consenti à la clause arbitrale s'y trouvant – c. 2.5. L'extension de la durée de la convention d'arbitrage résultait du droit applicable au fond de celle-ci, sans requérir une confirmation en la forme écrite prévue à l'art. II al. 2 CNY – c. 2.6.*)

ATF 21.3.2019, 4A\_7/2019, c. 2.3 (*rappel de la jurisprudence selon laquelle un tiers s'étant immiscé dans l'exécution d'un contrat manifeste sa volonté d'être partie à la clause compromissoire qu'il contient - jurisprudence applicable au cas d'un exécuteur testamentaire opérant dans l'exécution d'un pacte successoral*)

ATF 144 III 559 ss (*Jurisdiction arbitrale fondée sur le Traité d'investissement entre l'Ukraine et la Russie, applicable à un investissement en Crimée, sur le territoire appartenant de fait, suite à son annexion, à la Russie, sans égard à la question de la reconnaissance de la souveraineté russe*)

ATF 28.5.2018, 4A\_314/2017, c. 2.3.1 (*Le Tribunal fédéral n'entend pas faire « abstraction totale » de l'exigence de forme de l'art. 178 al. 1, tout en examinant avec « bienveillance » le caractère consensuel du recours à l'arbitrage en matière sportive, manifestant un libéralisme caractérisé par la souplesse avec laquelle est traité le problème de la clause arbitrale. On y reconnaît « en filigrance » qu'un comportement donné peut suppléer, en vertu des règles de la bonne foi, à l'observation d'une prescription de forme, dès lors qu'il n'y a pratiquement pas de sport d'élite sans consentement à l'arbitrage du sport. La clause d'arbitrage du TAS est ainsi devenue « branchentypisch » en matière sportive. L'interprétation des statuts d'associations sportives majeures suit le modèle de celle des statuts de grandes sociétés.*)

Difficile de conserver encore un voile de vérité. La loi exige un acte de volonté réciproque, exprimé sous la forme écrite. Le Tribunal fédéral s'en écarte – quoique « pas totalement » – par une approche de « bienveillance », qui relève de la politique sportive et non du droit, soutenue « en filigrane » [ ? ] par le principe de la bonne foi, fondé sur le fait (ou le mythe ?) que tout sportif d'élite est forcé d'adhérer aux clauses arbitrales que l'on ne lui présente même pas, car validées indirectement « par référence ». De plus, s'agissant d'associations sportives majeures, le principe de la confiance ne compte pas. On finit ainsi par objectiver complètement les clauses arbitrales unilatéralement imposées par les fédérations sportives, évacuant leur fondement dans la volonté conformément à l'art. 178. Toute cette lecture embellissante rend mal à l'aise lorsqu'on la compare aux déclarations de M. Bach, Président du CIO, réclamant une réforme urgente du TAS, qui ne parviendrait pas à gérer, ni la qualité ni la consistance de sa jurisprudence (communiqué du 5.2.2018). L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 29.8.2018 dans l'affaire RFC Seraing c. FIFA rejette l'exception d'arbitrage au motif que la clause arbitrale des statuts de la FIFA ne définit pas un rapport de droit déterminé auquel elle s'appliquerait (cf. Le Monde du 31.8.2018).

ATF 1.5.2018, 4A\_583/2017, c. 3.3, 3.4 (*L'interprétation de la convention d'arbitrage s'inspire des règles générales d'interprétation des déclarations de volonté, suivant le principe de la confiance - rappel de la jurisprudence.*)

ATF 2.2.2018, 4A\_490/2017 (*En matière sportive, le Tribunal fédéral examine la validité quant à la forme des conventions d'arbitrage et celle de renvois à d'autres documents avec bienveillance (« Wohlwollen ») – c. 3.1.2. Si la volonté d'arbitrer est établie, l'interprétation de la convention d'arbitrage s'inspire de l'idée de l'effet utile [« Utilitätsgedanke »]. – c. 3.1.3. Une procédure préalable devant la fédération nationale n'est pas indispensable, l'IAAF étant dès lors autorisée à porter le litige directement devant le TAS. – c. 3.3.*)

ATF 22.1.2018, 4A\_432/2017, c. 3 (*Notion de convention d'arbitrage. Son interprétation s'inspirent des règles générales d'interprétation des déclarations de volonté. En suivra en premier lieu la volonté concordante exprimée par les parties. Si une telle volonté ne peut être démontrée, l'interprétation repose sur le principe de la confiance, en rappelant que la clause arbitrale implique une renonciation à la juridiction étatique et que, dès lors, une interprétation restrictive s'impose en cas de doute. Si l'acceptation de l'arbitrage est établie, il convient de suivre le principe de l'effet utile et de donner à la convention d'arbitrage un sens qui en confirme l'existence. En l'espèce, la convention des parties ne révèle pas une volonté concordante de renoncer à la juridiction étatique. La sentence du TAS est en conséquence annulée et celui-ci déclaré incompétent.*)

ATF 21.12.2017, 4A\_344/2017, c. 3 (*Exception d'arbitrage qui soulève la question de la portée et de l'interprétation d'une clause arbitrale contenue dans les statuts d'une société, s'appliquant aux « litiges dans des affaires relatives à la société »*)

ATF 20.11.2017, 4A\_407/2017, c. 2.3.2.1 (*L'interprétation d'une convention d'arbitrage se fait selon les règles générales d'interprétation des contrats. On s'attache d'abord à la commune et réelle intention des parties, le cas échéant sur la base d'indices. Si l'on n'y parvient pas, on suivra le principe de la confiance afin d'établir le sens que les parties pouvaient et devaient donner à leurs manifestations de volonté. A défaut, des moyens subsidiaires d'interprétation interviennent, telle la règle dite des clauses ambiguës (Unklarheitsregel, in dubio contra stipulatorem ou proferentem). Si le principe de l'acceptation de l'arbitrage est établi, force est de faire intervenir le principe d'utilité, c.à.d. de donner à la clause ptahologique un sens qui permette de maintenir la convention d'arbitrage.*)

ATF 4.10.2017, 4A\_150/2017 (*Notion de convention d'arbitrage. Son interprétation s'inspirent des règles générales d'interprétation des déclarations de volonté. En suivra en premier lieu la volonté concordante exprimée par les parties. Si une telle volonté ne peut être démontrée, l'interprétation repose sur le principe de la confiance, en rappelant que la clause arbitrale implique une renonciation à la juridiction étatique et que, dès lors, une interprétation restrictive s'impose en cas de doute. Si l'acceptation de l'arbitrage est établie, il convient de suivre le principe de l'effet utile et de donner à la convention d'arbitrage un sens qui en assure l'effectivité. Les faits déterminants sont ceux du moment de la conclusion de l'accord. – c.3.2. En l'espèce, l'on est confronté à un rapport contractuel complexe, en matière de réassurance. Un contrat de réassurance (comprenant une clause arbitrale) est suivi d'un contrat de récession, puis d'un accord complémentaire, destinés à inclure un tiers dans la relation, ces deux contrats ne comprenant pas de clause arbitrale tandis que le second contient une prorogation de for – la situation étant donc telle que les parties au litige ne sont pas liées par une convention d'arbitrage. – c. 3.3-3.5 – Le Tribunal fédéral annule la sentence et déclare le tribunal arbitral incompétent.*)

ATF 25.4.2017, 4A\_34/2017, c. 3.4.2 (*L'art. 178 al. 2 consacre trois rattachements alternatifs in favorem validitatis, sans aucune hiérarchie entre eux, en réglant également l'interprétation de la convention d'arbitrage. Cependant, lorsqu'un élément déterminant pour résoudre la question de compétence se trouve hors la clause arbitrale, il convient de lui appliquer la loi régissant le contrat, en l'espèce le droit anglais choisi par les parties.*)

ATF 24.1.2017, 4A\_672/2016, c. 3.1.2 (*L'interprétation d'une convention d'arbitrage se fait selon les règles générales d'interprétation des contrats, s'appuyant sur la volonté concordante des parties. S'il ne peut déterminer la volonté effective des parties, le juge procédera à une interprétation objective, par application du principe de la confiance. Si la volonté d'arbitrer est établie, l'interprétation de la convention d'arbitrage s'inspire de l'idée de l'effet utile [« Utilitätsgedanke »]. En l'espèce, la mention « International Chambre of Commerce Geneva » désigne la CCI et non la SCAI.*)

ATF 19.1.2017, 4A\_459/2016, c. 2.1, arbitrage CPC (*Dans certains cas déterminés par la jurisprudence, une convention d'arbitrage peut lier des tiers qui n'ont pas signé le contrat et qui n'y sont pas mentionnés.*)

ATF 143 III 55 ss, 57-64 (*La partie qui entend échapper à la clause de renonciation à recourir contre la sentence contenue dans un contrat dont elle affirme la validité tandis que la sentence a conclu à son inexistence manque de bonne foi, puisqu'elle soutient à la fois l'inexistence du contrat – pour pouvoir recourir contre la sentence – et son existence – afin d'obtenir le paiement de la part de la partie cocontractante. La question de la séparabilité de la clause de renonciation n'est pas examinée. Cf. art. 192 n° 13a.*)

ATF 6.10.2016, 4A\_310/2016, c. 3.1 (*La portée subjective d'une clause arbitrale est examinée en vertu de l'art. 178 al. 2 ; elle peut englober des tiers non signataires, ainsi en cas de cession de créance, de reprise de dette ou de contrat, d'acceptation par acte concluant ou de convention au profit d'un tiers : rappel de jurisprudence, c. 3.1.1. L'interprétation d'une convention d'arbitrage s'inspire des principes applicables à l'interprétation des déclarations de volonté, sauf qu'elle suit une ligne restrictive, à l'exception de la question de la portée matérielle d'une convention en soi valable, c. 3.1.2.*)

ATF 27.9.2016, 4A\_102/2016, c. 3 (*En matière sportive, le Tribunal fédéral examine la validité quant à la forme des conventions d'arbitrage et celle de renvois à des conditions générales avec bienveillance (« Wohlwollen »). c. 3.2.3 [Cela veut dire : hors du contexte des droits contractuels, dans « un but de favoriser la résolution rapide des litiges par des tribunaux spécialisés ». On accepte donc un glissement d'un fondement d'obligation vers une fondement normatif de l'arbitrage sportif, en marge de la loi.] L'accord arbitral, notamment sous une forme pathologique, est interprété en fonction du principe de la confiance. c. 3.2.4. La convention d'arbitrage est valable in casu, même sous une forme limitant la cognition du TAS. c. 3.4.)*

ATF 20.9.2016, 4A\_616/2015, c. 3.2-3.4 (*Examen de la compétence du tribunal arbitral au regard de la notion d'investissement du Traité bilatéral d'investissement franco-vietnamien ; réponse négative résultant de l'absence de preuve d'un programme alimentaire au Vietnam porteur de l'investissement allégué.*)

ATF 142 III 220 ss, 225-230, arbitrage CPC (*Tant sous l'angle de la LDIP que du CPC, les clauses arbitrales statutaires lient les membres fondateurs, mais également les nouveaux membres, et ce eo ipso de par l'acquisition d'une part préexistante, même si l'acte d'acquisition ne se réfère pas aux statuts ni à la clause arbitrale y figurant. Cela ne s'applique pas dans l'hypothèse où il n'existe pas de succession dans des droits antérieurs, en cas d'entrée dans une association ou une société coopérative, par exemple. On suivra ainsi ce que le Conseil fédéral a proposé comme un nouvel art. 679I CO dans son projet de révision du droit des sociétés anonymes.*)

ATF 142 III 239 ss (*Le Tribunal fédéral examine librement les questions de droit qui déterminent la compétence du tribunal arbitral. – p. 244, c. 3.1. L'art. 178 al. 3 codifie le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal, mais ce faisant, il ne traite pas de la question de cette autonomie en cas d'inexistence du contrat principal, comme il laisse entendre à tort que l'invalidité du contrat principal ne pourrait jamais influencer sur la validité de la clause arbitrale alors qu'il existe des situations dans lesquelles la clause compromissaire partage le destin du contrat principal, tel le cas d'une incapacité de contracter d'une partie. La cause à l'origine de l'inexistence du contrat n'affecte pas la validité de la clause arbitrale contenue dans les divers projets de contrat échangés entre les parties s'il résulte de circonstances additionnelles que les parties avaient la volonté reconnaissable de se soumettre à une juridiction arbitrale indépendamment du point de savoir si le contrat principal est conclu ou non. – p. 244-247, c. 3.2. L'art. 178 al. 1 se contente d'une forme écrite simplifiée, n'exigeant pas de signature, mais admettant le courriel. Il s'agit d'une règle matérielle de droit international privé dont les parties ne peuvent assouplir les exigences, alors que l'on peut concevoir qu'elles puissent convenir d'exigences accrues, question à laquelle le Tribunal fédéral n'apporte cependant pas de réponse définitive. – p. 247-250, c. 3.3.1. L'art. 178 al. 2 consacre trois rattachements alternatifs sans aucune hiérarchie entre eux. En droit suisse, l'interprétation d'une convention d'arbitrage se fait selon les règles générales d'interprétation des contrats. Lorsque plusieurs contrats se trouvent dans une relation de connexité matérielle, tels le contrat-cadre et les différents contrats qui s'y rattachent, mais qu'un seul d'entre eux contient une clause d'arbitrage, il y a lieu de présumer, à défaut d'une règle explicite stipulant le contraire, que les parties ont entendu soumettre également les autres contrats du même groupe à cette clause arbitrale. – p. 252-256, c. 5.)*

ATF 141 III 495 ss (*Les exigences formelles posées à l'art. II par. 2 de la Convention de New York ne sont en tout cas pas moins strictes que celles qui caractérisent la forme écrite simplifiée prescrite par l'art. 178 al. 1. - c. 3.4.1, p. 502. La loi suisse étant applicable à la validité matérielle de la convention d'arbitrage, il s'agit en l'espèce du Traité sur la Charte de l'énergie. - c. 3.4.2, p. 502 s.)*

ATF 15.9.2015, 4A\_136/2015 (*En présence d'une clause pathologique, il faut rechercher par la voie de l'interprétation et, le cas échéant, par celle du complètement du contrat conformément aux règles générales du droit des contrats une solution qui respecte la volonté fondamentale des parties de se soumettre à une*

*juridiction arbitrale. – c. 2.2.2, confirmation de l’ATF 3.6.2015, 4A\_676/2014. En l’espèce, le renvoi, sous le titre « Arbitration » à la « empowered jurisdiction of Geneva, Switzerland » démontre la volonté d’arbitrer des parties.)*

Et le Tribunal fédéral de conclure : « Le caractère international du contrat de distribution plaide également en faveur de la qualification retenue par l’arbitre. ... Ça l’est d’autant plus que l’arbitrage, que l’on le veuille ou non, tend à devenir la justice de droit commun du commerce international et que Genève est une place d’arbitrage connue. » (c. 2.2.3.1) - Manifestement, le bruit des protestations massives en Europe contre l’arbitrage international n’est pas encore parvenu à percer les murs de Mon Repos. Cet arrêt s’inspire d’hypothèses comparables à la thèse de la « bienveillance » (« Wohlwollen ») avec laquelle le Tribunal fédéral juge de la validité des clauses arbitrales signées de force par les sportifs (ATF 138 III 29 ss, 34), c’est-à-dire suivant une approche très éloignée de celle affirmant que la renonciation à la juridiction étatique commanderait une interprétation restrictive, encore rappelée dans l’ATF cité du 6.10.2016, c. 3.1.2, en référence à l’ATF 140 III 134 ss, 139. Avec tout le respect que l’on doit aux Juges fédéraux, il est difficile de s’empêcher de leur dire que cette jurisprudence manque de cohérence.

*ATF 3.6.2015, 4A\_676/2014 (En présence d’une clause pathologique, il faut rechercher par la voie de l’interprétation et, le cas échéant, par celle du complètement du contrat conformément aux règles générales du droit des contrats une solution qui respecte la volonté fondamentale des parties de se soumettre à une juridiction arbitrale. – c. 3.2.2. On ne peut reconnaître la volonté d’arbitrer dans une clause ayant pour seule mention « International Commerce in Zurich, Switzerland ». – c. 3.2.3.2.)*

*ATF 28.8.2014, 4A\_74/2014, c. 5.2 (Si la volonté des parties de se soumettre à l’arbitrage est établie, il y a lieu d’interpréter leur convention de façon large, afin d’en dégager une solution permettant de mettre l’arbitrage sur pied nonobstant ses défauts et ses imprécisions.)*

*ATF 23.7.2014, 4A\_118/2014, c. 3.1 (L’arbitrabilité subjective est à examiner dans le cadre du moyen de recours relatif à la compétence.)*

*ATF 140 III 404 ss, 409 (L’art. 8 LCD n’offre aucun fondement à une thèse concluant de manière générale à la nature abusive de clauses arbitrales, d’élection de for ou de droit applicable. Cependant, l’application de cette disposition dans l’hypothèse d’un déséquilibre substantiel entre les parties peut entrer en considération. Il s’agirait donc d’un filtre retenant des cas abusifs, une « richterliche Missbrauchskontrolle ».)*

*ATF 9.7.2014, 4A\_90/2014, c. 3.2.2 (Interprétations de clauses arbitrales pathologiques selon les règles générales d’interprétation des contrats, de telles clauses étant à comprendre, en cas de doute, en défaveur de son rédacteur et en tenant compte du principe d’utilité)*

*ATF 7.7.2014, 4A\_124/2014, c. 3.3 (L’art. 178 al. 2 est également applicable en ce qui concerne une clause prévoyant un mode alternatif de règlement des différends préalable à l’arbitrage et, notamment, la question de son caractère obligatoire à l’ouverture de celui-ci.)*

*ATF 140 III 367 ss (L’arbitrage est fondé sur l’échange de déclarations réciproques de volonté, comportant une renonciation claire et indubitable aux tribunaux étatiques. – c. 2.2.2. Il n’y a pas de volonté de se soumettre à l’arbitrage dans l’hypothèse d’un arbitrage convenu à titre éventuel, à côté d’une clause d’élection de for. – c. 3 – arbitrage CPC)*

*ATF 5.6.2014, 4A\_302/2013, c. 4 (Interprétation de la clause arbitrale pour déterminer les parties liées et le rôle d’une tentative de conciliation préalable - arbitrage CPC)*

*ATF 7.4.2014, 4A\_450/2013 (c. 3.1 et 3.2) (La portée subjective de la convention d’arbitrage, respectivement la question de la compétence ratione personae, doit être résolue à la lumière des rattachements alternatifs de l’art. 178 al. 2 ; des personnes non signataires, des tiers s’étant immiscés dans l’exécution du contrat, ainsi que la société mère opérant dans la confusion des sphères avec la société fille, peuvent être obligés par la clause arbitrale - c. 3.2. Le grief d’incompétence étant examiné librement - c. 3.1, l’analyse à faire par le Tribunal fédéral peut être truffée de complexités - c. 3.3 - 3.5.)*

*ATF 140 III 134 ss (notion de convention d’arbitrage, dont le champ d’application ratione materiae est déterminé par la loi désignée par l’art. 178 al. 2 - c. 3.1 ; principes d’interprétation - c. 3.2 ; portée de la clause arbitrale figurant dans un contrat de licence, dont elle régit également les droits résultant de sa terminaison - c. 3.3)*

*ATF 2.10.2013, 4A\_305/2013, c. 3.2.1 (définition de la convention d’arbitrage, dont la renonciation peut avoir lieu en tout temps et sans exigence de forme), c. 3.2.2 (interprétation d’une clause arbitrale en suivant la*

*volonté concordante et de fait des parties)*

ATF 30.9.2013, 4A\_232/2013, c. 3.3.2 (*droit grec inapplicable à la validité au fond de la convention d'arbitrage, la question litigieuse, découlant d'un contrat de distribution, étant régie par le droit anglais choisi par les parties*)

ATF 20.6.2013, 4A\_682/2012, c. 4.4.1, Egyptian Football Association (*Un simple échange de correspondance ne peut être traité à l'égal d'un compromis soumettant le litige au TAS.*)

ATF 17.4.2013, 4A\_515/2012, c. 5.2 (*En référence à l'art. 357 CPC, il est précisé ceci : « La convention d'arbitrage est un accord par lequel deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables s'entendent pour confier à un tribunal arbitral ou à un arbitre unique, en lieu et place du tribunal étatique qui serait compétent, la mission de rendre une sentence à caractère contraignant sur un ou des litiges existants (compromis arbitral) ou futurs (clause compromissoire) résultant d'un rapport de droit déterminé. » Par ailleurs, la convention peut disposer que le recours à l'arbitrage est facultatif, en ce sens que les deux parties ou l'une d'elles se voient accorder le choix entre l'arbitrage et la juridiction ordinaire.*)

ATF 18.3.2013, 4A\_388/2012, c. 3.4 (*En cas de doute, l'interprétation d'une clause dans le sens d'une renonciation à la juridiction étatique doit être restrictive ; en l'espèce, une telle volonté n'est pas établie.*)

ATF 17.1.2013, 4A\_244/2012, c. 4 (*Lorsque la clause arbitrale ne laisse pas reconnaître la volonté concordante des parties, elle est interprétée conformément au principe de la confiance, s'agissant de déterminer la volonté des parties telle qu'elle pouvait et devait être comprise de bonne foi par chacune d'elles, cette interprétation devant être restrictive en cas de doute [en l'espèce, un arbitrage sportif]. L'ensemble contractuel contenant en l'espèce une clause arbitrale et des clauses d'élection d'un for suisse, l'analyse objective ne permet pas de conclure à l'existence d'une volonté concordante de renoncer à la juridiction étatique, raison pour laquelle le TAS s'est déclaré à tort compétent.*)

ATF 10.1.2013, 4A\_146/2012, c. 3.4, Israël (*L'interprétation d'une convention d'arbitrage se fait selon les règles générales d'interprétation des contrats, sauf à dire que l'on ne doit pas admettre trop facilement qu'une convention d'arbitrage a été conclue, si ce point est contesté. S'il ne peut déterminer la volonté effective des parties, le juge procédera à une interprétation objective, par application du principe de la confiance. En l'espèce, rien ne laisse admettre que les parties auraient eu la volonté de faire paralyser l'exécution de leur accord d'arbitrage par le simple refus de l'une d'elles de nommer son arbitre.*)

ATF 138 III 714 ss, 720-726 (*La jouissance et la capacité d'une société étrangère d'être partie à un arbitrage international ayant son siège en Suisse relève de son statut personnel, dont le domaine d'application ne s'étend pas, cependant, à des restrictions plus spécifiques relatives à la capacité de se soumettre à un arbitrage et liées à la survenance d'un cas d'insolvabilité ; capacité affirmée, en l'espèce, s'agissant d'une société à responsabilité limitée tombée en faillite au Portugal, contrairement au cas polonais jugé dans l'ATF 31.3.2009, 4A\_428/2008, c. 3.2, Elektrim.*)

ATF 20.8.2012, 4A\_240/2012, c. 4 (*La jurisprudence n'admet pas trop facilement qu'une convention d'arbitrage a été conclue, si ce point est contesté - c. 4.1 : affirmation qui semble contraster avec la « bienveillance » dans l'appréciation du caractère consensuel du recours à l'arbitrage en matière sportive. En l'espèce, la clause compromissoire l'emporte sur une clause d'élection de for figurant dans le même contrat, sauf pour deux situations exceptionnelles - c. 4.2).*

ATF 18.6.2012, 4A\_488/2011, c. 4.3.1, UCI et al. (*La limite de validité temporelle de la convention d'arbitrage, respectivement de porter l'affaire devant le TAS, a-t-elle trait à la compétence ratione temporis du tribunal arbitral ou s'agit-il, tout au moins dans l'arbitrage sportif fondé sur des règles statutaires, d'une question de qualité pour agir ou d'un délai de péremption entraînant, en cas d'inobservation, la perte du droit de soumettre la cause à tout contrôle juridictionnel ? La question n'est pas tranchée, mais il est noté que cette dernière opinion « apparaît convaincante prima facie » ; de même dans l'ATF 22.5.2018, 4A\_170/2017, c. 5.2).*

ATF 6.8.2012, 4A\_119/2012, c. 4 (*Interprétation suivant les manifestations de volonté telles qu'elles pouvaient et devaient être comprises au moment de l'accord, et ce sous un regard large dès lors que seule l'étendue mais non l'existence de la clause arbitrale est contestée, en l'espèce en rapport avec des actes non régis par le mandat de gestion d'une fondation mais affectant également le patrimoine de celle-ci. Examen sommaire dans le contexte d'une exception d'arbitrage relative à un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse ; cf. art. 7).*

ATF 8.3.2012, 4A\_627/2011, c. 3 (*arbitrage interne, l'art. 393 lit. b CPC correspondant à l'art. 190 al. 2 lit. b LDIP – Incompétence du TAS, la clause arbitrale du contrat sur la participation de clubs à la Champions Hockey Ligue ne créant pas en la personne du club admis à y participer des droits envers le promettant, dans*

*le sens d'une stipulation pour autrui parfaite)*

ATF 13.2.2012, 4A\_428/2011, c. 3.2.3 et 4.1 (*examen « bienveillant » du caractère consensuel du recours à l'arbitrage en matière sportive ; portée subjective de la convention d'arbitrage, question qui ne concerne pas le droit d'attaquer la décision prise par l'organe d'une fédération sportive, mais qui porte sur la qualité pour agir et, le cas échéant, le droit d'être entendu*)

ATF 9.12.2011, 4A\_631/2011, c. 3.1 (*partie liée par une clause arbitrale et de renonciation au recours signée par son représentant*)

ATF 138 III 29 ss, 32-38 (*« bienveillance » du Tribunal fédéral dans l'appréciation des exigences de forme par rapport aux conventions d'arbitrage en matière sportive ; portée d'une clause arbitrale désignant alternativement la FIFA et l'UEFA comme instance de décision, alors que ni l'une ni l'autre n'est compétente pour statuer sur le litige ; volonté hypothétique des parties de choisir une institution spécialisée dans le transfert de footballeurs, ce qui implique une soumission à la juridiction du TAS ; cf. la note de L. Beffa, ASA 2012 p. 169 ss, observant que le Tribunal fédéral « should not be too benevolent in this regard and should not continue sanctioning abuses », p. 176*)

ATF 20.9.2011, 4A\_103/2011, c. 3 (*portée de la convention d'arbitrage*)

ATF 18.4.2011, 4A\_640/2010, c. 3 (*clause arbitrale fondée sur le renvoi aux statuts de la FIFA*)

Tribunale d'appello TI, 20.7.2010, RtiD 2011 II n° 67c p. 805 (*Question de l'adhésion à une clause compromissoire du fait de la participation à l'exécution du contrat principal. Conditions non réunies en l'espèce, au vu d'un examen sommaire d'une exception d'arbitrage ; cf. art. 7*).

*L'ATF 18.6.2012 soulève une question importante et risque de limiter le droit d'agir des sportifs en cas d'inobservation du délai d'appel devant le TAS. En effet, s'il s'agit d'une simple question de procédure, le droit de recourir au Tribunal fédéral devient illusoire, et s'il s'agit d'un délai de péremption, on aboutit à la perte de tout droit juridictionnel, si l'on suit Rigozzi, cité dans l'arrêt. Or, il n'est pas certain que la question ait été bien identifiée. Car s'il a été convenu que l'engagement à l'arbitrage soit limité par un délai, fixé par contrat ou dans les statuts d'une organisation sportive (ou d'une société commerciale – ce qui ne devrait faire aucune différence), la question, en cas d'inobservation du délai, est certes celle de la qualité pour agir de celui à qui il incombe de respecter ledit délai, mais cette question affecte également la compétence du tribunal arbitral, qui est tributaire de la validité (subjective) et de la portée de la convention d'arbitrage. Cette double qualification n'est pas mise en cause lorsque l'on soutient que le délai d'agir devrait être compris comme un délai de péremption, entraînant non seulement la perte du droit de solliciter l'arbitrage, mais également la perte du droit de s'adresser aux tribunaux étatiques. Même dans cette optique, c'est encore la compétence du tribunal arbitral qui est en cause, dans la mesure où le droit d'agir en est l'un des fondements. La thèse de Rigozzi, qui semble avoir les faveurs du Tribunal fédéral, suppose que la volonté des parties liées par la convention d'arbitrage comporte celle de renoncer à tout recours devant les tribunaux étatiques, et ce même au-delà du délai fixé pour arbitrer, mais cela suppose encore que le refus de tout recours juridictionnel ne s'avère pas excessif eu égard à l'art. 27 al. 2 CCS dont la pertinence est précisément en jeu dans la plupart des litiges sportifs portant sur des sanctions disciplinaires. Or, ni l'une ni l'autre de ces questions n'ont été approfondies, mis à part de simples affirmations sur des « complications difficilement surmontables », inconvénients qui pèsent sur les fédérations sportives et que celles-ci pourraient aisément surmonter en rédigeant mieux leurs clauses arbitrales.*

CEDH, 2.10.2018, Mutu et Pechstein, n°s 40575/10 et 67474/10 (Clunet 2019 p. 176), troisième section, décision prise par 5 contre 2 Juges. *Le raisonnement suivi par la Cour se décline à travers plusieurs paliers, dont voici les plus importants :*

L'art. 6(1) CEDH garantit à toute personne le « droit à un tribunal ». Des limitations peuvent être admises, mais celles-ci ne doivent pas restreindre l'accès aux tribunaux d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. Ce droit d'accès ne s'oppose pas à ce que des tribunaux arbitraux soient créés afin de juger certains différends de nature patrimoniale opposant des particuliers. Les clauses contractuelles d'arbitrage ne se heurtent donc pas, en principe, à la Convention. (*par. 92-94, 145*)

Il convient de distinguer entre arbitrage volontaire et arbitrage forcé. S'agissant d'un arbitrage forcé, qui est imposé par la loi, les parties n'ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d'un tribunal arbitral. Celui-ci doit offrir les garanties prévues par l'art. 6(1) CEDH. Lorsqu'il s'agit, en revanche, d'un arbitrage volontaire consenti librement, les parties renoncent volontairement à certains droits garantis par la Convention. Une telle renonciation ne se heurte pas à la Convention pour autant qu'elle est libre, licite et sans équivoque. (*par. 95/96, 147*)

Dans les deux cas d'espèce, il s'agit donc de se demander si la clause d'arbitrage désignant le TAS pouvait valoir renonciation à tout ou partie des garanties prévues par l'art. 6(1), ce qui suppose que l'acceptation de la clause relevait d'un choix libre, licite et sans équivoque. S'agissant en l'espèce de deux sportifs de haut niveau, leurs situations respectives ne sont pas comparables à celles de parties commerciales libres d'établir ou non des relations commerciales avec les partenaires de leur choix. Dans le cas *Pechstein*, l'athlète n'avait pas d'autre choix que d'accepter la clause arbitrale, notamment en adhérant aux statuts de sa fédération sportive. L'on ne peut affirmer que l'athlète ait accepté cette clause de manière libre et non équivoque. Par conséquent, son acceptation de la juridiction du TAS doit s'analyser comme un arbitrage forcé qui doit offrir les garanties de l'art. 6(1) CEDH. Dans le cas *Mutu*, on ne pouvait parler d'arbitrage forcé, mais l'athlète n'était pas confronté à une situation « sans équivoque » car il ne pouvait s'attendre à ce que son accord soit compris comme une renonciation à contester l'indépendance et l'impartialité du TAS. (*par. 97-123*)

La Cour rappelle qu'en vertu de l'art. 6(1), un « tribunal » doit toujours être « établi par la loi ». Le terme « loi » vise la législation relative à l'établissement et à la compétence des organes judiciaires, mais également toute autre disposition de droit interne dont le non-respect rend irrégulière la participation d'un ou de plusieurs juges à l'examen de l'affaire. Un « tribunal » ne doit pas être une autorité de l'Etat, mais il doit jouir de la plénitude de juridiction et répondre à une série d'exigences telles que l'indépendance et l'impartialité, celle-ci portant sur la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables. (*par. 138-144*)

Le TAS bénéficiait dans les deux cas d'espèce de la plénitude de juridiction. Le TAS avait également, par le jeu combiné de la LDIP et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'apparence d'un « tribunal établi par la loi ». Il restait à savoir si le TAS pouvait passer pour indépendant et impartial. Dans le cas *Pechstein*, la Cour rejette les allégations de la requérante en les jugeant trop vagues et hypothétiques. La Cour note qu'à l'époque des faits pertinents, le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS) n'était tenu de choisir qu'un cinquième d'arbitres parmi les personnalités indépendantes des instances sportives, tandis qu'à la suite d'une réforme en 2012, une formulation plus générale a été adoptée, préconisant que les noms à porter sur la liste d'arbitres du TAS soient portés à l'attention du CIAS, « notamment par le CIO, les FI et les CNO ». (*par. 38/39, 153*) Or, même la nomination des arbitres indépendants à l'égard des instances sportives se faisait à la discrétion du CIAS, dont les membres étaient composés par des personnalités issues de ces instances. La Cour admet donc « l'existence d'un certain lien entre le CIAS et des organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes lors d'éventuels litiges portés devant le TAS » (*par. 154*). En l'espèce, la Cour admet également que la faculté laissée à la requérante de nommer l'arbitre de son choix « était limitée par l'obligation de recourir à cette liste », de sorte que la requérante « ne disposait pas d'une totale liberté de choix » (*par. 156*). Cependant, la Cour oppose à la requérante l'omission d'avoir présenté d'éléments factuels permettant de douter en général de l'indépendance et de l'impartialité des 300 arbitres figurant sur la liste du TAS et que, même en ce qui concerne la formation arbitrale ayant statué sur sa cause, elle n'a contesté in concreto qu'un seul arbitre, en l'occurrence le président, sans par ailleurs étayer ses allégations. Ainsi, tout en reconnaissant que les organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes dans le cadre de litiges portés devant le TAS exerçaient une réelle influence dans le mécanisme de nomination des arbitres, elle ne peut pas conclure que, du seul fait de cette influence, la liste des arbitres était composée, ne serait-ce qu'en majorité d'arbitres ne pouvant pas passer pour indépendants et impartiaux, à titre individuel, vis-à-vis de ces organisations. La Cour ne voit donc pas de motifs suffisants pour s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral (*par. 157*). Ainsi que cela a été observé, exiger de la requérante d'apporter les éléments factuels permettant de douter en général de l'indépendance et de l'impartialité des 300 arbitres du TAS est une preuve impossible à rapporter; le raisonnement est lacunaire de surcroît dès lors qu'il ne tient pas compte du fait que le président de la formation du TAS est choisi sur la liste des arbitres par le président de la chambre d'appel qui est un membre du CIAS (cf. *Maisonneuve*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2019 p. 700 s.).



La Cour admet en revanche une violation de l'art. 6(1) du chef de l'absence d'une audience publique telle qu'elle avait été sollicitée du TAS, puis du Tribunal fédéral, par la requérante. La publicité de la procédure judiciaire constitue un principe fondamental du procès équitable, sous réserve de dérogations commandées par les circonstances de l'affaire. (*par. 175-177*) Les questions débattues dans la procédure relative à l'affaire *Pechstein* nécessitaient la tenue d'une audience sous le contrôle du public, compte tenu notamment de la controverse sur les faits et de la sanction infligée à la requérante. On ne ferait pas le même reproche au Tribunal fédéral qui était saisi uniquement de garanties procédurales applicables au TAS, ne comportant aucun examen de faits. (*par. 178-188*)

Les *Juges dissidents* (dont la Juge suisse) estiment, d'une part, que la structure ainsi que la composition du TAS ne satisfont pas aux exigences d'indépendance et d'impartialité prévues à l'art. 6(1) et, d'autre part, qu'il n'est pas certain que le TAS soit un tribunal « établi par la loi ». Ces Juges rappellent que selon la jurisprudence de la Cour, il ne suffit pas que les arbitres soient impartiaux à titre individuel si la structure générale de l'organisation est dépourvue de l'apparence d'indépendance et d'impartialité. Contrairement à l'examen « à titre individuel » prôné par la majorité, la Cour ne procède normalement pas à une telle analyse si l'organisation du tribunal est telle qu'il existe un déséquilibre en défaveur d'une partie. Or, la majorité des membres du CIAS et du TAS sont nommés, comme l'admet la majorité, sous l'influence des organisations sportives. Le CIAS contrôle les membres du TAS qu'il peut révoquer à tout moment par une décision sommairement motivée. Les présidents des deux chambres sont membres du CIAS. Ils nomment les présidents des formations arbitrales à défaut d'accord des parties. La liste d'arbitres étant fermée, les athlètes sont obligés de choisir leur arbitre parmi les personnes sélectionnées par le CIAS. Le TAS est donc dépourvu de l'apparence d'indépendance et n'offre pas les garanties de l'art. 6(1) CEDH.

Les Juges dissidents estiment également que la Cour aurait dû vérifier d'abord si le TAS est un « tribunal établi par la loi ». En réalité, le TAS n'est pas doté de personnalité juridique et fait partie du CIAS qui est une fondation de droit privé suisse. Or, pour la Cour, un tribunal complètement privé n'est pas « établi par la loi ».

Les Juges dissidents concluent que l'indépendance et l'impartialité du TAS soulèvent des « questions graves relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention » au sens de son art. 43(2). La demande de M<sup>me</sup> Pechstein de soumettre l'arrêt à la Grande Chambre a été rejetée.

Du point de vue de la Suisse, on retiendra la constatation liminaire de la Cour selon laquelle l'arbitrage du TAS est un arbitrage forcé, qui est imposé par la loi, les parties n'ayant aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision du TAS, raison pour laquelle celui-ci doit offrir les garanties prévues par l'art. 6(1) CEDH (*par. 95/96, 147*). Cette conclusion fait partie des motifs et non du dispositif de l'arrêt. Elle jouit néanmoins de l'autorité morale de la Cour, s'opposant à l'interprétation dominante en Suisse, prétendant que les sportifs aient souscrit aux clauses arbitrales désignant le TAS par un acte de volonté auquel le Tribunal fédéral a encore ajouté sa « bienveillance » à l'égard du TAS comme si l'intérêt des sportifs à la protection de leur volonté, conforme à l'art. 178 LDIP, ne compte pas.

Au demeurant, il convient de s'interroger sur les effets, directs ou indirects, de la jurisprudence de la CEDH sur la réforme du chapitre 12. La proposition de rendre valides des clauses arbitrales unilatérales ou consacrées dans des statuts (art. 178 al. 4) étendra ses effets sur les clauses arbitrales dans les statuts des fédérations sportives ; il n'empêche que l'adhésion des sportifs à travers un acte de volonté de leur part est douteuse. L'impact de l'art. 6(1) CEDH restera un sujet de controverse en raison des doutes concernant l'indépendance et l'impartialité des membres du TAS. Enfin, l'exigence d'un consentement écrit en vertu de la Convention de New York (art. II) restera une préoccupation affectant la validité des causes arbitrales se référant au TAS à l'étranger. On partagera cependant l'avis du Conseil fédéral pour lequel « il appartient en premier lieu au TAS lui-même, à la fondation qui le soutient et aux associations concernées de s'atteler aux réformes en y associant les sportifs » (Message, FF 2018, ch. 1.3.4, p. 7172 s.). Cela est resté au stade d'un vœu, aussi inefficace que l'observation du Tribunal fédéral que le TAS est une institution « perfectible » (ATF 129 III 445 ss, 463 ; cf. obs. A. Rigozzi, Rev.arb. 2019 p. 926-930 ; idem, New Developments 2020, p. 95-106).

La problématique et le malaise à l'égard des déficits structurels du TAS restent posés. L'arrêt rendu par le

CEDH le 28.1.2020 dans l'affaire de la *Fédération Turque de Football* (Ali Rıza et al., n° 30226/10), s'annonce comme un avertissement, dès lors que le récit de la dépendance structurelle de l'Arbitration Committee de cette Fédération par rapport à son Board of Directors ressemble à bien des égards aux constatations faites au sujet du TAS.

Bundesgerichtshof, 6.6.2016, KZR 6/15, Pechstein, openJur 2016 p. 7218, RWS Verlag 27.6.2016, IPRax 2016 p. 458, SchiedsVZ 2016 p. 268 (*La sentence du TAS ayant été rendue selon un système d'arbitrage librement choisi et respectant les droits de la défense, ainsi que cela fut confirmé par le Tribunal fédéral, elle doit être reconnue en Allemagne et empêche dès lors la poursuite d'une action en dommages-intérêts intentée contre la fédération à l'origine des sanctions prises contre l'athlète. Le jugement rend ainsi sans effet l'arrêt de l'Oberlandesgericht Munich, 15.1.2015, qui avait confirmé celui du Landesgericht de Munich I du 26.2.2014 [Causa Sport 2014 p. 154, SchiedsVZ 2014 p. 100, EIAR 2014 p. 191, et dans Sports Arbitration, p. 199] statuant que la sentence du TAS ne pouvait être reconnue, principalement en raison du pouvoir monopolistique de la fédération sportive et des doutes quant à l'impartialité des arbitres du TAS. Un dernier recours à la Cour constitutionnelle allemande a été déposé (1 BvR 2103/16.) La curiosité dans l'attente de l'arrêt constitutionnel allemand est devenue d'autant plus intense depuis que la Cour d'appel de Bruxelles a conclu le 29.8.2018, dans l'affaire RFC Seraing c. FIFA, que les clauses arbitrales obligatoires des statuts de la FIFA étaient hors la loi.*

*On comprend parfaitement la satisfaction exprimée par le TAS dans un communiqué au sujet de l'arrêt du Bundesgerichtshof, relatant les arguments qui lui tiennent à cœur comme s'il s'agissait de plaider une nouvelle fois son attitude hostile à l'athlète. Eu égard aux nombreux témoignages de sympathie pour l'athlète de la part de fédérations sportives et du Comité olympique en Allemagne, et compte tenu également de leurs constats s'agissant des défaillances manifestes de l'arbitrage du TAS, rappelées encore récemment par le Président du CIO, le TAS ne ferait-il pas mieux de s'inspirer d'un peu de modestie, ce d'autant que l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles sonne la cloche ? Le point le plus important est aujourd'hui de savoir que l'arbitrage sportif est préservé et n'est pas sujet à controverse. Il n'en demeure pas moins que le débat continue et que le TAS ferait mieux, dans l'intérêt de la cause qu'il soutient, de se départir de son auto-suffisance et de se mettre enfin à l'écoute des critiques exprimées à l'égard de son système de liste d'arbitres et du manque de respect pour la volonté des sportifs qui se soumettent à cet arbitrage par le biais de ce qui n'est autre chose qu'un acte de contrainte, comme cela vient d'être rappelé par la plus haute instance du continent, la CEDH. Aussi est-on étonné que le TAS persiste à affirmer que la majorité de ses experts n'auraient pas de lien avec les organisations sportives. La réalité est que, certes, ces experts ne doivent pas être membres de ces organisations, mais qu'ils sont tous désignés, directement ou indirectement, par ces organisations. Le soutien du législateur suisse serait également bienvenu. N'est-ce pas paradoxal que le Conseil fédéral entend imposer aux entreprises suisses la transparence de l'arbitrage d'investissement (cf. art. 176-194 n° 8), afin de lui donner une « nouvelle dynamique » (FF 2016 p. 3886), alors que rien n'est fait pour donner enfin de la transparence au TAS ?*

*On notera encore que la Commission de l'UE a observé que le règlement d'arbitrage du TAS renforce la restriction à la liberté commerciale des athlètes et l'exclusion des concurrents potentiels d'organisation d'épreuves internationales de patinage de vitesse, telles qu'elles résultent des règles d'éligibilité de l'Union internationale de patinage (décision du 8.12.2017, JOUE 2018 C 148, p. 9 ; cf. Heermann, NJW 2019 p. 1563-1565).*

U.S. Supreme Court, 1.6.2020, GE Energy Power Conversion France SAS Corp. v. Outokumpu Stainless USA, LLC, 590 U.S. \_\_\_, No. 18-1048, AJIL 2020 p. 758 (*La Convention de New York n'empêche pas une partie non signataire d'une clause arbitrale d'invoquer des principes de la common law applicables aux procédures arbitrales de droit interne à l'appui de la validité d'accords arbitraux internationaux.*)

**Art. 179**

**Législation**

L'art. 179 est la seule disposition qui a été entièrement réformée. A lire la note marginale, il est question de la *nomination et du remplacement des arbitres*. C'est le cas des quatre premiers alinéas, tandis que l'alinéa 5 ne vise que la nomination en cas d'*arbitrage multipartite* et l'alinéa 6 ni l'une ni l'autre de ces deux opérations. *Le Commentaire de la nouvelle version de l'art. 179 figure dans l'article sur L'attractivité du toilettage du chapitre 12 de la LDIP paru dans la Revue suisse de droit international et européen (SRIEL) 31 (2021) p. 241-281 (259-267).*

54

6<sup>e</sup> ligne, biffer Vischer

### Bibliographie

LDIP :

PIERRE A. KARRER, One or three arbitrators, YIA I (2010) p. 91-102 ; ALEXANDER MARKUS, Rechtsmittel gegen Entscheide des Juge d'appui bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, ASA 31 (2013) p. 504-520 ; MARTIN MOLINA, Swiss Federal Supreme Court Annuls Belated Award of „Resigning“ Arbitrator: A Curse in Disguise?, ASA 32 (2014) p. 635-644 ; PAOLO MICHELE PATOCCHI, Justice by Specialists: Advantages and Risks (Real and Perceived), in Sports Arbitration, Huntington NY 2015, p. 31-57 ; NADIA SMAHI, The Arbitrator's Liability and Immunity Under Swiss Law, ASA 34 (2016) p. 876-896, 35 (2017) p. 67-83 ; MARCO STACHER, Der unzuständige Schiedsrichter, Zu seiner Stellung in punkto Rechtsprechungskompetenz und seinem Rechtsverhältnis zu den Parteien, ZZZ 9 (2013), 29, p. 32-58.

*Droit international privé étranger et comparé :*

REGIS BONNAN, On the Nationality and Multi-Nationality of the Arbitrator : Old and New Issues of Formal Neutrality, ASA 38 (2020) p. 637-658 ; ROMAIN DUPEYRÉ, Les arbitres et centres d'arbitrage face à leurs responsabilités : le droit français à son point d'équilibre, ASA 32 (2014) p. 265-285 ; HAMISH LAL *et al.*, Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in International Arbitration – The Need for Coherence, ASA 38 (2020) p. 796-820 ; MICHELE POTESTÀ, Appointment of Arbitrators in the Changing ISDS Landscape, SRIEL 31 (2021) p. 231-239 ; BEKA TAVARTKILADZE, La sostituzione dell'arbitrato successivamente all'intervento di un terzo, Riv.arb. 25 (2015) p. 659-685.

### Jurisprudence récente

ATF 6.6.2019, 4A\_146/2019, c. 2 (*La décision de nomination d'un arbitre prise par un organisme privé, tel un organe du TAS, ne constitue pas une sentence et n'est dès lors pas susceptible d'un recours direct au Tribunal fédéral.*)

ATF 8.10.2018, 4A\_76/2018, c. 4.2 (*Le contrat qui lie des parties à l'arbitre est de nature mixte, correspondant à un mandat sui generis, entraînant en principe une responsabilité contractuelle de l'arbitre.*)

On comparera cet arrêt à ceux statuant que le prononcé sur les frais et honoraires des arbitres dans la sentence n'aurait pas plus de valeur qu'une simple facturation (ATF 19.11.2013, 4A\_254/2013, c. 2 ; ATF 1.2.2019, 4A\_151/2018, c. 5.2). La voie est ainsi tracée pour entraîner les arbitres dans un litige de droit civil sur l'existence et la qualité de leur prestation contractuelle à l'égard des parties. Le projet de réforme du chapitre 12 n'entend pas corriger cette situation (FF 2018 p. 7169), sans évaluer ce que cela signifie pour l'attractivité de la Suisse comme place d'arbitrage.

ATF 27.1.2017, 4A\_546/2016, c. 1.2.3, arbitrage CPC (*Le recours est irrecevable contre la décision d'une autorité non judiciaire ayant procédé à la nomination d'un arbitre.*)

ATF 142 III 230 ss, 231-234, arbitrage CPC (*La décision par laquelle le juge d'appui nomme un arbitre n'est pas susceptible d'un recours au Tribunal fédéral, sous réserve d'un recours ultérieur dirigé contre la décision du tribunal arbitral statuant sur sa compétence. La question est laissée ouverte de savoir si l'absence de tout moyen de recours contre la décision de nommer un arbitre doit subir une exception lorsque le juge avait non seulement procédé à une telle nomination mais également statué sur une demande de récusation dirigée contre l'arbitre ainsi nommé.*)

ATF 141 III 444 ss (*La décision par laquelle le juge d'appui refuse de nommer un arbitre ou déclare irrecevable la requête ad hoc, dans le cadre d'un arbitrage interne [ce qui vaut par analogie pour l'arbitrage international], peut être soumise directement au Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile, quand bien même elle n'émane pas d'un tribunal statuant sur recours ; il en va de même lorsque le juge d'appui qui rend cette décision n'est pas un tribunal supérieur au sens de l'art. 75 al. 2 LTF. - c. 2.3, p. 458. Il est difficile d'arrêter des principes définitifs au sujet de la notion d'examen sommaire, compte tenu de son caractère indéterminé et de la multitude de situations différentes susceptibles de se présenter. A titre de règle générale, on pourra cependant poser que le juge d'appui devrait en tout cas donner suite à une requête en nomination d'un*

arbitre dès que se pose un problème d'interprétation de la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse de son champ d'application personnel, matériel ou temporel, ou que le résultat de son examen sommaire ne lui permet pas d'exclure d'emblée et à coup sûr l'existence d'une convention d'arbitrage applicable au litige divisant les parties. En définitive, le juge d'appui devra toujours se laisser guider par le principe in dubio pro arbitro. - c. 3, p. 458-460)

ATF 21.5.2015, 4A\_709/2014, c. 3.2.2 (L'arbitre doit accomplir lui-même sa mission, sans la déléguer à un tiers. Il peut cependant désigner un secrétaire et un consultant externe, sans requérir le consentement préalable des parties si celles-ci n'ont pas déjà exprimé une volonté commune de s'y opposer. – Jurisprudence qui va plus loin que ce qui est dit sous n° 58, rappelant une pratique constante de l'arbitrage en Suisse.)

*Le Tribunal fédéral semble avoir voulu rappeler à tous le principe de la fonction « intuiti personae » de l'arbitre, après avoir constaté que cette règle non écrite « est parfois méconnue dans la pratique arbitrale » - constat pour lequel le Tribunal fédéral cite un auteur français ! La force du principe s'avère cependant bien affaiblie par les développements qui suivent, relevant que cela « n'exclut pas nécessairement le recours à l'assistance de tiers ». La première exception est le secrétaire que l'arbitre a le pouvoir de nommer sauf en cas d'exclusion convenue d'un commun accord entre les parties. Le Tribunal fédéral donne une description large du rôle du secrétaire qui comprend une « certaine assistance dans la rédaction de la sentence, sous le contrôle et conformément aux directives du tribunal arbitral », précisant que cela « suppose que le secrétaire assiste aux audiences et aux délibérations du tribunal arbitral ». Cela étant, il lui est interdit « d'exercer des fonctions judiciaires ». En somme, rien n'est bien clair dans la délimitation des pouvoirs du secrétaire, qui peuvent aller loin tout en restant sous la gouvernance des « directives du tribunal arbitral ». A l'heure où le fonctionnement du tribunal arbitral dans l'affaire Yukos fait l'objet d'un débat et des critiques de la part des pouvoirs publics, russes et européens, il n'est pas certain que cette large déviation de la maîtrise personnelle de l'arbitrage par les arbitres soit une publicité bienvenue pour l'arbitrage suisse. Au demeurant, cela ne s'arrange pas au regard de la seconde exception, qui est celle de l'appel à des consultants externes dont le rôle consiste à aider l'arbitre à traiter des questions pointues. Affirmer que cela se ferait « souvent » semble excessif. Il semble également peu convaincant d'énoncer que l'arbitre aurait le droit de désigner un consultant de sa propre initiative, sans requérir le consentement préalable des parties (au cas où celles-ci n'ont pas déjà pris la précaution de s'y opposer). L'arrêt relève d'abord que les questions soumises à ce consultant seraient « de caractère non juridique ». Sans transition, l'arrêt explique cependant que le consultant engagé par l'arbitre en l'espèce n'est pas allé « au-delà d'un simple soutien administratif et juridique dans le traitement des questions qui se posaient à l'arbitre » (arbitre qui était architecte et non juriste), constatant par ailleurs qu'au vu des procès-verbaux et du dossier, « rien ne vient étayer les allégations de la recourante tendant à démontrer que l'avocat genevois aurait pris la direction effective des opérations en lieu et place de l'arbitre » - soit, mais tout porte à croire qu'il n'était pas un simple auxiliaire passif et que des soupçons d'immixtion dans le règlement de l'affaire étaient sans doute fondés. Si cette pratique devait faire école, les critiques fréquentes adressées à des arbitres auxquels on reproche de ne pas faire leur travail personnellement vont s'intensifier. Est-ce une bonne publicité pour la Suisse ? On peut en douter, comme on peut s'étonner de lire que cette approche libérale « is also consistent with today's reality in international arbitration » (Feit/Terrapon, ASA 2015 p. 917, le second auteur ayant représenté l'intimé devant le Tribunal fédéral).*

ATF 141 III 274 ss (Les parties ne peuvent conférer à un tribunal étatique la fonction de nommer un expert arbitral (Schiedsgutachter) si cette compétence *ratione materiae* ne lui est pas attribuée par la loi. Si la personne désignée l'est en raison de la position qu'elle occupe, il s'agit alors d'un simple mandat privé. - Arbitrage CPC. - L'application par analogie à la désignation d'arbitre semble indiquée.)

ATF 140 III 75 ss (Hypothèses des modes de mettre fin au contrat d'arbitre, par la révocation, la destitution, la démission, l'expiration du délai fixé à la mission arbitrale, voire, en l'espèce, par un accord tripartite entre les parties et l'arbitre)

Appellationsgericht BS, 24.4.2014, BJM 2015 p. 253, CAN 2015 n° 38 p. 104 (La nomination d'un arbitre par le juge suppose que la validité de la convention d'arbitrage soit établie *prima facie*. En cas de doute, il faut procéder à la nomination.)

## Législation

Les cas de récusation sont restés les mêmes lors de la réforme de 2020, si ce n'est l'adjonction du cas de l'impartialité. Le destin réservé à la portée de l'exigence d'indépendance et d'impartialité reste dans les mains des Juges. L'influence indirecte de l'évolution des idées dans les principaux milieux étrangers et internationaux de l'arbitrage va se faire sentir indirectement et progressivement. Le Tribunal fédéral estime que des règles déontologiques réputées dans la profession, telles les lignes directrices de l'International Bar Association (IBA), sans avoir valeur de loi, peuvent servir d'instrument de travail, susceptible de contribuer à l'harmonisation et à l'unification des standards appliqués dans le domaine de l'arbitrage international (cf. ATF 142 III 521 ss, 537 ; ATF 22.12.2020, 4A\_318/2020, c. 7.4, non reproduit dans l'ATF 147 III 65 ss). Or, dans ces milieux, l'intérêt pour des codes et autres réglementations sur la conduite des arbitres va grandissant, incluant presque nécessairement des critères plus rigoureux s'agissant des exigences d'indépendance et d'impartialité des arbitres. La même tendance se manifeste dans le « Draft Code of Conduct » du 18.12.2020, élaboré conjointement par le CIRDI (ICSID) et la CNUDCI (UNCITRAL). Son rôle pourrait devenir plus important encore que les règles déontologiques de la profession, étant donné qu'un tel Code aspire au rang de *soft law* constitutif d'un moyen d'interprétation d'un traité sous l'auspice duquel cet instrument a été élaboré et les recommandations formulées (cf. ATF 144 II 130 ss, 140; 146 III 225 ss, 231-233). Or, à partir de là, il n'y a qu'un pas pour en faire un facteur d'influence non négligeable dans l'application de la LDIP.

## Bibliographie

### LDIP :

JEAN MARQUERAT, Indépendance et impartialité de l'arbitre: le devoir de révéler de l'arbitre éclipsé, Jusletter, 15.4.2013 ; PAOLO MICHELE PATOCCHI, Justice by Specialists: Advantages and Risks (Real and Perceived), in Sports Arbitration, Huntington NY 2015, p. 31-57 ; CHARLES PONCET, The Independence of the Court of Arbitration for Sport, EUJA 1 (2012) p. 31-56 ; GEORG VON SEGESSER, Equality of Information and Impartiality of Arbitrators, A Comment on "Adrian Mutu v Chelsea Football Club Ltd", in The Practice of Arbitration, Essays in Honour of Hans Van Houtte, Oxford 2012, p. 45-51 ; ANDREW VAITIEKUNAS, The Court of Arbitration for Sport : Law-Making and the Question of Independence, Berne 2014.

### Droit international privé étranger et comparé :

JOHN-PATRICK BISCHOFF, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Schiedsrichtern nach deutschem und englischem Recht, Frankfurt a.M. 2013 ; DANIEL COHEN, Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts, Rev.arb. 2011 p. 611-652 ; KAREL DAELE, Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration, Aalphen aan den Rijn 2012 ; KARIM EL CHAZLI, L'impartialité de l'arbitre, Issy-les-Moulineaux 2020 ; OLIVER FROITZHEIM, Die Ablehnung von Schiedsrichtern wegen Befangenheit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Köln 2016 ; SOPHIE-ISABELLE HORST, Das Spannungsverhältnis zwischen Schiedsrichter und Parteivertreter in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, insbesondere unter den IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, Tübingen 2017 ; MELANIE VAN LEEUWEN, Pride and Prejudice in the Debate on Arbitrator Independence, in New Developments in International Commercial Arbitration 2013, Zurich 2013, p. 1-31 ; HILMAR RAESCHKE-KESSLER, The Arbitrator Nominated by an Insolvency Receiver or Liquidator and Conflicts of Interests, ASA 34 (2016) p. 866-875 ; THOMAS W. WALSH/RUTH TEITELBAUM, The LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators, Arb.Int. 27 (2011) p. 283-473 ; PIERRE TERCIER, L'éthique des arbitres, in L'éthique dans l'arbitrage, Colloque Francarbi, Bruxelles 2012, p. 17-35 ; ANNA-GESINE ZIMMERMANN, Parteivereinbarungen über die Qualifikation von Schiedsrichtern, Hamburg 2016.

## Jurisprudence récente

ATF 22.12.2020, 4A\_318/2020, c. 6-7, ATF 147 III 65 ss, c. 6.5 (*Conformément au principe de la bonne foi, le devoir d'une partie d'invoquer le motif de récusation aussitôt qu'elle en a connaissance vise aussi bien les motifs de récusation que cette partie connaissait effectivement que ceux qu'elle aurait pu connaître en faisant preuve de l'attention voulue. – c. 6.1. La jurisprudence impose aux parties un devoir de curiosité quant à l'existence d'éventuels motifs de récusation susceptibles d'affecter la composition du tribunal arbitral. Elles doivent procéder à certaines investigations pour s'assurer que l'arbitre offre des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité. L'étendue exacte de ce devoir de curiosité n'a encore jamais été délimitée, ce qui est difficile à faire dès lors que les contours de ce devoir dépendent des circonstances de chaque cas concret. Ainsi, si on peut certes exiger des parties qu'elles se servent des principaux moteurs de recherche sur internet, on ne saurait attendre de leur part qu'elles se livrent à un dépouillement systématique et approfondi de toutes les sources se rapportant à un arbitre déterminé, et cela tout au long de la procédure arbitrale, en scrutant également les messages publiés sur les réseaux sociaux. – c. 6.5. Pour établir un cas de manque d'impartialité, il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une*

*activité partielle de l'arbitre ; seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération à cet égard. – c. 7.2. Ainsi que la CEDH l'a jugé dans l'affaire Mutu et Pechstein, l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris. Elle doit s'apprécier non seulement d'un point de vue subjectif, mais aussi en suivant une approche objective. La présomption d'impartialité subjective étant difficile à prouver, la condition d'impartialité objective fournit une garantie importante de plus. – c. 7.3. Suivant les directives de l'IBA, un arbitre doit refuser de siéger ou se démettre lorsqu'il existe ou survient après sa nomination des faits ou des circonstances qui, du point de vue d'un tiers raisonnable ayant connaissance des faits et des circonstances pertinentes, donneraient lieu à des doutes légitimes quant à l'impartialité ou à l'indépendance de l'arbitre. – c. 7.4. En l'espèce, les tweets publiés par l'arbitre font ressortir des préjugés manifestes à l'égard des ressortissants chinois et suscitent objectivement des doutes quant à son impartialité et sont de nature à créer une apparence de prévention. Il importe peu, à cet égard, que l'arbitre incriminé soit, subjectivement, conscient ou non du fait que ses déclarations apparaissent critiquables d'un point de vue objectif. – c. 7.5 – 7.9. En conséquence, le Tribunal fédéral annule la sentence et prononce la récusation dudit arbitre.)*

*ATF 6.1.2020, 4A\_287/2019, c. 5.2 (La décision prise par la Commission de récusation du Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport, CIAS, ne peut faire l'objet d'un recours direct au Tribunal fédéral et ne saurait lier celui-ci.)*

*ATF 25.9.2019, 4A\_265/2019 (Un recours direct au Tribunal fédéral est exclu à l'encontre de décisions de récusation émanant du Conseil International d'Arbitrage en matière de sport (CIAS), de son Bureau ou de sa Commission de récusation.)*

Ceet arrêt est dans la ligne d'une jurisprudence constante. Sans vouloir envisager un changement, on notera néanmoins le contraste avec une autre affirmation, non liée à l'arbitrage, selon laquelle « une demande de récusation [mettant] en cause la composition du tribunal saisi, l'incident doit être résolu immédiatement et de manière définitive » (ATF 145 III 469 ss, 472).

*ATF 27.5.2019, 4A\_663/2018, c. 3.4 à 3.7 (Examen de l'indépendance et de l'impartialité d'un arbitre membre d'un cabinet d'avocats ayant eu des mandats avec l'une des parties à l'arbitrage. En l'espèce, l'existence d'un lien de dépendance d'une certaine importance [« bedeutendes Abhängigkeitsverhältnis »], heurtant de manière intolérable le sentiment suisse du droit, n'est pas démontrée, sous l'angle de l'ordre public suisse. - L'arrêt fait suite à l'ATF 142 III 521 ss, 536-543, confirmant une certaine flexibilité dans l'analyse des possibles conflits d'intérêts au sein de grands cabinets d'avocats. - Cette jurisprudence contraste avec l'ATF 145 IV 218 ss, 223 s., notant que l'incapacité de représentation affectant un avocat rejailit sur ses associés, en sorte que tous les avocats exerçant dans une même étude sont concernés, peu importe leur statut.)*

*ATF 4.7.2018, 4A\_505/2017, c. 4.2 (La garantie d'un tribunal indépendant et impartial permet d'exiger la récusation d'un juge dont la situation ou le comportement est de nature à susciter des doutes quant à son impartialité ; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention. Les mesures de procédure, justes ou fausses, ne sont pas, comme telles, de nature à fonder un soupçon objectif de prévention à l'égard de l'arbitre qui les a prises. Des fautes de procédure ou une décision matériellement erronée ne suffisent pas à fonder l'apparence de prévention d'un tribunal arbitral, sauf erreurs particulièrement graves ou répétées qui constitueraient une violation manifeste de ses obligations. Cette dernière exception ne doit cependant pas être généralisée, sous peine de faire du Tribunal fédéral une simple juridiction d'appel par une voie détournée.)*

*ATF 144 III 120 ss, 128, FIFA (Des fautes de procédure ou une décision matériellement erronée ne suffisent pas à fonder l'apparence de prévention d'un tribunal arbitral, sauf erreurs particulièrement graves ou répétées qui constitueraient une violation manifeste de ses obligations.)*

*ATF 24.11.2017, 4A\_236/2017 (Le recours au Tribunal fédéral est irrecevable contre la décision d'une autorité non judiciaire ayant procédé à la récusation d'un arbitre ; elle peut être examinée, en revanche, à l'occasion d'un recours dirigé contre la sentence. – c. 3.1.1. Une décision sur la récusation rendue par une autorité judiciaire selon l'art. 180 al. 3 ne peut être portée devant le Tribunal fédéral, même indirectement. – c. 5.4. Des actes de procédure, correctes ou erronés, ne peuvent fonder un soupçon de prévention de la part de l'arbitre. – c. 3.3)*

*ATF 16.2.2017, 4A\_704/2015, c. 3 (Le tribunal arbitral doit présenter des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, tant subjective qu'objective. c. 3.1. Les décisions de la Cour d'arbitrage de la CCI rejetant deux demandes de récusation ne pouvaient pas faire l'objet d'un recours direct au Tribunal fédéral et ne lient pas celui-ci, qui peut les revoir librement. c. 3.2)*

ATF 27.1.2017, 4A\_546/2016, c. 1.2.3, arbitrage CPC (*Le recours est irrecevable contre la décision d'une autorité non judiciaire ayant procédé à la récusation d'un arbitre.*)

ATF 142 III 521 ss, 536-543 (*La désignation régulière d'un arbitre suppose son indépendance tant subjective qu'objective. L'appartenance à un grand cabinet d'avocats, implanté dans plusieurs pays à travers un réseau de cabinets indépendants juridiquement, financièrement et fiscalement, ne constitue pas, en règle générale, une raison pour douter de l'indépendance de l'arbitre lorsqu'une activité risquant de créer un conflit d'intérêts est exercée par un cabinet différent de celui de l'arbitre.*)

ATF 2.9.2014, 4A\_606/2013, c. 5.3 (*Des fautes de procédure ou des décisions matériellement erronées ne suffisent pas à fonder l'apparence de prévention d'un arbitre, sauf erreurs particulièrement graves ou répétées qui constitueraient une violation manifeste de ses obligations.*)

ATF 139 III 511 ss (*Celui qui renonce à ce que sa cause soit entendue par un tribunal établi par la loi peut raisonnablement s'attendre à ce que les membres du tribunal arbitral ou l'arbitre unique non seulement offrent des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, mais encore répondent aux exigences que les parties ont fixées d'un commun accord ou qui résultent d'un règlement d'arbitrage adopté par elles, voire de dispositions légales applicables à titre subsidiaire. L'accord des parties sur le nombre d'arbitres est un élément important à cet égard.*)

Etonnant que dans un arrêt aussi fortement raisonné, les Juges fédéraux aient laissé la plume du greffier glisser au-delà du rappel (tiré de l'ATF 136 III 605 ss, 613) que l'arbitre désigné par une partie « ne doit pas se transformer en l'avocat de 'sa' partie », en y ajoutant l'affirmation que le système d'un tribunal arbitral composé de trois membres « assure, en outre, à chacune des deux parties, par la possibilité qui lui est offerte de désigner son propre arbitre, de pouvoir faire valoir indirectement son point de vue au sein du tribunal arbitral » (ATF 139 III 515, c. 4, dernier paragraphe). Donc, s'il n'est pas l'avocat de « sa » partie, il en serait néanmoins son messenger « indirect » ? On souhaiterait que ce passage malencontreux restera isolé et le principe réaffirmé de l'exigence égale d'impartialité à la charge de chacun des arbitres.

ATF 29.5.2013, 4A\_620/2012, c. 3.2, 3.5 (*Une partie doit faire valoir un motif de récusation dès qu'elle en a connaissance, respectivement dès qu'elle aurait pu s'en apercevoir en usant de la diligence requise, le cas échéant déjà au moment où la candidature pour le poste d'arbitre lui est présentée.*)

ATF 138 I 406 ss (*récusation, requise par une partie et justifiée, du juge assesseur du Handelsgericht de Zurich du fait que lui ou d'autres avocats de son étude ont mené et dirigent encore des procès contre cette partie ; confirmation de l'ATF 135 I 14 ss, concernant la récusation d'un surarbitre ; jurisprudence rappelée dans l'ATF 139 I 121 ss, 126, portant sur le cas du représentant d'une partie exerçant la fonction de juge suppléant, l'ATF 139 III 433 ss, 436-440, visant un juge suppléant dont le cabinet représente une partie, l'ATF 140 III 221 ss, concernant un juge dont le mari et son beau-frère étaient liés à une partie au procès et dans l'ATF 140 I 240 ss, impliquant un juge statuant sur une décision élaborée sur la base d'instructions données par son conjoint.*)

ATF 9.10.2012, 4A\_110/2012, c. 2 (*Selon une règle jurisprudentielle fondée sur le principe de la bonne foi, la partie qui entend récuser un arbitre doit invoquer le motif de récusation aussitôt qu'elle en a connaissance ; ainsi dans le cas d'un arbitre ayant déjà été nommé à plusieurs reprises par la partie adverse, ce que le conseil de la partie recourante ne pouvait ignorer en l'espèce.*)

ATF 138 III 270 ss, 271-275, c. 2.2 (*Le caractère définitif de la décision rendue au sujet de la récusation par le juge d'un canton en application de l'art. 180 al. 3 signifie qu'un contrôle ultérieur de cette décision, dans le cadre d'un recours au Tribunal fédéral contre la sentence finale du tribunal arbitral, est exclu. Il ne se justifie pas de modifier cette jurisprudence, le point étant cependant laissé ouvert de savoir si la décision sur la récusation prise par le juge d'appui peut être revue indirectement à la faveur d'un recours dirigé contre la première sentence attaquable.*)

ATF 8.9.1999, 4P.108/1999, c. 2 (*Le seul fait d'avoir engagé une procédure de conciliation qui a échoué ne permet pas de douter de l'impartialité ou de l'indépendance de l'arbitre.*)

CEDH, 28.1.2020, Ali Rıza et al. C. Turquie, n° 30226/10, § 196-200, 208-223 (*L'indépendance implique l'existence de garanties contre des pressions extérieures, mais aussi qu'elle soit apparente, suivant l'adage « justice must not only be done, it must also be seen to be done ». L'existence d'impartialité requiert un test subjectif au regard de la conviction et du comportement personnels du juge, afin de savoir si le juge manifeste*

*une inconvenance ou des biais dans le cas particulier. Cette condition requiert cependant également un test objectif, en ce sens que le tribunal lui-même, eu égard, notamment, à sa composition, offre suffisamment de garanties excluant tout doute légitime quant à son impartialité. On doit reconnaître, cependant, que, dans un cas particulier, les deux notions peuvent s'entremêler, en ce sens, notamment, que l'impartialité sous l'angle objectif rejoint l'exigence d'indépendance. Le regard objectif est tourné vers les liens organisationnels et structurels existant entre le tribunal arbitral et l'organe qui assure son fonctionnement et la nomination de ses membres. Si cet organe, tel, en l'espèce, le Board of Directors de la Fédération Turque de Football, exerce trop de pouvoirs s'agissant de l'organisation et du fonctionnement de l'Arbitration Committee, les parties doivent avoir des raisons légitimes pour croire que les membres dudit Committee ne vont pas traiter leur affaire avec l'indépendance et l'impartialité nécessaires.)*

**Art. 180a**

*Le Commentaire du nouvel art. 180a figure dans l'article sur L'attractivité du toilettage du chapitre 12 de la LDIP paru dans la Revue suisse de droit international et européen (SRIEL) 31 (2021) p. 241-281 (268-270).*

**Bibliographie**

FEHR EMARA/ALAIN PRUJINER, Impact d'une demande de récusation du juge et de l'arbitre sur l'efficacité de la procédure d'urgence en droit comparé, RDIDC 97 (2020) p. 7-48. Cf. les références sous l'art. 180.

**Art. 180b**

*Le Commentaire du nouvel art. 180b figure dans l'article sur L'attractivité du toilettage du chapitre 12 de la LDIP paru dans la Revue suisse de droit international et européen (SRIEL) 31 (2021) p. 241-281 (270-273).*

**Bibliographie**

Cf. les références sous l'art. 180.

**Art. 181**

**13**

In fine, remplacer Volken par Oetiker, ZK-IPRG, art. 181 n° 26: indiquer les prétentions

**19**

6<sup>e</sup> ligne, remplacer Volken par Oetiker, ZK-IPRG, art. 181 n° 17

**Jurisprudence récente**

ATF 19.12.2018, 4A\_394/2017, c. 4.2.1 (*Fait rarissime, l'art. 181 est cité dans un exposé théorique sur la litispendance, mais celle-ci est expliquée sur la base des dispositions du CPC.*)

ATF 143 III 578 ss, 583 (*Afin de valider le séquestre, la jurisprudence exige le respect d'un double délai de dix jours pour engager les démarches en vue de la constitution du tribunal arbitral et pour l'introduction de l'action en reconnaissance de dette dès que le tribunal arbitral est constitué. Cf. n° 33*)

*L'arrêt cite les ATF 112 III 120 ss, 124, et 101 III 58 ss, 62 s. Exiger l'introduction formelle de l'action au fond dans le délai des dix jours peut s'avérer impossible si cela n'est pas prévu dans la procédure arbitrale, fondée sur un règlement ou le régime instauré par le tribunal arbitral. Citant l'ATF 101 III 62, le Message mentionne uniquement le délai pour procéder aux démarches nécessaires à la constitution du tribunal arbitral, sans mentionner un second délai pour le dépôt de l'action (FF 1983 I p. 450). On ne saurait donc suivre l'avis opposé qui rend le séquestre caduc si l'action n'est pas introduite dans les dix jours (cf. Oetiker, ZH-IPRG, art. 181 n° 46 ; contra : Stacher/Oetiker, SRIEL 2018 p. 223 ; Stojiljković, ZZZ 2020, 49, p. 26-29). Si telle était la solution, un grand nombre de parties ayant convenu d'un arbitrage en Suisse seraient privées de la possibilité de conserver un séquestre pour la durée de la procédure arbitrale.*

**Bibliographie**

MLADEN STOJILJKOVIC, Arrestprosequierung mittels Schiedsklage, ZZZ 15 (2020) p. 21-29.



**3**

In fine, lire Kaufmann/Rigozzi, p. 274-350.

**3a n**

Lors de la réforme de 2020, un principe de précaution, repris d'une jurisprudence constante, a été ajouté à l'alinéa 4 de l'art. 182. En effet, des règles de procédures peuvent être violées en cours d'instance et faire l'objet d'une réclamation légitime d'une partie et, dans le cas extrême, fournir un grief d'annulation à l'encontre de la sentence. Ce droit élémentaire trouve cependant une limite importante dans le principe de la bonne foi. Une partie ne peut soulever un tel incident qu'elle a constaté ou qu'elle aurait pu constater en faisant preuve de la diligence requise si elle a manqué de le faire valoir immédiatement (cf. n° 31a).

**9**

In fine, biffer la dernière ligne.

**10**

In fine, ajouter aux ATF cités : ATF 15.4.2015, 4A\_554/2014, c. 2.2 ; ATF 2.3.2017, 4A\_405/2016, c. 3.3 ; ATF 6.3.2017, 4A\_490/2016, c. 3.2.

**11**

11<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 23.1.2012, 4A\_526/2011, c. 2.1 ; ATF 31.5.2012, 4A\_682/2011, c. 4.1 ; ATF 12.7.2012, 4A\_150/2012, c. 4.2 ; ATF 30.1.2013, 4A\_335/2012, c. 2 ; ATF 11.12.2018, 4A\_65/2018, c. 3.2.1.2.5.

15<sup>e</sup> ligne, insérer : Le tribunal arbitral ne doit pas entendre un témoin dont l'information est jugée sans pertinence (ATF 31.7.2019, 4A\_74/2019, c. 3). Il peut refuser une nouvelle audience de témoins pour leur poser des questions qui auraient déjà pu leur être soumises lors d'une audience antérieure (ATF 11.10.2012, 4A\_76/2012, c. 3.3). Des limites à la durée de l'interrogatoire par les parties peuvent être fixées (ATF 24.2.2015, 4A\_544/2014, c. 3.4).

In fine, ajouter : La jonction de deux causes présentant des traits communs est une question d'opportunité qui ne touche pas au droit d'être entendu (ATF 1.10.2012, 4A\_312/2012, c. 4).

**12**

In fine, ajouter : Une marge sans protection se présente également au regard du devoir de confidentialité imposé aux arbitres, étant donné que sa violation ne constitue pas, en règle générale, un motif ouvrant la voie de recours contre une sentence et échappe donc à l'art. 182 al. 3 (ATF 8.3.2016, 4A\_510/2015, c. 4.2).

**14**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 20.7.2011, 4A\_162/2011, c. 2.1.2.

**16**

In fine, ajouter : cf. Rohner/Lazopoulos, ASA 2011 p. 551-572.

**17a n**

Le Tribunal arbitral ne disposant pas de ressources pour accorder *l'assistance judiciaire*, celle-ci est exclue dans l'arbitrage interne (art. 380 CPC) et simplement indisponible dans le contexte international (cf. ATF 11.6.2014, 4A\_178/2014, c. 4 ; ATF 9.2.2017, 4A\_690/2016, c. 5.1), sous réserve d'un règlement d'arbitrage qui lui serait favorable. La question d'une résiliation de la clause arbitrale peut se poser lorsque l'accès à la justice est en jeu (cf. l'ATF cité et les références), comme celle de savoir si la partie se trouvant dans le dénuement ne pourrait pas en appeler au soutien du juge d'appui (cf. art. 185 n° 11 in fine).

**26a n**

En cas de remplacement d'un arbitre, le tribunal arbitral décide de la suite de la procédure. La question n'est pas réglée dans la LDIP ; elle peut l'être dans un règlement (ATF 6.1.2020, 4A\_287/2019, c. 5.3.2). Sauf convention contraire des parties, les actes de procédure antérieurs au remplacement ne sont pas répétés, notamment s'il s'agit d'audiences ayant fait l'objet d'une transcription ou d'un procès-verbal. Le cas d'une récusation n'est pas un motif pour procéder autrement et exiger la répétition d'actes auxquels l'arbitre défaillant a assisté (cf. ATF 1.4.2021, 4A\_332/2020, c. 2-4).

**27**

In fine, ajouter : Saisi d'un recours contre une sentence partielle ou incidente, le Tribunal fédéral peut ordonner la suspension de la procédure arbitrale (Ordonnance 10.12.2010, 4A\_614/2010).

**30a n**

Savoir si le désistement d'une partie (Klagerückzug) porte uniquement sur l'instance (Rücknahme der Klage,

withdrawal of a claim without prejudice) ou qu'il signifie une renonciation à l'action (Klageverzicht, withdrawal of a claim with prejudice) est une question de procédure (et non de compétence) que le tribunal arbitral tranche selon les règles applicables ou, à défaut, sa libre appréciation, de la même manière comme il peut statuer sur d'autres incidents susceptibles d'émailler la procédure conduite par lui (cf. ATF 19.12.2018, 4A\_394/2017, c. 4).

**30b n**

Des considérations tenant à la bonne foi et à une certaine transparence de la position et des intérêts d'une partie peuvent tendre à justifier l'injonction de révéler l'engagement d'une tierce partie au *soutien financier* de la cause de l'une des parties en litige. La question surgit de plus en plus souvent dans la pratique internationale. Elle se manifeste également à travers les difficultés éprouvées par le tiers financier à faire valoir sa prétention à travers la mainlevée provisoire qui requiert que la créance soit déterminée ou puisse l'être (cf. ATF 11.3.2019, 5A\_14/2018, c. 3).

**31a n**

Comme toute violation d'une règle de procédure, celles qui relèvent du droit fondamental d'être entendu sont également sujettes au principe de la bonne foi, consacré depuis la réforme de 2020 à l'alinéa 4 de l'art. 180 (cf. n° 3a). En pareille circonstance, la partie s'estimant lésée doit faire valoir immédiatement la violation de son droit fondamental de procédure. L'exigence d'une réaction « immédiate » peut se justifier lorsque l'on doit attendre d'une partie qu'elle ne laisse pas la procédure se dérouter dans l'irrégulier alors que l'on peut très rapidement rectifier le tir. En revanche, le même principe de base de la bonne foi peut aussi justifier une exigence temporelle plus souple, voir une possibilité d'y renoncer. Ainsi, une partie peut renoncer à blâmer le tribunal arbitral en escomptant que celui-ci corrigera une erreur commise de lui-même à la prochaine occasion. Aussi serait-il injustifié d'exiger d'une partie ayant signalé une erreur de procédure de répéter sa réprimande à chaque fois quand l'erreur est répétée par le tribunal arbitral, alors que celui-ci a déjà clairement fait savoir qu'il ne changera pas sa pratique (cf., par ailleurs, n° 40).

**32**

3<sup>e</sup> ligne, premiers arrêts à citer : ATF 142 III 360 s. ; ATF 20.2.2018, 4A\_260/2017, c. 4.1, FIFA, non reproduit dans l'ATF 144 III 120 ss.

9<sup>e</sup> ligne, premier arrêt à citer : ATF 142 III 360 s.

**33**

7<sup>e</sup> ligne, ajouter au début : ATF 142 III 360.

10<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 11.10.2012, 4A\_76/2012, c. 3.1 ; ATF 23.4.2013, 4A\_672/2012, c. 3.1 ; ATF 15.7.2015, 4A\_246/2014, c. 6.1.

In fine, ajouter : ATF cité du 26.4.2016, c. 4.1.2.

**34**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 18.6.2012, 4A\_488/2011, c. 5.1 ; ATF 12.7.2012, 4A\_150/2012, c. 3.1 ; ATF 29.4.2013, 4A\_730/2012, c. 3.1 ; ATF 6.10.2015, 4A\_34/2015, c. 4.1 ; ATF 10.12.2015, 4A\_568/2015, c. 3 ; ATF 16.12.2015, 4A\_520/2015, c. 3.3.1 ; ATF 17.5.2021, 4A\_666/2020, c. 5.1.

8<sup>e</sup> ligne, insérer : Le tribunal arbitral ne doit pas ignorer une allégation, une preuve ou un argument pertinent (ATF 4.2.2014, 4A\_460/2013, c. 3 ; ATF cité du 15.7.2015, c. 6.1, 6.3 ; ATF 30.5.2017, 4A\_532/2016, c. 4.3).

14<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF mentionnés : ATF cité du 23.4.2013, c. 3.1.2 ; ATF 25.7.2017, 4A\_80/2017, c. 4.

In fine, ajouter : de même celui qui rend sa sentence sans prendre en considération les moyens de défense présentés dans un mémoire après enquête (ATF 31.1.2012, 4A\_360/2011, c. 3 et 5). Le même droit est violé si l'arbitre décide d'une requête de commettre un expert de façon discrétionnaire ou « ad libitum » ou s'il ignore que la force probante d'une expertise privée n'est pas comparable à celle d'une expertise judiciaire (ATF 19.9.2012, 4A\_274/2012, c. 3.2.1 ; cf., par ailleurs, ATF 141 III 433 ss ; 141 IV 369 ss, 373-375).

**36**

In fine, lire Kaufmann/Rigozzi, n° 1.66

**39**

6<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 8.10.2014, 4A\_199/2014, c. 6.2.3 ; ATF 142 III 360 ; ATF 20.2.2018, 4A\_260/2017, c. 4.1, FIFA.

8<sup>e</sup> ligne, insérer : Il n'existe pas un droit absolu à un double échange d'écritures, pour autant que le demandeur ait la possibilité de se déterminer sous une forme ou une autre sur les moyens articulés par le défendeur en second lieu, étant noté toutefois qu'un tel échange est usuel (cf. ATF 142 III 362 ; ATF 1.10.2020, 4A\_156/2020, c. 5.4).

**39a n**

Les parties disposent du droit de faire procéder à une *expertise*, en observant les exigences posées par les règles de procédure applicables. L'expertise doit porter sur des faits pertinents, susceptibles d'influer sur la sentence, et elle doit être nécessaire et propre à prouver ces faits. Ce ne sera le cas que s'il s'agit de faits à caractère technique ou faisant de toute autre manière appel à des connaissances spéciales, sauf dans l'hypothèse dans laquelle les arbitres disposent eux-mêmes de ces connaissances. Dès lors, un tribunal arbitral peut refuser d'administrer une expertise ou toute autre preuve si ce moyen est inapte à fonder une conviction, si le fait à prouver est déjà établi, s'il est sans pertinence ou encore si le tribunal, en procédant à une appréciation anticipée des preuves, parvient à la conclusion que sa conviction est déjà faite et que le résultat de la mesure probatoire sollicitée ne peut plus la modifier (ATF 4.7.2018, 4A\_505/2017, c. 3.1.2). Sur cette base, il peut également modifier le contenu ou l'ampleur de la mission confiée initialement à l'expert (même arrêt, c. 3.2.3).

#### 40

3<sup>e</sup> ligne, insérer : Depuis la réforme de 2020, ce principe est consacré à l'art. 180 al. 4 (cf. n<sup>o</sup> 3a, 31a).

23<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 14.6.2011, 4A\_617/2010, c. 3 ; ATF 3.10.2011, 4A\_530/2011, c. 2.2 ; ATF 2.5.2012, 4A\_16/2012, c. 3.3 ; ATF 31.5.2012, 4A\_682/2011, c. 3.1 ; ATF 20.2.2013, 4A\_407/2012, c. 3 ; ATF 19.6.2014, 4A\_597/2013, c. 2.1, 3 ; ATF 24.2.2015, 4A\_544/2014, c. 3.3 ; ATF 29.4.2015, 4A\_70/2015, c. 3.2.1 ; ATF cité du 20.2.2018, c. 4.1.

23<sup>e</sup>-25<sup>e</sup> lignes, insérer dans la phrase : ou de renoncer à participer à la suite de la procédure arbitrale (ATF 17.1.2013, 4A\_244/2012, c. 3).

25<sup>e</sup> ligne, insérer : La partie qui se voit refuser la désignation d'un expert doit alors s'opposer à la clôture de la procédure arbitrale en attirant les arbitres sur le vice de procédure au lieu d'attendre de connaître l'issue du litige (ATF 19.9.2012, 4A\_274/2012, c. 3.2.2).

*Pour le praticien, il devient difficile de savoir, au regard de l'ATF du 20.2.2013, quel comportement adopter devant les arbitres, sans heurter leurs sensibilités, d'un côté, tout en montrant la « clarté nécessaire » (« hinreichende Deutlichkeit ») sous le regard rétrospectif des Juges fédéraux, de l'autre côté. Nos Juges semblent trop éloignés des prétoires, surtout arbitraux. Lorsqu'une partie déclare aux arbitres qu'elle n'a pas disposé d'une allocation en temps de parole suffisante et égale à celle de son adversaire et qu'elle y ajoute qu'elle se voit obligée de « raise in that respect objections », que son « right to be heard and to be treated equally is really at stake here » et qu'elle ressent sérieusement avoir subi un « disadvantage » (c. 3.4), un arbitre expérimenté et respecté comprendra cela comme la manifestation d'un vice de procédure de la part de cette partie. On ne voit pas qu'elle « Deutlichkeit » il faudra ajouter encore, sans sortir du cadre respectueux d'une audience arbitrale.*

#### 41

3<sup>e</sup> ligne, ajouter : suivi par l'ATF 142 III 363.

In fine, ajouter : Le recourant ne peut invoquer un prétendu vice de procédure survenu lors d'une audience à laquelle il a volontairement renoncé à se présenter (ATF 20.6.2013, 4A\_682/2012, c. 6.2, Egyptian Football Association). Cependant, les parties présentes à l'audience, qui donnent quittance au tribunal arbitral d'avoir correctement mené la procédure, emploient une formule stéréotypée que l'on trouve dans un grand nombre de sentences, mais qui n'a pas plus de valeur qu'une clause de style (ATF 29.4.2013, 4A\_730/2012, c. 3.2.2 ; ATF 24.7.2017, 4A\_668/2016, c. 3.2.2).

#### 43

5<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 142 III 361 s. ; puis insérer : Il n'a pas à solliciter une prise de position des parties sur la portée de chacune des pièces produites, comme il ne peut être limité dans son appréciation d'une pièce déterminée en fonction de ce qu'une partie déclare être sa valeur probatoire (ATF 17.1.2013, 4A\_538/2012, c. 5.1 ; ATF 10.2.2021, 4A\_430/2020, c. 5.1, 5.4) ; il convient de respecter, en effet, le principe de la libre appréciation des preuves par les arbitres, « pilier de l'arbitrage » (ATF 5.8.2013, 4A\_214/2013, c. 4, arbitrage CPC).

In fine, ajouter à l'ATF cité : ATF 18.10.2011, 4A\_214/2011, c. 5.2 ; ATF 11.6.2014, 4A\_178/2014, c. 5.3.4.

#### 44

8<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 12.3.2018, 4A\_450/2017, c. 4.2.

#### 46

In fine, ajouter à l'ATF cité : ATF 9.10.2012, 4A\_110/2012, c. 3.1.1 ; ATF 5.2.2014, 4A\_446/2013, c. 3.

#### 47

15<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 24.5.2013, 4A\_476/2012, c. 4.2 ; ATF 15.7.2013, 4A\_188/2013, c. 2, 3.2.2 ; ATF 142 III 362 ; ATF 8.1.2018, 4A\_220/2017, c. 3.1 ; ATF 9.8.2018, 4A\_525/2017, c. 3.1 ; ATF 19.11.2018, 4A\_301/2018, c. 4 ; ATF 10.2.2021, 4A\_430/2020, c. 5 ; cf. art. 190 n° 114. Le droit des parties d'être interpellées sur des questions juridiques n'est reconnu que de manière restreinte (ATF 15.1.2019, 4A\_382/2019, c. 3.1.2 ; ATF 30.9.2020, 4A\_62/2020, c. 4.1).

21<sup>e</sup> ligne, insérer : Il doit en aller de même lorsque le tribunal arbitral a connaissance de sentences susceptibles de constituer des précédents que les parties ou l'une d'elles ignorent (point d'hésitation, cependant, pour l'ATF cité du 9.10.2012, c. 3.2.2, au motif que la jurisprudence arbitrale ne constituerait pas une source du droit de l'arbitrage).

*Parfois, il faut s'arrêter un instant dans la lecture des « blocs de texte » (« Textbausteine ») chers aux rédacteurs des arrêts du Tribunal fédéral et s'intéresser au sens des mots : Ainsi, la définition du droit d'être entendu commence par ces termes :*

*« En Suisse, le droit d'être entendu en procédure contradictoire, loin d'être illimité, connaît, au contraire, d'importantes restrictions dans le domaine de l'arbitrage international. Ainsi une partie n'a pas le droit de se prononcer sur l'appréciation juridique des faits ni, plus généralement, sur l'argumentation juridique à retenir, à moins que le tribunal arbitral ... »*

*(ATF 142 III 361 ; ATF 8.1.2018, c. 3.1 ; ATF 11.1.2018, 4A\_56/2017, c. 3.1)*

*Hallucinant – si l'on prend les mots pour ce qu'ils sont : des mots – Une partie n'a pas le droit de s'exprimer sur ses droits !*

*On sait bien ce que cela devrait dire : On ne peut exiger des arbitres d'ouvrir un débat sur le raisonnement juridique qu'ils comptent suivre (sauf lorsqu'ils entendent appliquer une source juridique imprévisible pour les parties). Or, ce n'est pas ce que la formule standard dit !*

#### 49

12<sup>e</sup> ligne, insérer: Il n'y a pas de surprise si le tribunal arbitral a choisi une voie médiane se situant dans la marge séparant les deux parties (ATF 20.2.2013, 4A\_407/2012, c. 5).

14<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité du 9.6.2009 : ATF 15.4.2015, 4A\_554/2014, c. 2 ; puis insérer : Lorsque le droit de résiliation d'un prêt est en jeu, il est normal que le tribunal arbitral en examine toutes les conditions (ATF 15.7.2013, 4A\_188/2013, c. 3.2.2). Si le domaine du droit visé par le litige est connu, on ne saurait reprocher au tribunal arbitral d'en avoir appliqué une disposition que les parties n'ont pas évoquée (ATF 26.5.2014, 4A\_544/2013, c. 3). De même, lorsque les parties ont désigné un droit, mais sans le faire ni clairement ni exclusivement, elles ne doivent pas s'étonner que le tribunal arbitral se décide pour un autre choix (ATF 3.8.2016, 4A\_202/2016, c. 3).

In fine, continuer : Le tribunal arbitral avertit les parties s'il entend mettre à leur charge la preuve du contenu du droit applicable, comme il les interroge sur le droit supplétif pertinent le cas échéant (cf., sur la question, sans la trancher, ATF 5.2.2014, 4A\_446/2013, c. 6.2.2.3, qui mentionne l'art. 16, dont l'applicabilité est cependant douteuse eu égard tant à l'art. 182 qu'à l'art. 187).

#### 51

3<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 26.4.2016, 4A\_342/2015, c. 4.2.3.

7<sup>e</sup> ligne, insérer : L'audition de témoins ne peut se concevoir suivant une mise à égalité des parties (ATF 21.5.2015, 4A\_709/2014, c. 5.2.4).

9<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF du 18.11.2004 : ATF 31.1.2012, 4A\_360/2011, c. 4.

12<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 14.12.2012, 4A\_198/2012, c. 3.2.1.

16<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF du 19.2.2009, c. 4.2.1 : ATF 16.3.2015, 4A\_636/2014, c. 4.2. Il en va de même d'une prolongation de délai (ATF 2.3.2017, 4A\_405/2016, c. 3.3).

22<sup>e</sup> ligne, insérer : Le principe d'égalité ne vient pas en appui d'une requête d'apporter des preuves nouvelles ou d'exiger une nouvelle audience (cf. ATF 20.7.2011, 4A\_162/2011, c. 2.3 ; ATF 24.11.2017, 4A\_236/2017, c. 4.2.2).

In fine, ajouter : Dans les limites de sa pertinence, le principe d'égalité couvre uniquement la phase d'instruction, à l'exclusion de l'appréciation des preuves et de la délibération du tribunal arbitral (ATF 18.6.2012, 4A\_488/2011, c. 4.4.1 ; ATF 12.3.2018, 4A\_450/2017, c. 3.2.2).

#### Bibliographie

LDIP :

BERNHARD BERGER, Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations, ASA 31 (2013) p. 244-261 ; MARTIN BERNET/JÖRN ESCHMENT, Die Haftung des Schiedsrichters nach Schweizer Recht, *in* *Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung*, Festschrift für Isaak Meier, Zurich 2015, p. 41-56 ; IDEM, Liability of Arbitrators under Swiss Law: Legal Basis and Limitations of Arbitral Immunity, *SchiedsVZ* 14 (2016) p. 189-195 ; ANDREA BONOMI/DAVID BOCHATAY, Iura Novit Arbitrator in Swiss Arbitration Law, *EIAR* 6 (2017) p. 107-129, et *in* *Iura Novit Curia in International Arbitration*, Huntington, NY 2018 ; FELIX DASSER/DANIELLE GAUTHEY, La bonne foi dans l'arbitrage, ASA 33 (2015) p. 239-273 ; MICHAEL FEIT/CHLOÉ TERRAPON CHASSOT, The Swiss Federal Supreme Court Provides Guidance on the Proper Use of Arbitral Secretaries and Arbitrator Consultants under the Swiss *lex arbitri*, ASA 33 (2015) p. 897-917 ; SIMON GABRIEL, Dealing With « Challenged Documents », ASA 29 (2011) p. 823-837 ; TARKAN GOKSU, Auslegung und Ergänzung des Schiedsverfahrens, *in* *Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung*, Festschrift für Isaak Meier, Zurich 2015, p. 233-248 ; ALEXANDER M. GORDON, International Commercial Arbitration in Switzerland and Federal Litigation in New York : Key Distinctions, *in* *Selected Papers on International Arbitration*, vol. 2, Berne 2012, p. 1-34 ; MICHAEL GÜNTER, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenzen, Zurich 2011 ; SUSANNA GUT, Schiedsgerichtsbarkeit : Eine Streitbeilegungsmethode für Anlegerstreitigkeiten, Zurich 2014 ; RETO M. JENNY, Jura Novit Arbitrator - A Swiss Perspective, *in* *Selected Papers on International Arbitration*, vol. 2, Berne 2012, p. 71-103 ; FRANZ KELLERHALS/STEFANIE PFISTERER, Wer bestimmt das Honorar der Schiedsrichter ?, *in* *Recht ohne Grenzen*, Festschrift für Athanassios Kaissis, Munich 2012, p. 449-467 ; FRANÇOIS KNOEPFLER, La règle de l'estoppel est-elle utile à l'arbitrage international en Suisse ?, *in* *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux*, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, Bâle 2011, p. 621-632 ; RETO MARGHITOLA, Document Production : New Findings on an Old Issue, ASA 34 (2016) p. 78-94 ; ANDREA MEIER/YOLANDA MCGOUGH, Do Lawyers Always Have to Have the Last Word ?, ASA 32 (2014) p. 490-507 ; JAMES MENZ/ANYA GEORGE, How Much Assistance Is Permissible?, *JIA* 33 (2016) p. 311-323 ; OLIVIER LUC MOSIMANN, The Action by Stages (Stufenklage, action échelonnée) in International Arbitration in Switzerland, ASA 35 (2017) p. 567-588 ; CHRISTOPH MÜLLER/SABRINA PEARSON, Waving the Green Flag to Emergency Arbitration under the Swiss Rules : the Sauber Saga, ASA 33 (2015) p. 808-824 ; SEBASTIANO NESSI, Expert Witness : Role and Independence, *in* *New Developments in International Commercial Arbitration 2016*, Zurich 2016, p. 71-105 ; FABRICE ROBERT-TISSOT, How Will the COVID-19 Pandemic Change Arbitral Proceedings ? *in* *New Developments in International Commercial Arbitration 2020*, p. 191-234 ; THOMAS ROHNER/MICHAEL LAZOPOULOS, Respondent's Refusal to Pay its Share of the Advance on Costs, ASA 29 (2011) p. 549-573 ; MARKUS SCHEFER, Nichtöffentlichkeit privater Schiedsverfahren ?, *Zur Garantie der Gerichtsöffentlichkeit nach Art. 30 Abs. 3 BV*, *in* *Das Zivilrecht und seine Durchsetzung*, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 537-553 ; PHILIPP SIEBER, Respondent's refusal to pay the advance on costs : The contractual and the procedural approach, *in* *Selected Papers on International Arbitration*, vol. 1, Berne 2011, p. 41-72 ; NADIA SMAHI, Due Process Under the Swiss Rules of International Arbitration, ASA 38 (2020) p. 930-952 ; MARCO STACHER, « Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten », *Zur Regel und ihrer Bedeutung bei Korruptionsverdacht in Schiedsverfahren*, *in* *Innovatives Recht*, Festschrift für Ivo Schwander, Zurich 2011, p. 1041-1055 ; IDEM, Der unzuständige Schiedsrichter, *Zu seiner Stellung in punkto Rechtsprechungskompetenz und seinem Rechtsverhältnis zu den Parteien*, *ZZZ* 9 (2013), 29, p. 32-58 ; IDEM, Die falsche Zeugenaussage im Schiedsverfahren, *ZZZ* 9 (2014), 31, p. 183-204 ; IDEM, Berater und Sekretäre von Schiedsgerichten, *ZZZ* 12/13 (2017/2018) p. 22-36 ; PIERRE TERCIER/CLARISSE VON WUNSCHHEIM, Caught in the Crossfire : Cross-Claims in Partnership Disputes and Commercial Arbitration, *in* *Mélanges en l'honneur de Walter A. Stoffel*, Berne 2014, p. 259-274 ; SIMON VORBURGER, International Arbitration and Cross-Border Insolvency, Zurich 2014 ; NATALIE VOSER/JULIE RANEDA, Recent Developments of Res Judicata in International Arbitration from a Swiss Perspective : A Call for a Harmonized Solution, ASA 33 (2015) p. 742-779 ; CORINNE WIDMER LÜCHINGER, Lawyers' Success Fees in Swiss Conflict of Laws and International Arbitration, *in* *Private Law, national, global, comparative*, Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Berne 2011, p. 1741-1760 ; LUKAS F. WYSS, The Protection of Business Secrets in International Commercial Arbitration, *in* *Selected Papers on International Arbitration*, vol. 1, Berne 2011, p. 1-39 ; NIKLAUS ZAUGG, Objective scope of res judicata or arbitral awards – Is there room for discretion ?, ASA 35 (2017) p. 319-333 ; TOBIAS ZUBERBÜHLER/ANDREAS SCHREGENBERGER, Corruption in Arbitration - The Arbitrator's Duty to Investigate, *in* *New Developments in International Commercial Arbitration 2016*, Zurich 2016, p. 1-38 ; LINUS ZWEIFEL, Prozesskostensicherheit im Schiedsverfahren, Zurich 2021.

*Droit international privé étranger et comparé :*

CHRISTIAN AUFDERMAUER, Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenzen in Deutschland, Frankfurt a.M. 2013 ; WALID BEN HAMIDA/THOMAS CLAY (éd.), L'argent dans l'arbitrage, Paris 2013 ; DOMITILLE BAIZEAU/TESSA HAYES, The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte, *in* *International Arbitration and the Rule of Law*, Alphen aan den Rijn 2017, p. 225-265 ; BERNHARD BERGER/MICHAEL E. SCHNEIDER (éd.), Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions, Huntington, NY 2014 ; PIERO BERNARDINI, Third Party Funding in International Arbitration, *Riv.arb.* 27 (2017) p. 1-20 ; KATHRIN BETZ, Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration, Cambridge 2017 ; OLIVIER CAPRASSE/ROLAND ZIADÉ, La confidentialité dans la procédure arbitrale, *Rev.arb.* 2014 p. 593-616 ; BJÖRN CENTNER, Jura novit curia in internationalen Schiedsverfahren, Tübingen 2019 ; ANJA CERVENKA/PHILIPP SCHWARZ, Datenschutz im Schiedsverfahren – die Rolle des Schiedsgerichts, *SchiedsVZ* 18 (2020) p. 78-85 ; FELIX DASSER, Equality of Arms in International Arbitration : Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct ?, *in* *International Arbitration and the Rule of Law*, Alphen aan den Rijn 2017, p. 634-672 ; ASTRID DEIXLER-HÜBNER, Die DSGVO – ein Torpedo für Schiedsverfahren ?, *LJZ* 40 (2019) p. 105-114 ; DÖRTE DOELZIG, Parteiinsolvenz in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, *ZZPInt* 14 (2009) p. 393-441 ; CAROLINE DOS SANTOS, Third-party funding in international commercial arbitration : a wolf in sheep's closing ?, ASA 35 (2017) p. 918-936 ; CARINE DUPEYRON/MARIE VALENTINI, Maîtriser les conséquences de la présence du tiers financeur sur la procédure à travers le contrat de financement, *Rev.arb.* 2014 p. 909-936 ; BERND EHLE, Emergency Arbitration in Practice, *in* *New Developments in International Commercial Arbitration 2013*, Zurich 2013, p. 87-109 ; SIEGFRIED H. ELSING, Zur Anordnung einer Kostensicherheit in internationalen Schiedsverfahren, *in* *Ars Aequi et Boni in Mundo*, Festschrift für Rolf A. Schütze, Munich 2015, p. 69-79 ; DANIELE FAVALLI (éd.), The Sense and Non-sense of Guidelines, Rules and the Para-regulatory Texts in International Arbitration, Huntington, NY 2015 ; PHILIPP FÖLSING, US-Richter als Helfer in internationalen Schiedsverfahren, *RIW* 59 (2013) p. 340-344 ; EMMANUEL GAILLARD, La corruption saisie par les arbitres du commerce international, *Rev.arb.* 2017 p. 805-838 ; ELLIOTT GEISINGER (éd.), Confidential and Restricted, Access Information in International Arbitration, Huntington, NY 2016 ; ANDREA GIARDINA, L'intervention et l'attraction des tiers dans la procédure arbitrale, *Rivista dell'arbitrato* 21 (2011) p. 557-572 ; PHILIPP GIESSEN, Der Pre-Arbitral-Referee und der Emergency Arbitrator in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt a.M. 2012 ; JONAS VON GOELER, Third-Party Funding in

International Arbitration and Its Impact on Procedure, Alphen aan den Rijn 2016 ; BENJAMIN GOTTLIEB, Authority of Para-Regulatory Texts in International Arbitration, *in* Selected Papers on International Arbitration, vol. 2, Berne 2012, p. 35-69 ; NICOLAS GREGOIRE, Evidentiary Privileges in International Arbitration, Genève 2016 ; CHRISTOPH GRENZ, Der Faktor Zeit im Schiedsverfahren, Frankfurt a.M. 2013 ; ULRICH HAAS, Aufrechnung im Schiedsverfahren und Art. 19 ICC-SchO, *in* Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, p. 949-970 ; IDEM, Vertraulichkeit im Zusammenhang mit Schiedsverfahren, *in* Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis, Munich 2012, p. 315-331 ; PHILIPP HABEGGER *et al.* (éd.), Arbitral Institutions under Scrutiny, Huntington, NY 2013 ; BERNARD HANOTIAU/ERIC A. SCHWARTZ (éd.), Class and Group Actions in Arbitration, Paris 2016 ; DUARTE G. HENRIQUES, The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration?, ASA 36 (2018) p. 351-363 ; KAJ HOBÉR/HOWARD S. SUSSMAN, Cross-Examination in International Arbitration, Oxford 2014 ; ANNEKATHRIN HOLZBERGER, Die materiellrechtliche und kollisionsrechtliche Einordnung des Schiedsrichtervertrages, Frankfurt a.M. 2015 ; GÜNTHER HORVATH/KATHERINE KHAN, Addressing Corruption in Commercial Arbitration, SchiedsVZ 15 (2017) p. 127-135 ; ALAIN F. HOSANG, Obstructionist Behavior in International Commercial Arbitration, La Haye 2014 ; MICHAEL HWANG/NICHOLAS THIO, A Proposed Model Procedural Order on Confidentiality in International Arbitration, JIA 29 (2012) p. 137-169 ; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, Confidentiality in International Commercial Arbitration (Report), ILA Report 2010, p. 186-226 ; MARJOLAINE JACOB, Emergency Arbitrator Proceedings: Pre-Arbitral Interim Measures According to the Revised ICC-Rules, *in* Selected Papers on International Arbitration, vol. 3, Berne 2013, p. 85-122 ; JOANNA JEMIELNIAK/STEFANIE PFISTERER, Iura Novit Arbitrator revisited: towards a harmonized approach?, RDU 20 (2015) p. 56-80 ; J. OLE JENSEN, Tribunal Secretaries in International Arbitration, Oxford 2019 ; HEINER KAHLERT, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, Thèse Zurich 2014 ; GISELA KNUTS, Jura Novit Curia and the Right to Be Heard - An Analysis of Recent Case Law, Arb.Int. 28 (2012) p. 669-688 ; PIERRE LALIVE, Mission et démission des arbitres internationaux, *in* Perspectives du droit international au 21<sup>e</sup> siècle, Liber Amicorum Christian Dominicé, Leiden 2012, p. 269-278 ; STEFAN LEIMGRUBER, Declaratory Relief in International Commercial Arbitration, ASA 32 (2014) p. 467-489 ; CHRISTIAN M. LEISINGER, Vertraulichkeit in internationalen Schiedsverfahren, Baden-Baden 2012 ; SOPHIE LEMAIRE, La preuve de la corruption, Rev.arb. 2020 p. 185-205 ; NATHALIE LENDERMANN, Procedure Shopping Through Hybrid Arbitration Agreements, Baden-Baden 2018 ; LAURENT LÉVY/MICHAEL POLKINGHORNE (éd.), Expedited Procedures in International Arbitration, Paris 2017 ; ALBERTO MALATESTA/RINALDO SALI (éd.), The Rise of Transparency in International Arbitration, Huntington, NY 2013 ; RETO MARGHITOLA, Document Production in International Arbitration, Thèse Zurich 2014 ; PAOLO MARZOLINI, Is the Parties' Consent Still an Overriding Principle for Joinder and Intervention of Third Parties in International Commercial Arbitration?, *in* Selected Papers on International Arbitration, vol. 2, Berne 2012, p. 105-137 ; JAMES MENZ, The fourth arbitrator?, Die Rolle des Administrative Secretary im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 13 (2015) p. 210-218 ; ARNAUD DE NANTEUIL, La transparence en droit international: Réflexions sur une exigence encore incertaine, AFDI 61 (2015) p. 809-829 ; JAN HEINER NEDDEN/FRIEDRICH ROSENFELD, The New UNCITRAL Transparency Rules: How the Trend Towards Transparency Differs in Investment and Commercial Arbitration, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2013, Zurich 2013, p. 41-63 ; PIOTR NOWACZYK/KONRAD CZECH, Rethinking costs awards in international arbitration, a call for less criticism of arbitration costs, but improvement of costs allocation practices, ASA 33 (2015) p. 494-513 ; NATHAN D. O'MALLEY, Rules of Evidence in International Arbitration, An Annotated Guide, Londres 2012 ; MARC ORGEL, Class Arbitration, Von der Gruppenklage zum Gruppenschiedsverfahren und zurück?, Eine Untersuchung zum U.S.-amerikanischen Schiedsverfahrensrecht, Tübingen 2013 ; LARA PAIR, Consolidation in International Commercial Arbitration, La Haye 2012 ; MAUD PIERS/CHRISTIAN ASCHAUER (éd.), Arbitration in the Digital Age, Cambridge 2018 ; MARK PIETH, Contractual Freedom v. Public Policy Considerations in Arbitration, *in* Private Law, national, global, comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Berne 2011, p. 1375-1385 ; PHILIPPE PINSOLLE, Le financement de l'arbitrage par les tiers, Rev.arb. 2011 p. 385-414 ; CHARLES PONCET, Fraud in International Arbitration, Cahiers 2016 p. 789-814 ; JEAN-BAPTISTE RACINE, Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage, *in* Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer, Paris 2015, p. 727-752 ; ANDREAS REINER, Schiedsrichterhaftung im österreichischen Recht, *in* Festschrift für Helmut Koziol, Vienne 2010, p. 1273-1291 ; ELZA REYMOND-ENIAEVA, Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration, Thèse Lausanne 2018 ; JÖRG RISSE/MAX OEHM, Vertraulichkeit und Nicht-Öffentlichkeit in Schiedsverfahren, ZvglRW 114 (2015) p. 407-430 ; CATHERINE A. ROGERS, Ethics in International Arbitration, Oxford 2014 ; DAVID P. RONEY/KATHERINE VON DER WEID, Third-Party Funding in International Arbitration: New Opportunities and New Challenges, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2013, Zurich 2013, p. 183-207 ; DAVID ROSENTHAL, Complying with the General Data Protection Regulation (GDPR) in International Arbitration, ASA 37 (2019) p. 822-852 ; KLAUS SACHS/TILMAN NIEDERMAIER, Die Durchsetzung von Document Production Orders in internationalen Schiedsverfahren, ZvglRW 114 (2015) p. 449-468 ; SILJA SCHAFFSTEIN, The Doctrine of Res Judicata before International Commercial Arbitral Tribunals, Oxford 2016 ; IDEM, The Law Governing Res judicata, EIAR 7 (2018) p. 117-142 ; MICHAEL E. SCHNEIDER/JOACHIM KNOLL (éd.), Performance as a Remedy, Non-Monetary Relief in International Arbitration, Huntington, NY 2011 ; PHILIPP SIEBER, Respondent's refusal to pay the advance on costs: The contractual and the procedural approach, *in* Selected Papers on International Arbitration, vol. 1, Berne 2011, p. 41-72 ; ILEANA M. SMEUREANU, Confidentiality in International Commercial Arbitration, Alphen aan den Rijn 2011 ; PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, La responsabilité de l'arbitre, Rev.arb. 2017 p. 1123-1145 ; S.I. STRONG, Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law, Oxford 2013 ; INAN ULUC, Corruption in International Arbitration, Londres 2018 ; ISABELLE VEILLARD, Le domaine de l'autorité de la chose arbitrée, Rev.crit. 101 (2012) p. 15-43 ; NATHALIE VOSER/ANGELINA M. PETTI, The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, ASA 33 (2015) p. 6-36 ; PHILIPP WAGNER, When two worlds collide – the dilemma between insolvency and arbitration, YIA II (2011) p. 119-129 ; JEFFREY WAINCYMER, Procedure and Evidence in International Arbitration, Alphen aan den Rijn 2012 ; IDEM, Regulatory Developments in the Control of Counsel in International Arbitration, Arb.Int. 30 (2014) p. 513-551 ; PHILIP WIMALASENA, Die Veröffentlichung von Schiedssprüchen als Beitrag zur Normbildung, Tübingen 2016 ; MARKUS WIRTH *et al.* (éd.), The Search for « Truth » in Arbitration, Huntington, NY 2011 ; LUKAS WYSS, The Protection of Business Secrets in International Commercial Arbitration, *in* Selected Papers on International Arbitration, vol. 1, Berne 2011, p. 1-39 ; MARTINO ZULBERTI, Tutela giurisdizionale dei diritti degli arbitri al compenso ed al rimborso delle spese, Riv.arb. 27 (2017) p. 689-719.

**3**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter : cf. Bachmann, ASA 2020 p. 846-860

**6**

3<sup>e</sup> ligne, insérer: Depuis la réforme de 2020, cela est rappelé expressément à l'alinéa 2.

In fine, lire Kaufmann/Rigozzi, n° 6.100 s.

**20**

Biffer, la matière étant régie dorénavant par l'art. 185a.

**21**

15<sup>e</sup> ligne, insérer : Elle n'est pas implicite à la convention d'arbitrage, surtout dans le domaine du sport, où l'élément de volonté du consentement est extrêmement ténu (contrairement à l'avis de Rigozzi/Robert, Jusletter 16.7.2012, n° 18-35).

*On ne devrait donc pas succomber à la naïveté dans laquelle ces auteurs tentent de bercer les sportifs et leurs conseils. Pour justifier la clause tendant à valider la renonciation aux mesures provisionnelles à laquelle les sportifs sont censés avoir adhéré, il est soutenu qu'une telle renonciation n'équivaut pas à celle à tout recours, soumise à des conditions plus strictes, étant donné que la renonciation aux mesures provisionnelles étatiques ne prive pas le sportif d'une voie de droit sans lui « offrir une alternative en contrepartie » (n° 28). Pour les auteurs, cette « approche » (choisie sans considération d'aucune règle de droit) est suffisante pour rendre valable la renonciation à la compétence du juge étatique pour prononcer des mesures provisionnelles « pour autant que le TAS offre une voie de droit comparable au juge étatique » (n° 29), ce qui suppose que le TAS jouisse d'une indépendance et d'une impartialité comparables et qu'il puisse intervenir avec la même efficacité qu'un tribunal étatique. Bottant en touche toute discussion sur le premier point (n° 30), le second critère est jugé rempli pour plusieurs motifs, dont l'argument « décisif » est fondé sur l'expérience montrant que les fédérations sportives « appliquent spontanément les mesures provisionnelles ordonnées par le TAS », affirmation qui n'est soutenue par aucune démonstration ni aucune référence à une source quelconque. Mais comme si les auteurs doutaient que leur thèse soit correcte et vérifiable en pratique, ils acceptent que le sportif puisse se soustraire à sa renonciation, faite « sans consentement » (sic !), par la preuve « qu'au regard des circonstances, il ne dispose pas d'une voie de droit effective devant le TAS » (n° 35) – il faudrait donc qu'il apporte la preuve négative (toujours difficile) de l'absence de protection effective, alors que les auteurs scientifiques qui entendent lui faire avaler cette potion ne sont pas en état d'apporter des éléments positifs de preuve qu'au moins prima facie, cette effectivité soit garantie. Et on nous dit encore que cette efficacité serait directe, donc incontestable pour le sportif (alors qu'il « jouit » de la preuve a contrario), ce que l'on ne saurait dire de la mesure étatique, et que l'on ne veut pas nous dire que cette mesure est susceptible d'exécution à l'étranger (notamment au regard de la Convention de Lugano, mentionnée nulle part) alors que l'efficacité de la mesure du TAS, réputée « directe », dépend du bon vouloir de la fédération concernée, volonté unilatérale (et certainement pas « spontanée » comme cela est affirmée) à laquelle le sportif serait donc soumis de force. Pour trouver justice, il ne pourra compter, en tout cas, sur le soutien juridique des auteurs, ne faisant aucun cas de l'analogie avec l'élection de for (cf. art. 5 n° 37), ni de la situation sous l'angle de l'art. 31 CL (cf. art. 31 CL n° 31). Mais il est vrai que ce genre de discours prônant la suprématie de « l'effectivité de fait » sur le droit a les faveurs de divers milieux – dont les sportifs ne font assurément pas partie ! Même répétées (Rigozzi/Robert, Sports Arbitration, p. 81-93), ces erreurs restent des erreurs – au demeurant non réfutées véritablement si l'on se borne à adresser à leur critique que l'on ne saurait s'inspirer d'un « formalistic approach » (p. 86), argument peu convaincant si l'on prend pleinement conscience de ce que des droits fondamentaux sont en jeu. Pour botter en touche, l'un des auteurs y voit une « approche plus dogmatique », préférant, quant à lui, « l'approche pragmatique du Tribunal fédéral », sans relever que celui-ci s'est prononcé sur l'exclusion de la voie de recours et non sur celle du juge étatique requis d'ordonner des mesures provisoires (Rigozzi, RDS 2013 I p. 316).*

In fine, ajouter aux auteurs cités : Haas, ZZPInt 2012 p. 357-370.

**23 n**

Depuis l'extension de l'arbitrage international au domaine des successions, l'art. 183 devient également

pertinent, en vertu de l'art. 178 al. 4 et par analogie, dans les cas de clauses arbitrales contenues dans des dispositions de dernière volonté. Le tribunal arbitral peut certes ordonner des mesures provisoires et conservatoires (al. 1), sans cependant pouvoir aller loin dans la liquidation de l'héritage. Etant donné l'absence de puissance coercitive, le tribunal arbitral devrait recourir, en règle générale, au concours du juge (al. 2). Celui-ci statuera selon le droit suisse, même si la succession est régie, de l'avis du tribunal arbitral, par un droit étranger. Afin de distinguer entre ce qui relève du statut successoral et du statut suisse de l'« ouverture de la succession », on s'inspirera de la pratique relative à l'art. 92. L'art. 183 n'a cependant pas un caractère exclusif. Le tribunal arbitral s'abstiendra en règle générale à s'immiscer dans l'activité des autorités étatiques et laissera les parties solliciter leur intervention directement.

## **Bibliographie**

### *LDIP :*

SIMON BACHMANN, The Impact of Third-Party Funding on Security for Costs Requests in International Arbitration Proceedings in Switzerland, ASA 38 (2020) p. 842-867 ; SÉBASTIEN BESSON, Les mesures provisoires et conservatoires dans la pratique arbitrale, in L'arbitre international et l'urgence, Bruxelles 2014, p. 37-59 ; MARCO COLOMBINI, Vorsorglicher Rechtsschutz vor Konstituierung des Schiedsgerichts, Zurich 2016 ; ULRICH HAAS, Das Verhältnis von schiedsgerichtlichem und staatlichem vorläufigen Rechtsschutz, ZZPInt 17 (2012) p. 347-370 ; LAURENT HIRSCH, Swiss Practice of Interim Relief in International Arbitration, YPIL 21 (2019-20) p. 237-258 ; LUCIUS HUBER, Gestaltungsspielraum eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz beim Erlass vorsorglicher Verfügungen, in Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 227-249 ; ALEXANDER MARKUS, Rechtsmittel gegen Entscheide des juge d'appui bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, ASA 31 (2013) p. 504-520 ; SEBASTIANO NESSI, Anti-Suit and Anti-Arbitration Injunctions in International Commercial Arbitration, The Swiss Approach, in Selected Papers on International Arbitration, vol. 3, Berne 2013, p. 163-203 ; PAOLO MICHELE PATOCCHI, Les mesures provisionnelles en arbitrage international, in International Sports Law and Jurisprudence of the CAS, Berne 2014, p. 55-83 ; ANTONIO RIGOZZI/FABRICE ROBERT-TISSOT, La pertinence du „consentement“ dans l'arbitrage du Tribunal Arbitral du Sport, Les enseignements de l'arrêt Cañas, notamment en matière de mesures provisionnelles, Jusletter 16.7.2012 ; IDEM, „Consent“ in Sports Arbitration: Its Multiple Aspects, in Sports Arbitration, Huntington NY 2015, p. 59-94 ; LUKAS F. WYSS, Vorsorgliche Massnahmen und Beweisaufnahme – die Rolle des Staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht, SchiedsVZ 9 (2011) p. 194-203, en anglais : Int.ALR 15 (2012) p. 67-74 ; IDEM, Switzerland, in Interim Measures in International Arbitration, Huntington, NY 2014, p. 729-761.

### *Droit international privé étranger et comparé :*

MASSIMO V. BENEDETTELLI, Le anti-suit injunctions nell'arbitrato internazionale : questioni di legittimità e opportunità, Riv.arb. 24 (2014) p. 701-740 ; YVES HERINCKX, Liability for Inappropriate Interim Measures in Commercial Arbitration, Cahiers 2014 p. 243-279 ; LAWRENCE W. NEWMAN/COLIN ONG (éd.), Interim Measures in International Arbitration, Huntington, NY 2014 ; HAKEEM SERIKI, Injunctive Relief and International Arbitration, Abingdon 2015.

## **Art. 184**

### **1**

In fine, ajouter : Le tribunal arbitral peut refuser de tenir compte d'un élément de preuve n'ayant pas été présenté conformément aux règles de procédure applicables (ATF 15.7.2015, 4A\_246/2014, c. 7.2.2).

### **2**

In fine, ajouter pour le texte des règles de l'IBA de 2010 : Rev.arb. 2011 p. 1149, et terminer par : et en 2020.

### **15**

Au début, lire : art. 184 al. 3

15<sup>e</sup>-19<sup>e</sup> lignes : biffer

### **15a n**

Sur demande du tribunal arbitral ou d'une partie, le juge peut, selon l'art. 184 al. 3, « observer ou prendre en considération d'autres formes de procédure ». Cette ouverture, insérée lors de la réforme de 2020, s'inspire de ce que prévoit déjà l'art. 11a al. 2. Dans la mesure où cette disposition est plus explicite, on en tiendra compte, dès lors que la mention figurant à l'art. 184 al. 3 n'a pas été faite dans le dessin d'exclure les indications plus détaillées de la règle de base à l'art. 11a. La demande doit donc être étayée par une démonstration de l'intérêt à procéder en Suisse dans une forme de procédure « autre » que ce connaît le droit suisse. Cette forme est normalement celle que requiert la loi étrangère applicable à la procédure ou au fond devant le tribunal arbitral. L'hypothèse qu'un « juste motif » tenant à l'intérêt d'une partie s'y opposerait ne pourra guère être retenue en pratique dès lors que la demande émane du tribunal arbitral ou est appuyé par celui-ci.

### **18**

In fine, ajouter : ATF 6.10.2015, 4A\_34/2015, c. 4.3.2. La demande ne peut être présentée par un tribunal étatique étranger, même s'il s'agit d'une démarche faite en appui d'un tribunal arbitral siégeant en Suisse. En effet, ce cas n'est pas mentionné à l'alinéa 2 de l'art. 184.

### **26 n**



Comme c'est le cas des mesures provisoires ordonnées selon l'art. 183 (cf. art. 183 n° 15), la décision du juge intervenant selon l'art. 184 est susceptible d'un moyen de recours dont le champ ne peut cependant dépasser celui défini par cette disposition ; un tel recours est rarissime. Toute autre contestation ne pourrait être portée qu'à travers un grief d'annulation adressée à la sentence.

## Bibliographie

### LDIP :

LORENZ RAESS, Challenging Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration – the Swiss Perspective, ASA 37 (2019) p. 902-915 ; IDEM, Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration, Zurich 2020 ; LUKAS F. WYSS, Vorsorgliche Massnahmen und Beweisaufnahme – die Rolle des Staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht, SchiedsVZ 9 (2011) p. 194-203, en anglais : Int.ALR 15 (2012) p. 67-74.

### Droit international privé étranger et comparé :

PETER ASHFORD, The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Cambridge 2013 ; FABIO BORTOLOTTI, L'amministrazione della prova nell'arbitrato internazionale, Riv.arb. 26 (2016) p. 599-622 ; JULIA-DIDON CAYRE, Procédure judiciaire de Discovery en droit américain – Article 1782, Titre 28 de l'United States Code – et arbitrage international, Cahiers 2011 p. 973-989 ; ANGELO DONDI, Discovery Management in Non-Judicial Proceedings – The Case of International Arbitration, ZZPInt 13 (2008) p. 239-249 ; CARINE DUPEYRON/MARIE VALENTINI, Les outils judiciaires de recherche de preuve au service de l'arbitrage: Etude comparée de l'art. 145 du Code de procédure civile français et de la Section 28 USC § 1782 aux Etats-Unis, RDAI 2013 p. 533-557 ; ALESSANDRO FABBI, La prova nell'arbitrato internazionale, Turin 2014 ; ALAIN F. HOSANG, Adverse Inferences as a Consequence of the Non-Production of Documents According to the 2010 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration, in Private Law, national, global, comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Berne 2011, p. 791-805 ; WILLIAM LAWTON KIRTLEY, Court-Ordered Discovery in the United States Under 28 USC § 1782 for Use in Foreign International Arbitrations : Its Evolution, Current Trends, Strategic Use and Dangers, Int.ALR 14 (2011) p. 47-64 ; ROMAN KHODYKIN *et al.*, A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Oxford 2019 ; PHILLIP LANDOLT, Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence, Arb.Int. 28 (2012) p. 173-223 ; PEDRO J. MARTINEZ FRAGA, Estudio de los efectos del Convenio de Nueva York y la doctrina de "manifiesta indiferencia de la ley" sobre el arbitraje internacional: análisis de dos paradigmas afirmativos y defensivos, AEDIPr 8 (2008) p. 55-95 ; IDEM, Good Faith, Bad Faith, But not Losing Faith: A Commentary on the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Georgetown Journal of International Law 43 (2012) p. 387-431 ; FABIAN MEIER, Evidentiary Privileges in International Arbitration - How to Determine What Rules Apply ?, in Selected Papers on International Arbitration, vol. 2, Berne 2012, p. 139-176 ; ANNABELLE MÖCKESCH, Attorney-Client Privilege in International Arbitration, Oxford 2017 ; NATHAN D. O'MALLEY, Rules of Evidence in International Arbitration, 2<sup>e</sup> éd. Londres 2019 ; NATHAN D. O'MALLEY/LUKE N. EATON, U.S. Discovery in Aid of International Arbitration: Where Things Presently Stand, JIA 31 (2014) p. 111-120 ; OLE SCHLEY/LAURA CAROLIN LANGE, Schiedsgerichte und US-Discovery, RIW 66 (2020) p. 342-347 ; KINGA TIMÁR/JAN KRAAYVANGER, U.S. Discovery in Aid of Foreign Arbitration, SchiedsVZ 10 (2012) p. 66-72 ; MARKUS WIRTH/URS HOFFMANN-NOWOTNY, Rechtshilfe deutscher Gerichte zugunsten ausländischer Schiedsgerichte bei der Beweisaufnahme – ein Erfahrungsbericht, SchiedsVZ 3 (2005) p. 66-71 ; TOBIAS ZUBERBÜHLER *et al.* (éd.), IBA Rules of Evidence, Commentary, Zurich 2012.

## Art. 185

4

2<sup>e</sup> ligne, lire Mabillard, BSK-IPRG, art. 185 n° 16

9

In fine, lire Mabillard, BSK-IPRG, art. 185 n° 8

**9a n**

On devrait ainsi reconnaître au juge d'appui un pouvoir d'intervention lorsque la survie de l'arbitrage est en cause. Un tel cas est la situation qui se présente lorsqu'une procédure arbitrale a été engagée en violation d'un mécanisme alternatif de résolution des litiges dont les parties sont convenues qu'il doit s'appliquer avec toutes les étapes prévus préalablement et obligatoirement avant la saisie du tribunal arbitral (cf. art. 176 n° 3). Dans une telle hypothèse, toute sentence du tribunal arbitral pourra être annulée par le Tribunal fédéral qui y joindra l'ordre de suspendre la procédure arbitrale jusqu'à l'achèvement de la procédure préalable convenue (art. 191 n° 56a). Dès lors, au lieu d'attendre à ce que l'occasion d'un recours au Tribunal fédéral se présente, ainsi que dans le cas de renonciation à tout recours (art. 192 al. 1), le juge d'appui pourra anticiper la sanction du non respect de la méthode alternative obligatoire et ordonner la suspension du procès arbitral jusqu'à ce que celle-là soit achevée.

**9b n**

Dans un récent arrêt de principe, le Tribunal fédéral a confirmé et développé cette position. Il convient d'interpréter l'accord des parties pour connaître l'existence et la portée de leur option de se soumettre à une méthode alternative de résolution des litiges, puis de vérifier si la méthode retenue a été suivie correctement et de bonne foi, notamment en respectant le caractère obligatoire d'une conciliation préalable, ce y compris toutes les étapes du processus et non seulement son initiation (ATF 142 III 296 ss, 305-314). La violation d'un tel

mécanisme contractuel doit être sanctionnée, en règle générale par la suspension de la procédure arbitrale qu'une partie a engagée prématurément, et ce jusqu'à l'achèvement des démarches préalables dont les parties sont convenues (même arrêt, c. 2.4.4 ; cf. art. 191 n° 56a).

## 11

In fine, ajouter: On pourrait aussi songer à ce que le juge d'appui accepte de fournir à une partie dans le besoin l'assistance judiciaire que le tribunal arbitral ne peut accorder (cf. art. 182 n° 17a).

### Bibliographie

DAVID CHILSTEIN, Le juge des référés face à l'arbitrage frauduleux, *in* Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer, Paris 2015, p. 103-117 ; THOMAS CLAY, L'appui du juge à l'arbitrage, Cahiers 2011 p. 331-348 ; JONATHAN HILL, The Powers of the English Court to Support an Arbitration in « Foreign Seat » and « No Seat » Cases, YPIL 13 (2011) p. 51-90 ; GÉRARD PLUYETTE, La désignation d'un arbitre par le juge d'appui, *in* Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer, Paris 2015, p. 711-725 ; SOPHIE THORENS-ALADJEM, Le juge d'appui en matière d'arbitrage interne et international, ASA 35 (2017) p. 530-550.

## Art. 185a

*Le Commentaire du nouvel art. 185a figure dans l'article sur L'attractivité du toilettage du chapitre 12 de la LDIP paru dans la Revue suisse de droit international et européen (SRIEL) 31 (2021) p. 241-281 (273-277).*

### Bibliographie

LORENZ RAESS, Court Assistance in the Taking of Evidence : Switzerland's Way Forward, SRIEL 30 (2020) p. 27-43. Par ailleurs, cf. les références sous art. 183-185. Cf., en outre, les références sous les art. 183 et 184.

## Art. 186

### Bibliographie

#### LDIP :

STEFAN LEIMGRUBER, Die negative Feststellungsklage vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, Zurich 2014 ; CHRISTIAN OETIKER/CLAUDIA WALZ, Non-Compliance with Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Switzerland, ASA 35 (2017) p. 872-887 ; CHARLES PONCET, La perception suisse de la Kompetenz-Kompetenz, Cahiers 2013 p. 27-35 ; IDEM, The Arbitrator was Late by one day and his jurisdiction expired, EIAR 3 (2014) p. 29-35 ; MLADEN STOJILJKOVIĆ, Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit, Zurich 2014.

#### Droit international privé étranger et comparé :

EMIL BRENGESJO, The Pursuit of Solutions to *Lis Alibi Pendens* in International Commercial Arbitration, Int.ALR 17 (2014) p. 43-57 ; CLAIRE DEBOURG, Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international, Paris 2012 ; EMMANUEL GAILLARD, Actualité de l'effet négatif de la compétence-compétence, *in* Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges Bertrand Ancel, Paris 2018, p. 679-707 ; RICHARD GARNETT, Coexisting and Conflicting Jurisdiction and Arbitration Clauses, JPIL 9 (2013) p. 361-386 ; KAJ HOBÉR, Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration, RCADI 366 (2013) p. 99-406 ; BORIS KASOLOWSKY, *Dallah v. Pakistan*, Umfang und Grenzen der Kompetenz-Kompetenz von Schiedsgerichten, IPRax 32 (2012) p. 179-183 ; RICHARD KREINDLER, Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements, RCADI 361 (2012) p. 131-482 ; PIERRE MAYER, Conflicting Decisions in International Commercial Arbitration, YPIL 14 (2012/13) p. 37-50 ; JOACHIM MÜNCH, Die Kompetenz-Kompetenz im Schiedsgerichtsverfahren, Regierungsmodelle im Rechtsvergleich, ZZPInt 19 (2014) p. 387-426 ; JULIA CHRISTINE POHL, Doppelte Rechtshängigkeit im schiedsgerichtlichen Verfahren, Frankfurt a.M. 2015 ; FRIEDERIKE STUMPE, Parallele Verfahren in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit und bei Investitionsschutzstreitigkeiten, Hamburg 2015 ; GRETTE L. WALTERS, Fitting a Square Peg into a Round Hole : Do Res Judicata Challenges in International Arbitration Constitute Jurisdictional or Admissibility Problems, JIA 29 (2012) p. 651-680.

### Jurisprudence récente

ATF 7.6.2021, 4A\_564/2020, c. 6 (*Le tribunal arbitral statue d'office sur sa compétence. – c. 6.2. L'art. 186 al. 2 implique que celui qui entre en matière sans réserve sur le fond dans une procédure arbitrale contradictoire portant sur une cause arbitrale reconnaît, par cet acte concluant, la compétence du tribunal arbitral et perd définitivement le droit d'exciper de l'incompétence dudit tribunal arbitral. – c. 6.3.1. Cependant, l'on ne peut inférer du silence d'une partie sur une question de compétence, au stade des mesures provisionnelles, une éventuelle admission tacite de sa part de la compétence du TAS. – c. 6.3.2.*)

ATF 23.2.2021, 4A\_187/2020 (*L'art. 186 al. 3 exprime une règle selon laquelle le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente, mais celle-ci ne présente aucun caractère impératif et absolu, sa violation étant d'ailleurs dépourvue de sanction. Le tribunal arbitral y dérogera s'il estime que l'exception d'incompétence est trop liée aux faits de la cause pour être jugée séparément du fond. – c. 4.2. Lorsqu'il refuse de réexaminer une exception d'incompétence déjà écartée, le tribunal arbitral rend une nouvelle décision sur compétence ayant pour but de confirmer la sentence préliminaire sur compétence déjà rendue. – c. 5.2.2.)*)

ATF 17.9.2020, 4A\_618/2019, c. 4.4 (*Lorsque le défendeur fait défaut, le tribunal arbitral doit contrôler sa compétence d'office, auquel cas rien ne lui interdit de recueillir des informations supplémentaires et de mener ses propres investigations en vue d'élucider cette question.*)

ATF 143 III 578 ss, 585-587 (*Le tribunal arbitral devant lequel le défendeur procède au fond sans faire de réserve est compétent de ce seul fait. L'exception d'inarbitrabilité obéit à la même règle que l'exception d'incompétence ; partant, elle doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond sous peine de forclusion. Cependant, l'entrée en matière sur le fond de la partie défenderesse ne devrait pas empêcher un tribunal arbitral d'examiner d'office le défaut d'arbitrabilité du litige – question laissée ouverte, et tranchée depuis dans le sens de la nullité absolue par l'ATF 20.11.2017, 4A\_407/2017, c. 2.2.2.1, arbitrage CPC.*)

ATF 143 III 462 ss, 465 s. (*L'exigence de l'art. 186 al. 2 est fondée sur le principe de la bonne foi ; le tribunal arbitral devant lequel le défendeur procède au fond sans faire de réserve est compétent de ce seul fait. L'art. 186 al. 3 exprime une règle, dépourvue de caractère impératif et absolu et de sanction.*)

ATF 1.2.2016, 4A\_428/2015, c. 3.2 (*La partie qui présente sa demande devant un tribunal arbitral en accepte la compétence et ne peut contester celle-ci par le biais d'un recours contre la sentence.*)

ATF 10.12.2015, 4A\_392/2015, c. 3.2.1 (*Celui qui entre en matière sans réserve sur le fond dans une procédure arbitrale contradictoire portant sur une cause arbitrale reconnaît, par acte concluant, la compétence du tribunal arbitral et perd définitivement le droit d'exciper de l'incompétence dudit tribunal. Toutefois, le défendeur peut se déterminer à titre éventuel sur le fond, pour le cas où l'exception d'incompétence ne serait pas admise.*)

ATF 3.6.2015, 4A\_676/2014, c. 3.2.3.1 (*Le tribunal arbitral examine sa compétence d'office, à la lumière des informations dont il dispose, lorsque le défendeur fait défaut.*)

ATF 21.5.2015, 4A\_634/2014, c. 3 (*Celui qui entre en matière sans réserve sur le fond dans une procédure arbitrale reconnaît, par cet acte concluant, la compétence du tribunal arbitral et perd définitivement le droit d'exciper de l'incompétence dudit tribunal.*)

ATF 19.6.2014, 4A\_597/2013, c. 2.2 (*L'exception d'incompétence qui n'a jamais été soulevée devant le tribunal arbitral est périmée.*)

ATF 140 III 278 ss, 282 (*L'art. 186 al. 1<sup>bis</sup> a trait à la litispendance et non à l'autorité de la chose jugée.*)

ATF 20.6.2013, 4A\_682/2012, c. 4.4.2, Egyptian Football Association (*Lorsque le défendeur fait défaut, le tribunal arbitral doit contrôler sa compétence d'office.*)

ATF 11.12.2012, 4A\_414/2012, c. 1.2 et 2 (*La capacité d'être partie est une question de compétence razione personae. S'agissant d'une condition de recevabilité, elle peut encore se réaliser lors de la sentence au fond ou avec effet rétroactif dans le cas d'une société ayant obtenu sa réinscription dans le registre des sociétés.*)

ATF 13.2.2012, 4A\_428/2011, c. 5.2 (*Le TAS ayant jugé que les trois conditions cumulatives de l'al. 1<sup>bis</sup> n'étaient pas remplies, le recours qui n'entreprend pas la critique de chacun de ces trois raisonnements est irrecevable.*)

**Art. 187**

**9**

In fine, biffer Heini

**11**

In fine, biffer Heini

**17**

In fine, lire Karrer, ZK-IPRG, art. 187 n° 205

**24**

In fine, ajouter : Pour les auteurs inspirés principalement par le respect de l'unification établie dans le droit de l'Union, celui-ci l'emporte (cf. Mankowski, RIW 2018 p. 1-19 ; Gössling, p. 60-115 ; Yüksel, JPIL 2011 p. 160-173 ; Czernich, Wirtschaftsrechtliche Blätter 2013 p. 557 s.). Pour ceux attachés à l'autonomie de l'arbitrage, l'avis opposé l'emporte (cf. Hausmann, Festschrift von Hoffmann, p. 977-979 ; Rüssmann/Spohnheimer, p. 486-495 ; Babić, JPIL 2017 p. 71-90). On dit également que dans l'hypothèse de leur applicabilité, ces Règlements seraient largement privés d'effets en matière arbitrale (cf. Grimm, SchiedsVZ 2012 p. 191-200).

**6. Les successions**

**25a n**

En vertu de l'art. 178 al. 4, les arbitrages fondés sur une clause arbitrale dans un acte juridique unilatéral, telle une disposition de dernière volonté, sont soumis aux dispositions du chapitre 12, ce qui comprend l'art. 187 sur la loi applicable. Normalement, cette loi est celle qui a servi de référence au disposant. Ce fondement peut reposer sur un véritable choix, mais même à défaut d'une telle expression de la volonté, on peut souvent reconnaître dans les dispositions testamentaires le simple reflet du droit considéré par leur auteur comme le droit applicable en raison de ses liens étroits avec la future succession. En pareil cas, le tribunal arbitral s'en remettra en règle générale au droit ainsi mis en évidence. A défaut, il y aura lieu de rechercher le droit applicable fondé sur « les liens les plus étroits » de façon autonome, avec cependant une forte probabilité que ce droit soit le même que celui dont on peut penser que le disposant l'avait à l'esprit lors de la rédaction de ces dernières volontés.

**25b n**

En règle générale, lorsque des dispositions de dernière volonté contiennent une clause arbitrale, elles stipulent également quel devait être le droit applicable. L'hypothèse principale qui a attiré l'attention lors de l'extension de l'arbitrage en matière de succession est la réserve héréditaire. Conformément à l'art. 187 al. 1, le disposant peut soumettre les héritiers qui seraient réservataires d'après la loi applicable à défaut d'un engagement à l'arbitrage, non seulement à un autre droit, mais encore aux « règles de droit » qu'il aurait choisies. Ces règles doivent être consacrées dans une législation ou, plus généralement, dans un droit positif, sans égard aux liens avec le cas particulier. En revanche, il ne suffit pas de définir de telles règles simplement dans l'acte de dernière volonté lui-même et de déclarer que le disposant les aurait « choisi » ; car dans un tel cas, de telles solutions façonnées en l'espèce devraient encore correspondre à une source de droit positif et de faire l'objet d'un choix. Le testament contiendra ainsi, au mieux, un renvoi à une loi étrangère ne connaissant pas de réserve héréditaire, auquel cas les attributions de dernière volonté peuvent être faites librement. L'ordre public suisse ne protège pas les réserves dans le cadre général (ATF 102 II 136 ss) ; il le fait donc encore moins en cas d'arbitrage. Lors de la réforme de 2020, l'impact de l'analogie avec l'art. 187 par rapport aux clauses arbitrales unilatérales (art. 178 al. 4) n'a pas été examiné avec l'attention requise (cf. art. 178).

**26**

1<sup>re</sup> ligne, biffer les mots « et le font plus en plus ».

**29**

5<sup>e</sup> ligne, biffer « récente ».

In fine, ajouter : Cette jurisprudence n'est pas rappelée dans un arrêt plus récent, notant, bien au contraire, qu'en vertu de l'art. 381 al. 1 lit. e CPC (disposition parallèle à l'art. 187 al. 1 LDIP), les parties « peuvent opter pour des règles non étatiques, comme celles qu'édictent les associations sportives, dans certaines limites il est vrai » (ATF 29.6.2017, 4A\_600/2016, c. 3.2.1, Platini). La confusion n'a pas été remarquée. Le premier arrêt n'aurait pas permis l'observation citée du second. De plus, celui-ci a mal saisi la notion de « règles non étatiques », étant donné qu'en l'espèce, les parties avaient choisi divers règlements de la FIFA en réservant l'application supplétive du droit suisse, l'action en annulation étant par ailleurs fondée sur l'art. 75 CCS. Le litige relevait donc du droit suisse de l'association et n'avait aucun lien avec une quelconque source non étatique de droit au sens de l'art. 381 CPC (ou de l'art. 187 LDIP).

**30**

3<sup>e</sup> ligne, insérer après « 2004 » : et encore en 2010 (RDU 2011 p. 771).

**31**

L'ascension du droit transnational au 20<sup>e</sup> siècle s'est muée en déclin de nos jours. Une étude empirique relève en effet un « désintérêt pratique complet des opérateurs du commerce international pour le droit a-national » (Cuniberti, Clunet 2016 p. 771 ; Mankowski, RDU 2017 p. 369-394). La pratique suisse fournit la même impression (cf. Dasser/Wójtowicz, ASA 2021 p. 39).

**35**

In fine, ajouter : Toutefois, de telles clauses de « gel » du droit de l'Etat et de l'exercice de sa souveraineté législative ont été remplacées dans la pratique récente par des régimes prévoyant que des mesures unilatérales de l'Etat entraînent soit un ajustement automatique du contrat, soit une obligation d'entamer des négociations. Des clauses d'allocation de risques, fréquentes dans l'industrie pétrolière, déterminent jusqu'à quel degré l'investisseur doit supporter de nouvelles mesures contraignantes (notamment sous forme de taxes), tandis que des atteintes à l'équilibre contractuel allant au-delà d'un certain seuil doivent être supportées par la société étatique partie au contrat sous la forme d'une indemnisation de l'investisseur. L'Etat préserve ainsi son autonomie dans l'exercice des pouvoirs découlant de sa souveraineté, sans négliger la protection de

l'investisseur.

### 53

In fine, ajouter : Et s'est ensuite au tribunal arbitral de juger si l'objectif qui soutient les règles de police d'un Etat concerné par le litige est judicieux au point de s'imposer à la résolution du litige compte tenu les circonstances du cas particulier. En particulier, l'arbitrage ne doit pas servir à s'extraire de règles contraignantes dont un Etat peut légitimement exiger le respect, à supposer qu'il soit démontré qu'il s'efforce d'en assurer la mise en œuvre.

### 53a n

Le jugement arbitral sur la pertinence de dispositions d'ordre public étatique se détache du droit national dans la mesure où il prend comme vecteur les valeurs et les principes de l'ordre international que l'on ne peut méconnaître dans un contexte international. C'est en ce sens que l'art. 19 ne peut aller plus loin que de servir de repère pour la structure du raisonnement, à titre d'analogie, étant donné que la « conception suisse du droit » ne peut s'imposer comme un correctif de l'art. 187. L'ordre public de l'arbitrage international tire sa force du droit international. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a estimé qu'une sentence n'ayant pas respecté l'exigence souveraine d'une autorisation de l'Etat hôte d'un investissement, préalable à l'exploitation des ressources naturelles situées sur son territoire, devait être annulée pour avoir méconnu la maîtrise de l'Etat sur ses ressources naturelles telle que reconnue en droit international (arrêt MK Group du 16.1.2018, Clunet 2018 p. 883).

### 53b n

Entre l'ordre public du tribunal arbitral et celui de la juridiction d'annulation ou d'exécution, il peut exister une marge, plus ou moins grande selon les pays. Elle est grande en Suisse, en raison du contrôle quasi inexistant que le Tribunal fédéral exerce au regard de l'art. 190 al. 2 lit. e. C'est dès lors un mot vide de substance de proclamer que l'arbitre suisse aurait pour obligation de rendre une sentence compatible avec ce motif d'annulation (comme le déclare Stacher, ZZZ 2017/2018 p. 308-310). La marge est étroite, par exemple, eu égard à la récente jurisprudence de la Cour d'appel de Paris (dans l'arrêt cité), qui vient de passer d'un contrôle minimaliste, réservé aux violations « flagrantes » de l'ordre public, à la vérification, en fait et en droit, de l'ensemble de l'ordre public international dont les juridictions françaises ne sauraient souffrir la méconnaissance même dans un contexte international. La pratique arbitrale suisse doit s'y montrer sensible dès lors que les sentences suisses doivent, le cas échéant, passer le filtre de l'ordre public d'exécution à l'étranger. Cependant, l'approche doit être directe, guidée par la juste place aménagée par le tribunal arbitral à l'ordre public international, au lieu d'être encadrée uniquement par les effets reflexes résultant de la pratique de l'autorité d'annulation ou d'exécution.

### 55

10<sup>e</sup> ligne, insérer : Dans un arrêt de 2012, le Tribunal fédéral écarte la première hypothèse, semble-t-il pour préférer la seconde, mais cela « sans pousser plus avant l'analyse à cet égard » (ATF 2.5.2012, 4A\_14/2012, c. 3.2.2, non reproduit dans l'ATF 138 III 270 ss), puis, plus récemment, il constate qu'il ne s'agirait pas d'une question de compétence (ATF 8.3.2017, 4A\_40/2017, c. 3), mais d'une irrégularité relevant tout au plus de l'art. 190 al. 2 lit. e (ATF 9.8.2018, 4A\_525/2017, c. 3.3.1).

### 56

In fine, ajouter : Sykora, p. 42-46.

### 57

In fine, ajouter : Sykora, p. 81-84.

## Bibliographie

### LDIP :

SÉBASTIEN BESSON, Les limites au choix du droit applicable à l'arbitrage et au fond en matière interne, RJN 2014 p. 15-41 ; SANDRA DE VITO BIERI/PENELOPE NÜNLIST, The application of EU law by arbitral tribunals seated in Switzerland, ASA 35 (2017) p. 55-66; ELLIOTT GEISINGER *et al.*, Les conséquences des sanctions économiques sur les obligations contractuelles et sur l'arbitrage commercial international, RDAI 2012 p. 405-437 ; DANIEL GIRSBERGER, Foreign Mandatory Norms in Swiss Arbitration Proceedings : An Approach Worth Copying ?, *in* The Powers and Duties of an Arbitrator, Liber amicorum Pierre A. Karrer, Alphen aan den Rijn 2017, p. 113-121 ; ANTON SCHNYDER, Vertragsstatut und Eingriffsnormen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, *in* Tradition und Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher, Berne 2009, p. 683-698 ; MARCO STACHER, Eingriffsnormen und Schiedsgerichtsbarkeit, ZZZ 12/13 (2017/2018) p. 301-332.

### Droit international privé étranger et comparé :

Droit applicable en général : DAVOR BABIĆ, Rome I Regulation: binding authority for arbitral tribunals in the European Union ?, JPIL 13 (2017) p. 71-90 ; GUIDITTA CORDERO-MOSS, Limitations on Party Autonomy in International Commercial Arbitration, RCADI 372 (2014) p. 129-326 ; DIETMAR CZERNICH, Die Bestimmung des anwendbaren Rechts im Schiedsverfahren: Rom I-VO vs nationales

Sonderkollisionsrecht, *Wirtschaftsrechtliche Blätter* 27 (2013) p. 554-561 ; IDEM, Die Rom I-VO als Grundlage für die Anwendung von Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte, *RIW* 62 (2016) p. 701-707 ; IDEM, Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in der Schiedsgerichtsbarkeit, in *Festschrift für Anton K. Schnyder*, Zurich 2018, p. 63-77 ; RANA CHAABAN (éd.), *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, Colloque 2011, Le Mans 2012 ; FRANCO FERRARI/STEFAN KRÖLL (éd.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Munich 2011 ; FARSHAD GHODOOSI, *International Dispute Resolution and the Public Policy Exception*, Londres 2017 ; ALEXANDER GRIMM, *Applicability of the Rome I and II Regulations to International Arbitration*, *SchiedsVZ* 10 (2012) p. 189-200 ; ULRICH HAAS, *The Influence of EU Law on International Arbitration, in particular in Switzerland*, in *New Developments in International Commercial Arbitration 2012*, Zurich 2012, p. 47-78 ; RAINER HAUSMANN, *Anwendbares Recht vor deutschen und italienischen Schiedsgerichten – Bindung an die Rom I-Verordnung oder Sonderkollisionsrecht ?*, in *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren*, *Festschrift für Bernd von Hoffmann*, Bielefeld 2011, p. 971-986 ; BENJAMIN HAYWARD, *Conflict of Laws and Arbitral Discretion, The Closest Connection Test*, Oxford 2017 ; ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application of the CISG in the World of International Commercial Application*, *RabelsZ* 77 (2013) p. 131-157 ; XANDRA KRAMER, *EU Overriding Mandatory Law and the Applicable Law on the Substance in International Commercial Arbitration*, *EIAR* 8 (2019) p. 57-83 ; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *La qualification en arbitrage commercial international*, *Travaux* 2010-2012 p. 299-322 ; SEBASTIAN KNETSCH, *Das UN-Kaufrecht in der Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt a.M. 2011 ; LAURENT LÉVY/FABRICE ROBERT-TISSOT, *L'interprétation arbitrale*, *Rev.arb.* 2013 p. 861-952 ; ERIC LOQUIN/SÉBASTIEN MANCIAUX (éd.), *L'ordre public et l'arbitrage*, Paris 2014 ; PETER MANKOWSKI, *Rom I-VO und Schiedsverfahren*, *RIW* 57 (2011) p. 30-44 ; IDEM, *Schiedsgerichte und die Verordnungen des europäischen Internationalen Privatrechts und Verfahrensrechts*, in *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren*, *Festschrift für Bernd von Hoffmann*, Bielefeld 2011, p. 1012-1028 ; IDEM, *Schiedsgerichte und die Rom I-VO*, *RIW* 64 (2018) p. 1-19 ; PIERRE MAYER, *L'arbitre international et la hiérarchie des normes*, *Rev.arb.* 2011 p. 361-384 ; MARY-ROSE MCGUIRE, *Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahrensrecht ?*, Über das Verhältnis zwischen der Rom-I-VO und § 1051 ZPO, *SchiedsVZ* 9 (2011) p. 257-267 ; KARL PÖRNBACHER/SEBASTIAN BAUR, *Rechtswahl und ihre Grenzen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, in *Ars Aequi et Boni in Mundo*, *Festschrift für Rolf A. Schütze*, Munich 2015, p. 431-447 ; HELMUT RÜSSMANN/FRANK SPOHNHEIMER, *Zum Geltungsanspruch europäischer Verordnungen auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts*, in *Europäische Integration und Globalisierung*, Baden-Baden 2011, p. 477-495 ; KLAUS SACHS/TILMAN NIEDERMAIER, *Overriding Mandatory Provisions Before Arbitral Tribunals - Some Observations*, in *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren*, *Festschrift für Bernd von Hoffmann*, Bielefeld 2011, p. 1051-1065 ; SVEN SCHILF, *Römische IPR-Verordnungen - kein Korsett für internationale Schiedsgerichte*, *RIW* 59 (2013) p. 678-692 ; BURCU YÜKSEL, *The Relevance of the Rome I Regulation to International Commercial Arbitration in the European Union*, *JPIIL* 7 (2011) p. 149-178.

*Droit transnational et lex mercatoria* : WALED BEN HAMIDA, *Les principes d'Unidroit et l'arbitrage transnational : L'expansion des principes d'Unidroit aux arbitrages opposant des Etats ou des organisations internationales à des personnes privées*, *Clunet* 139 (2012) p. 1213-1242 ; KLAUS PETER BERGER, *Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, in *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren*, *Festschrift für Bernd von Hoffmann*, Bielefeld 2011, p. 914-927 ; GILLES CUNIBERTI, *La lex mercatoria au XXI<sup>e</sup> siècle*, *Clunet* 143 (2016) p. 765-780 ; FLORIAN GRISEL, *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique*, *Clermont-Ferrand* 2011 ; ERIC LOQUIN, *Retour sur les sources premières de la lex mercatoria : les usages du commerce international*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, Paris 2013, p. 215-234 ; PETER MANKOWSKI, *Article 3 of the Hague Principles: The final breakthrough for the choice of non-State Law*, *RDU* 22 (2017) p. 369-394 ; JAN PAULSSON, *Arbitration in Three Dimensions*, *ICLQ* 60 (2011) p. 291-323 ; MAUD PIERS/JOHAN ERAUW, *Application of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts in Arbitration*, *JPIIL* 8 (2012) p. 441-472 ; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, *Non-National Rules and Conflict of Laws : Reflections in Light of the Unidroit and Hague Principles*, *RDIPP* 48 (2012) p. 841-864 ; MORITZ RENNER, *Zwingendes transnationales Recht*, Baden-Baden 2011 ; THOMAS SCHULTZ, *Transnational Legality, Stateless Law and International Arbitration*, Oxford 2014 ; ORSOLYA TOTH, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, Oxford 2017 ; UNIDROIT (éd.), *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international 2010*, Rome 2010.

*Contrats d'Etat* : MATHIAS AUDIT (éd.), *Contrats publics et arbitrage international*, Bruxelles 2011 ; JEAN-MICHEL JACQUET, *Des contrats d'Etat aux contrats d'investissement: continuité et discontinuité*, *Clunet* 147 (2020) p. 1-39 ; ANTON V.M. STRUYCKEN, *Arbitration and State Contracts*, *RCADI* 374 (2015) p. 9-52 ; ANTON V.M. STRUYCKEN, *L'annulation des sentences Yukos par le juge néerlandais, Quelques observations*, in *Europa als Rechts- und Lebensraum, Liber amicorum für Christian Kohler*, Bielefeld 2018, p. 489-502.

*Aspects particuliers* : BERNHARD BERGER/ELLEN MOLTZAHN, *Interest in International Arbitration – An Overview*, *RDAL* 2014 p. 361-371 ; CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, *Set-Off Defences in International Commercial Arbitration, A Comparative Analysis*, Oxford 2011 ; MATHIEU GRANGES, *Les intérêts moratoires en arbitrage international*, Genève 2014 ; DANIEL HUSER, *The Appropriate Prescription Regime for International Sales Contracts in International Commercial Arbitration*, Bâle 2014 ; IDEM, *Determining the Relevant Limitation Period for International Sales Contracts Before International Arbitral Tribunals*, *ASA* 33 (2015) p. 825-848 ; YASMINE LAHLOU/MARINA MATOUSEKOVA, *Le rôle de l'arbitre dans la lutte contre la corruption*, *RDAL* 2012 p. 621-648 ; PENELOPE NEVILL, *Awards of Interest by International Courts and Tribunals*, *BYIL* 78 (2007) p. 255-341 ; MATTHEW SECOMB, *Interest in International Arbitration*, Thèse Fribourg 2018 ; ROGER TAFOTIE, *Les clauses dites de stabilisation dans les contrats d'investissement international : requiem pour une pratique incohérente et inefficace*, *RDIDC* 91 (2014) p. 429-482 ; HERFRIED WÖSS (éd.), *Damages in International Arbitration under Complex Long-Term Contracts*, Oxford 2014.

*Arbitrage en équité* : JACQUES BÉGUIN, *L'étonnante liberté de l'arbitre amiable compositeur*, in *De code en code, Mélanges Georges Wiederkehr*, Paris 2009, p. 1-16 ; GÖTZ SCHULZE, *Billigkeitsentscheidungen im internationalen Schiedsrecht auf der Grundlage von § 1051 Abs. 3 ZPO*, in *Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanasios Kaissis*, Munich 2012, p. 875-886 ; DANIEL SYKORA, *Der schiedsgerichtliche Billigkeitsentscheid*, Zurich 2011.

Art. 188

Bibliographie

LDIP :

NIKLAUS J. ZAUGG, *Verfahrensgliederung in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Wirkungsweise von Teil- und Zwischenschiedssprüchen unter dem 12. Kapitel IPRG*, Zurich 2014.

*Droit international privé étranger et comparé*

## Art. 189

4

8<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'arrêt *Provenda SA* : ATF 14.12.2012, 4A\_198/2012, c. 2.2.

6

5<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 5.1.2016, 4A\_319/2015, c. 4.2.2 ; ATF 27.6.2016, 4A\_322/2015, c. 2.2.1.

**6a n**

Dans la mesure où le Tribunal fédéral attache de plus en plus d'importance aux observations fournies par le tribunal arbitral à l'occasion d'un recours dirigé contre la sentence (cf. art. 191 n° 27-29, 31a), il se développe un système autorisant la motivation *a posteriori* des sentences qui n'a pas été envisagé par le législateur.

### Bibliographie

LDIP :

CHRISTIAN KUNZ, *Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration Proceedings in Switzerland*, in *Selected Papers on International Arbitration*, vol. 3, Berne 2013, p. 1-39.

*Droit international privé étranger et comparé* :

GEORGES DECOCQ, *Les sentences déclaratoires*, Cahiers 2012 p. 821-864 ; PIERRE A. KARRER, *Premature Death of an Arbitration – Burial Techniques*, in *Private Law, national, global, comparative*, Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Berne 2011, p. 911-924 ; GIACOMO MARCHISIO, *The Notion of Award in International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn 2017 ; HANS-PATRICK SCHRODER/TANJA V. PFITZNER, *Recent trends regarding dissenting opinions in international commercial arbitration*, YIA II (2011) p. 133-149 ; FELIX SCHMIDT, *Die Typologie von Schiedssprüchen*, Köln 2012 ; FRANK SPOHNHEIMER, *Überlegungen zur Dogmatik des schiedsgerichtlichen Vergleichs und des Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut*, in *Recht ohne Grenzen*, Festschrift für Athanassios Kaissis, Munich 2012, p. 933-950.

## Art. 189a

*Cette nouvelle disposition réglant dorénavant la question de la rectification, de l'interprétation et du complément des sentences, la partie y relative sous l'art. 191 (n° 71-77) y est transférée et complétée en conséquence, en conservant cependant pour l'instant l'ancienne numérotation.*

73

Au début : Dans le silence de la loi, le Tribunal fédéral s'était appuyé sur la doctrine pour permettre au tribunal arbitral ...

8<sup>e</sup> ligne, dire : Il a ainsi été reconnu ....

15<sup>e</sup> ligne et ss : Biffer.

**73a n**

Lors de la réforme de 2020, cette jurisprudence a été codifiée. Selon l'art. 189a al. 1, la *rectification* tend à corriger « toute erreur de calcul ou erreur rédactionnelle entachant la sentence ». Il s'agit donc d'ajustements mineurs qui sont loin d'affecter le sens et le fond de la sentence. Dans ces limites, même une correction du dispositif est possible. Le tribunal arbitral peut également être sollicité pour « *interpréter* certains passages de la sentence ». Normalement, rendre la sentence plus claire ou intelligible vise la motivation. Sans être exclue, l'interprétation ne porte que très exceptionnellement sur le dispositif. On ne suivra pas le Message pour lequel l'interprétation ne consisterait qu'à lever des imprécisions dans le dispositif d'une sentence (FF 2018 p. 7188).

**73b n**

Au début, dire : Une *sentence additionnelle* peut être sollicitée relativement à « des prétentions exposées au cours de la procédure arbitrale, mais omises dans la sentence ». Contrairement à la rectification ou à l'interprétation, un véritable complément à la sentence est ainsi demandé. Il y a lieu de comprendre l'expression « *prétentions exposées* » largement, couvrant les moyens de défense qui ont été présentés mais non pris en considération par le tribunal arbitral. Dans un grand nombre de cas, celui-ci répondra cependant que la prétention invoquée ou la défense articulée ont bel et bien été prises en compte, mais de manière implicite, ce d'autant que la jurisprudence n'exige pas des arbitres de formuler une motivation tant soit peu exhaustive de leur sentence.

**73c n**

L'initiative appartient à toute partie et au tribunal arbitral, agissant tous dans le même délai de 30 jours suivant la communication de la sentence. Est réservée une « convention contraire ». Compte tenu de l'emplacement de cette exception au début de l'alinéa 1, elle ne peut porter que sur une requête qu'une partie voudrait faire valoir, sans pouvoir empêcher le tribunal arbitral de procéder de son propre chef, contrairement à l'avis opposé du Message (FF 2018 p. 7188).

**74**

Au début, biffer la première phrase et commencer la deuxième par : Pour la jurisprudence, la sentence rectificative et la sentence additionnelle constituent une partie intégrante de la sentence initiale ...

4<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 3.6.2013, 4A\_466/2012, c. 3.2 ; ATF 11.4.2016, 4A\_426/2015, c. 1.2 (arbitrage CPC).

5<sup>e</sup> ligne, insérer : La rédaction du nouvel art. 189a n'entend pas s'en écarter, même si un doute peut naître en regard de la notion de sentence « additionnelle ». Comme le texte allemand le dit plus clairement, celle-ci n'est pas une décision autonome, car elle porte sur le « ergänzten Teil des Entscheids » (al. 2). Il s'agit, en langue italienne, du « lodo completata ».

**75**

Au début (4 premières lignes) dire : Sur certains points de procédure, des signes d'indépendance apparaissent. Les délais de recours relatifs à la sentence initiale ne sont pas suspendus (art. 189a al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase). Par rapport à la partie rectifiée, interprétée ou complétée, un nouveau délai de recours commence à courir à compter de leur communication (art. 189a al. 2, 2<sup>e</sup> phrase). Cela correspond à la jurisprudence rendue jusqu'alors (cf. ATF 131 III 168 s. ; 137 III 87 ; ATF 26.7.2012, 4A\_318/2012 ; pour le cas d'une révision, cf. ATF cités du 3.6.2013, c. 5.2.2, et du 11.4.2016, c. 1.2).

In fine, ajouter : La décision rectificative ne prive pas le recours contre la sentence de ses effets si la rectification touche un point de la sentence non visé par le recours (ATF 25.10.2019, 5A\_441/2019, c. 1, hors arbitrage).

**76**

12<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 17.4.2013, 4A\_669/2012, c. 4. En revanche, il y a été renoncé dans un autre arrêt, le recours contre la sentence rectificative ayant été jugé sans intérêt pour le recourant et dès lors irrecevable (ATF cité du 11.4.2016, c. 1.2.2, 4).

**77**

In fine ajouter à l'ATF cité : ATF 143 III 420 ss, puis insérer : Il n'est pas certain qu'elle puisse être formulée par l'autorité saisie de l'affaire suite au recours (cf. ATF 5.5.2009, 4G\_1/2009, c. 1.1).

## **Art. 190**

**1**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter : cf. ATF 130 III 755 ss, 762 ; ATF 28.1.2016, 4A\_222/2015, c. 3.2 ; ATF 2.2.2018, 4A\_490/2017, c. 2.5 ; ATF 18.6.2021, 4A\_612/2020, c. 5, rappelant la règle de l'épuisement des instances.

**1a n**

On notera que dans des cas exceptionnels, l'emploi du mot « définitive » au lieu d'« autorité de la chose jugée », qui est l'attribut d'un jugement, a du sens. Ainsi, dans l'affaire Semenya, l'athlète avait déposé une requête d'arbitrage devant le TAS en vue de contester la validité d'un règlement lui imposant une médication abaissant son taux de testostérone et des contrôles de virilisation afin de la rendre éligible pour des compétitions d'athlétisme réservées aux femmes. La requête fut rejetée par la formation du TAS, mais celle-ci n'a pas pour autant validé le règlement litigieux, « mais a, au contraire, expressément réservé la possibilité d'effectuer, cas échéant, un nouvel examen sous l'angle de la proportionnalité lors de l'application de cette réglementation dans un cas particulier » (ATF 147 III 49 ss, 64). La sentence a donc statué sur la validité du règlement par rapport au cas particulier de l'athlète requérante, sans se prononcer sur un rapport de droit dont l'athlète et la fédération internationale (l'IAAF) seraient parties. On peut même douter du caractère définitif de la sentence, étant donné qu'elle réserve un réexamen au cas où les préoccupations exprimées par la formation quant aux difficultés d'application du règlement, de nature spéculative au moment de la décision, devaient se confirmer à l'avenir et rendre le procédé disproportionné et excessivement difficile à appliquer, même par rapport à l'athlète visée par la sentence (cf. n<sup>o</sup> 9a).

**3**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 20.2.2015, 4A\_609/2014, c. 2.

18<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 12.9.2018, 4A\_238/2018, c. 3.1

22<sup>e</sup> ligne, insérer : ou dans le cas où une copie de courtoisie précède l'envoi de l'original, et ajouter : ATF



13.2.2012, 4A\_428/2011, c. 1.3 ; ATF 18.6.2012, 4A\_636/2011, c. 2 ; ATF 1.10.2012, 4A\_312/2012, c. 2 ; ATF 9.10.2012, 4A\_110/2012, c. 1 ; ATF 28.2.2013, 4A\_576/2012, c. 2 ; ATF 20.4.2017, 4A\_692/2016, c. 4 ; ATF 26.9.2018, 4A\_40/2018, c. 2.2.

**4**

In fine, biffer Kaufmann/Rigozzi, puis ajouter : ATF 3.3.2014, 4A\_304/2013, c. 2.1 ; ATF 8.3.2016, 4A\_510/2015, c. 2 ; ATF 17.2.2017, 4A\_444/2016 ; ATF 29.6.2017, 4A\_600/2016, c. 1.3, Platini; cf. N° 30. Cette notion de communication n'est donc pas la même que celle du CPC, pour lequel l'envoi par le tribunal d'un dispositif écrit aux parties est suffisant, la communication n'étant pas reportée à la remise d'une expédition motivée (cf. ATF 137 III 127 ss, 129 s, rendu en application de l'art. 405 al. 1 et par référence à l'art. 239 al. 1 lit. b CPC, mais sans mentionner les art. 386 et 387 CPC relatifs aux sentences ; de même ATF 142 III 695 ss, 703 s.). En matière arbitrale, l'envoi en deux étapes n'empêche pas le dispositif et la sentence motivée de former une seule sentence (ATF 29.4.2013, 4A\_730/2012, c. 5). Une exception s'applique lorsque seul le dispositif de la sentence a été notifié dans un cas où les parties ont renoncé à la motivation (ATF 22.8.2018, 4A\_298/2018, c. 3). Un autre cas particulier est l'envoi d'une sentence incomplète dont le destinataire connaît cependant le contenu, si bien qu'il lui incombe de réclamer une version pleine sans tarder (cf. ATF 16.10.2019, 4A\_264/2019).

*Ainsi que le rappelle l'ATF 27.3.2015, 5A\_724/2014, c. 2, la jurisprudence citée, se référant à l'art. 239 CPC, ne concerne que les décisions de première instance. Elle n'est pas applicable à la procédure d'appel (ATF 142 III 699, 704).*

**9**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 140 III 520 ss, 523 ; 143 III 462 ss, 464.

15<sup>e</sup> ligne, ajouter in fine : cf. n° 20a.

**9a n**

On peut douter de la nature de « sentence » d'une décision qui ne tranche pas un différend relatif aux droits et obligations respectifs des parties, mais qui se borne à se prononcer sur la validité du support normatif de leur relation. Une sentence peut le cas échéant, comme un jugement, n'avoir qu'un effet déclaratoire, statuant sur l'existence, ou non, d'un rapport de droit, le plus souvent dans l'hypothèse d'une action négatoire de droit. Une telle décision statue sur la relation juridique entre les parties, avec l'autorité de force jugée ou tout au moins d'une manière définitive. Dans l'affaire Semenya, précitée (n° 1a), l'athlète a contesté la validité d'un règlement de la fédération internationale (IAAF) qui lui était applicable (à en croire l'arrêt du Tribunal fédéral, partie B.a, la sentence étant tenue confidentielle, y compris son dispositif). La sentence ne s'est pas prononcée sur la question de l'admission de l'athlète aux compétitions féminines, mais uniquement sur le fait qu'elle était valablement soumise au règlement qui l'en empêchait. Cependant, cela fut fait par une décision refusant le recours de l'athlète devant le TAS, sans que le règlement litigieux fut validé à proprement parler, étant donné que la formation a réservé un nouvel examen à une occasion future qui pourrait inclure le cas échéant le sort de la même athlète (cf. ATF 147 III 64). Il s'agissait donc plutôt d'une décision interne au fonctionnement de l'organisation sportive et non d'une décision portant sur un différend portant sur les droits de l'athlète à l'égard de l'IAAF dans le cas particulier.

*Les éléments de la motivation de la sentence que le Tribunal fédéral a mis en exergue (c. 9.8.3.5) montrent que la formation s'est davantage orientée aux effets normatifs du règlement au lieu de se limiter à l'examen de son application dans le cas particulier dont il était saisi. Ainsi, la formation a reconnu que les effets secondaires liés à l'utilisation de contraceptifs oraux sont significatifs et que la recourante en a subi certains, mais que d'autres athlètes de la même constitution les subiraient de la même façon et que de milliers d'autres femmes les ressentent également. Quant au contrôle du degré de virilisation, la formation reconnaît son caractère très intrusif, mais elle le justifie par le fait que pareils examens puissent avoir des « effets bénéfiques » (c. 9.8.3.5, 10.2) en permettant de révéler des informations médicales susceptibles d'aider les athlètes qui ignorent présenter des différences de développement sexuels (DSD), ce qui n'était manifestement pas le cas de la recourante. Enfin, la formation a estimé que l'impossibilité à maintenir la confidentialité des informations relatives aux athlètes concernées était un effet préjudiciable inévitable du règlement, sans se demander quel effet cela produisait en la personne de la recourante. L'examen de la formation, au demeurant très détaillé, présente davantage le caractère d'une analyse normative « in abstracto » qu'un jugement tranchant un*

*différend opposant une athlète et sa fédération quant à l'admission à des compétitions sportives dans un cas particulier. On regrettera par ailleurs que le dispositif de la sentence, restée confidentielle, ne soit pas reproduit dans l'arrêt du Tribunal fédéral et que l'on n'apprenne rien de l'opinion dissidente de l'arbitre suisse.*

## 11

In fine, compléter le contenu entre parenthèses par : cf. ATF 9.3.2016, 4A\_618/2015, c. 4, avec les arrêts cités, arbitrage CPC, et sur la notion de décision nulle en général, ATF 145 III 436 ss, 438 ; 138 II 501 ss, 503 ; ATF 30.4.2018, 5D\_213/2017, c. 2.2 ; ATF 2.4.2019, 5A\_667/2018, c. 4.2. Puis continuer : Une sentence rendue postérieurement à l'expiration de la mission de l'arbitre n'est pas nulle, mais annulable sur recours (ATF 140 III 75 ss, 83). Pour que l'on puisse constater un cas de nullité absolue, il faut que la sentence porte atteinte à des intérêts publics prépondérants, hypothèse qui comprend celle d'une menace grave pour l'existence économique au sens de l'art. 27 al. 2 CCS (cf. ATF 5.3.2019, 4A\_556/2018, c. 5, écartant le grief de la nullité en l'espèce, sans le traiter d'irrecevable). Il s'agit d'un cas extrême. Sous cette réserve, la sentence qui consacre une prétention dont le fondement est à ce point choquant qu'il entraîne la nullité d'ordre public du rapport juridique invoqué, respectivement de l'inarbitrabilité du litige, n'est pas nulle, mais sujette à l'annulation, même d'office (cf. art. 191 n° 49). Cette solution présente l'avantage de priver la sentence de ses effets, une fois pour tout (ce que sous-estime Stacher, ZZZ 2016 p. 335). On penchera cependant pour la nullité lorsque l'annulation n'a pas été requise et que cela traduit la perpétration d'une fraude déjà présente dans la procédure arbitrale, telle que la corruption ou le blanchiment d'argent.

## 12

9<sup>e</sup> ligne, ajouter, au sujet des frais : cf. ATF 142 III 284 ss, 286 s., arbitrage CPC, s'agissant d'une décision de radiation réglant les frais et dépens suite au choix d'une partie de renoncer à l'arbitrage ; ATF 25.11.2020, 4A\_563/2020, c. 2.1.

11<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF mentionné : ATF 143 III 466 s.

## 12a n

Les particularités de l'arbitrage en matière de sport ont donné lieu à une précision. Il a été constaté, en effet, que la sentence qui met fin à l'instance arbitrale, telle celle devant le TAS, cependant sans clore la procédure en première instance (à laquelle la cause peut être renvoyée par le TAS), est une décision incidente et non une sentence finale (ATF 140 III 523 s.). Une ordonnance de procédure déclarant l'appel irrecevable faute de paiement de l'avance de frais ou pour un vice de forme est traitée comme une sentence au sens de l'art. 190 ; elle peut être le fait du président d'une chambre arbitrale du TAS, voire du secrétaire général (ATF 20.4.2017, 4A\_692/2016, c. 2.3 ; ATF 12.9.2018, 4A\_238/2018, c. 2.2 ; ATF 11.4.2019, 4A\_54/2019, c. 2.1). La même pratique a été suivie dans le cas d'un appelant n'ayant pas désigné son arbitre dans le délai imparti (ATF 4.11.2020, 4A\_416/2020, c. 2.2).

## 15

12<sup>e</sup> ligne : Le Tribunal fédéral parle aussi de décision finale sous la forme d'une sentence partielle (ATF 7.5.2021, 4A\_27/2021, c. 2.1).

## 16

In fine, ajouter : Toutefois, le nouvel alinéa 4 de l'art. 190, consacré au délai de recours, emploie l'expression de la « communication de la sentence », qui doit nécessairement comprendre le recours contre la « décision » selon l'art. 190 al. 3 et toute autre décision mettant un terme à l'arbitrage.

## 16a n

Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a tenté d'apporter un complément à la définition de la sentence partielle que l'on préférerait appeler sentence préjudicielle ou incidente. En effet, la sentence partielle est uniquement celle qui, non seulement statue sur des prétentions indépendamment de celles qui ne le sont pas encore, mais encore en laissant le sort de l'objet litigieux encore en cause de telle manière qu'il puisse être réglé indépendamment des conclusions déjà tranchées. Une *exigence d'indépendance* est ainsi posée entre ce qu'une sentence peut régler pour être qualifiée de partielle et une autre partie du litige, non encore réglée (cf. ATF 24.7.2020, 4A\_300/2020, c. 4.1-4.3, suivant l'arrêt de principe, ATF 146 III 254 ss). Si cette condition n'est pas réunie, la sentence est préjudicielle ou incidente, non susceptible d'un recours. Dans l'arrêt cité, il a été jugé que la résiliation du contrat et le calcul de l'éventuel dommage subi par la recourante étaient intimement liés, au point que la décision sur le premier point ne pouvait faire l'objet d'un recours dirigé contre une sentence ne pouvant aspirer à être qualifiée de partielle. Cette nouvelle jurisprudence reprend donc, sous le vocable de l'indépendance des conclusions respectives, de la sentence partielle et du reliquat du litige à

trancher, les éléments de définition qui avaient autrefois été associés à la notion de sentence partielle « proprement dite » ou « au sens étroit », non sans laisser dans une zone grise des sentences « hybrides » (cf. n° 22).

**17**

In fine, ajouter à l'ATF 128 III 195 : ATF 23.2.2021, 4A\_187/2020, c. 6.3, puis compléter : sous réserve de la position d'un arbitre ayant remplacé l'arbitre unique auteur d'une telle décision (ATF 4.7.2018, 4A\_345/2017, c. 4.3).

**20**

7<sup>e</sup> ligne, ajouter à Besson : et de la critique de Haberbeck, AJP 2015 p. 1421 s., qui ne tient cependant pas compte des dispositions de la LTF.

Lignes 22/23 : biffer la parenthèse

25<sup>e</sup> ligne, insérer dans la parenthèse : et la jurisprudence citée dans deux arrêts du 28.8.2014, ATF 140 III 477 ss et 140 III 525 ; suivis de l'ATF 29.5.2015, 4A\_633/2014, c. 2.4.2, non reproduit dans l'ATF 141 III 229 ss ; ATF 143 III 465 ; ATF 11.12.2018, 4A\_65/2018, c. 2.1 ; ATF 19.12.2018, 4A\_394/2017, c. 2.1, 5.2 ; ATF 28.10.2019, 4A\_413/2019, c. 4 ; ATF 7.2.2020, 4A\_80/2018, c. 2.1).

**20a n**

Le tribunal arbitral qui admet ou rejette une ou plusieurs exceptions d'incompétence sans trancher sur toutes celles soulevées par le défendeur règle, certes, une ou plusieurs questions afférentes à sa compétence, mais il ne rend aucune décision – positive ou négative – sur sa compétence tant que le débat sur celles-ci n'est pas épuisé par des conclusions portant sur tous les moyens invoqués par le défendeur. Faute d'une décision au sens de l'art. 190 al. 2 lit. b, le recours contre un tel premier prononcé sur la compétence est irrecevable (ATF 143 III 462 ss, 467-471 ; ATF 11.12.2018, 4A\_65/2018, c. 3.2.3.3.1, 4.4.2).

**20b n**

Une irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral ne doit pas toujours résulter d'une sentence ou d'une décision incidente. Elle peut être le fait de l'*institution* ayant procédé à la constitution du tribunal, telle que la Cour d'arbitrage de la CCI ou la Chambre arbitrale du TAS. Une telle décision ne s'apparente pas à une ordonnance de procédure, car elle statue définitivement sur la composition du tribunal arbitral. Sans trancher la question, le Tribunal fédéral a estimé que cette décision aurait pu ou même dû lui être déférée (ATF 13.11.2013, 4A\_282/2013, c. 5.3.2, non reproduit dans l'ATF 139 III 511 ss). Dans un arrêt plus récent, cette position a été présentée comme étant du droit certain, étant constaté que, par rapport au TAS, l'acte attaqué « ne doit pas nécessairement émaner de la Formation qui a été désignée pour statuer dans la cause en litige », cet acte pouvant être le fait du président d'une Chambre arbitrale du TAS, voire de son secrétaire général (ATF 28.1.2016, 4A\_222/2015, c. 3.1.1 ; ATF 4.10.2017, 4A\_384/2017, c. 1.2). Le Tribunal fédéral avait cependant noté qu'il y aurait quelque incohérence si l'on ne revenait pas également sur la jurisprudence hostile au recours en annulation contre les décisions de tels organes en cas de récusation (cf. n° 46, 61), sauf si la décision était considérée comme se substituant à la décision du tribunal arbitral non encore constitué (cf. n° 62). Une difficulté se présente cependant du fait que des décisions de ce type sont en général prises unilatéralement par l'institution, sans consultation des parties, et qu'elles présentent dès lors une nature bien différente de celle d'une sentence telle que visée par l'art. 190. Il serait préférable que le tribunal arbitral puisse d'abord être saisi de la question, sa décision ouvrant alors la voie du recours de l'art. 190 al. 3. Le Tribunal fédéral a rappelé par la suite que son arrêt du 13.11.2013 n'avait pas le sens d'un changement de jurisprudence (ATF 27.1.2017, 4A\_546/2016, c. 1.3, arbitrage CPC).

**21**

3<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF 130 III 761 s. : ATF 10.1.2013, 4A\_146/2012, c. 2.1, Israël.

**23**

4<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF mentionné : ATF cité du 28.1.2016, c. 3.1.1, 3.3.2 ; ATF 143 III 461.

In fine, ajouter : La zone d'incertitude qui subsiste est ainsi devenue celle entre les sentences partielles et les sentences préjudicielles qui ne sont pas des décisions incidentes au sens de l'art. 190 al. 3 (cf. n° 16a).

**24**

11<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF cité du 28.1.2016, c. 3.1.1 ; ATF cité du 27.1.2017, c. 1.2.2 ; ATF 143 III 462 ss, 466 ; ATF 6.1.2020, 4A\_287/2019, c. 3.4.

**25**

4<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF mentionné : ATF 143 III 461.

6<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF 136 III 600 : ATF 4.11.2014, 4A\_446/2014, c. 3.1 ; ATF cité du 28.1.2016, c. 3.1.1. Puis insérer : , statuant sur le respect d'un délai (ATF 1.12.2020, 4A\_198/2020, c. 3.1), ou encore celles

portant sur l'administration des preuves (ATF 15.4.2013, 4A\_596/2012, c. 3.3-3.5).

#### **28a n**

L'incertitude demeure. Notant une controverse doctrinale sur la question de savoir si le recours est possible contre une décision de suspendre ou non l'arbitrage prise en application de l'art. 186 al. 1<sup>bis</sup>, le Tribunal fédéral a admis que le recours est recevable « sous cet angle », étant donné que la question de la suspension a été liée par le TAS à celle de sa compétence, de sorte que « la décision qu'il a prise au sujet de la première ne s'apparente en rien à une ordonnance de procédure susceptible d'être modifiée ou rapportée en cours d'instance, contre laquelle il ne serait pas possible de recourir » (ATF 13.2.2012, 4A\_428/2011, c. 5.1). Or, cette conclusion est étonnante à un double titre. En premier lieu, elle ouvre la voie de recours contre une ordonnance de suspension fondée sur l'art. 186 al. 1<sup>bis</sup> sans indiquer lequel des motifs de l'art. 190 al. 3 est disponible. En second lieu, la conclusion ne porte pas sur l'hypothèse correspondant à « l'état actuel de la jurisprudence en la matière » (à savoir l'ATF 130 III 600 et les arrêts cités), étant donné qu'elle tend à la recevabilité du recours contre la décision au sujet de la suspension, hypothèse différente de celle du recours dirigé contre la décision implicite sur la compétence contenue dans une ordonnance relative au sursis à statuer.

*En effet, aucun des ATF cités dans le considérant 5.1 de l'ATF du 13.2.2012 ne correspond à l'hypothèse querellée en l'espèce. L'ATF 130 III 600 prononce qu'une décision de sursis ne peut faire l'objet d'un recours, sauf dans l'hypothèse où le tribunal arbitral a également statué, implicitement, sur sa compétence. L'ATF 29.10.2008, 4A\_210/2008, c. 2.1, explique que si le tribunal arbitral a refusé de suspendre, c'est parce qu'il s'est estimé compétent, rendant de ce fait implicitement une décision incidente sur sa compétence. L'ATF 6.4.2011, 4A\_614/2010, c. 2.1, est sans pertinence, tout d'abord parce que le considérant cité ne fait que rappeler les deux précédents arrêts, et ensuite parce que, dans le cas particulier, le tribunal arbitral n'avait point statué sur sa compétence, même implicitement, celle-ci n'ayant pas été contestée, de sorte que la recourante ne pouvait s'accrocher à un tel contenu implicite et hypothétique pour attaquer une décision refusant un sursis à statuer (cf. c. 2.3). Or, dans l'ATF du 13.2.2012, la configuration était différente, étant donné que la décision attaquée a statué explicitement, à la fois sur la suspension et sur la compétence du TAS, chacune de ces décisions ayant été visées par le recours, alors que seule la seconde aurait dû l'être.*

*Au demeurant, même si la suspension au sens de l'art. 186 al. 1<sup>bis</sup> est normalement ordonnée pour une certaine durée, rien n'empêche le tribunal arbitral de modifier sa décision si les « motifs sérieux » pour la prendre ont disparu. De plus, dès lors que le TAS a également tranché affirmativement la question de sa compétence, la suspension fondée sur l'art. 186 al. 1<sup>bis</sup> a épuisé tous ses effets et n'a pas à être portée devant le Tribunal fédéral. Car ce sursis a pour objet uniquement la procédure conduite jusqu'au moment où le tribunal arbitral « statue sur sa compétence » ; une fois que l'on est arrivé à ce stade, une éventuelle suspension de la procédure au fond suit les règles générales au sens de l'art. 182. Dans le cas jugé par le Tribunal fédéral, le « moyen ayant trait à l'application de l'art. 186 al. 1<sup>bis</sup> » et relatif à la suspension était irrecevable du fait de l'échec du recours dirigé contre la compétence du TAS (c. 4).*

#### **29**

8<sup>e</sup> ligne, le contenu de la parenthèse devient: les ATF cités du 29.10.2008, c. 2.1, et du 4.11.2014, c. 3.3.

In fine, ajouter: tandis qu'en l'absence d'exception d'incompétence, on ne saurait interpréter une ordonnance probatoire comme impliquant une constatation implicite de la compétence du tribunal arbitral (ATF cité du 15.4.2013, c. 3.6). Par ailleurs, est irrecevable le recours contre une décision préjudicielle au fond dont on devrait supposer qu'elle tranche implicitement la question de la compétence si, en fait, le tribunal arbitral n'avait pas voulu y voir une décision préliminaire de compétence ou si le Tribunal fédéral devait supputer les motifs retenus par les arbitres sans les faire figurer dans leur décision (cf. ATF 28.1.2016, 4A\_222/2015, c. 3.3 et 3.4).

#### **31**

8<sup>e</sup> ligne, insérer in fine: Parfois, le Tribunal fédéral estime indispensable de consulter l'instance arbitrale pour savoir si elle a voulu, ou non, s'exprimer implicitement sur sa compétence, sans le dire (cf. ATF cité du 6.1.2020, c. 4.2) ; ce n'est pas satisfaisant.

#### **32**

19<sup>e</sup> ligne, ajouter : cf. Poncet, Cahiers 2012 p. 150-152.

#### **35**

In fine, ajouter à l'ATF 136 III 602-604, jugeant obiter dicta : confirmé in ATF 19.11.2013, 4A\_254/2013, c. 2 ; ATF 1.2.2019, 4A\_151/2018, c. 5.2 ; cf., également en ce sens, BGH 28.3.2012, SchiedsVZ 2012 p. 154.

**36**

6<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'art. 393 lit. f CPC : ATF 31.8.2020, 5A\_213/2020.

11<sup>e</sup> ligne, insérer : Dans son arrêt confirmatif, le Tribunal fédéral met l'accent sur l'absence d'une disposition autorisant le tribunal arbitral à statuer de façon contraignante sur son coût (ATF cité du 19.11.2013, c. 2.2).

**37**

In fine, ajouter : Le fait que cette question ne concernerait que les parties, comme l'observe l'ATF cité du 19.11.2013 (c. 3.1), n'y change rien, car la question ne figure normalement pas dans la convention d'arbitrage. Et lorsqu'elle s'y trouve (souvent par le biais d'un renvoi à un règlement d'arbitrage), elle est intrinsèquement liée au montant des frais et honoraires revenant aux arbitres, car c'est ce montant qui est ensuite réparti entre les parties dans la sentence. On notera encore un autre arrêt, considérant comme de nature procédurale une sentence partielle statuant sur le remboursement par une partie à l'autre de l'avance payée au tribunal arbitral (ATF 3.6.2020, 4A\_58/2020, arbitrage CPC).

**39**

7<sup>e</sup> ligne, in fine, ajouter : Besson, Post Award Issues, p. 108, et Kellerhals/Pfisterer, Festschrift Kaissis, p. 461, l'affirment sans avoir examiné la question.

*Curieuses affirmations – tout de même. Les auteurs cités renvoient à l'art. 5 par. 1 CL sans s'intéresser à la notion effective de lieu de fourniture de service au sens de la lettre b (cf. Bonomi, art. 5 CL n° 64, 71), bien différente du concept de siège selon l'art. 176 al. 3 LDIP, qui ne représente qu'un ancrage juridique et non le lieu de la commission de l'activité arbitrale (cf. art. 176 n° 17). Aucun examen n'est fait de la question de qualification, ni au regard du champ d'application (étant rappelé que selon son art. 1<sup>er</sup> par. 2 lit. d, la CL n'est pas applicable à l'arbitrage), ni pour savoir si, pour la CL (nécessitant une qualification autonome), la matière relève du domaine des contrats. D'autres auteurs s'en remettent à l'art. 117 LDIP, sans se demander s'il existe un for suisse menant à l'application de cette disposition (Bernet/Eschment, Festschrift Meier, p. 41-56 ; idem, SchiedsVZ 2016 p. 191).*

*Au plan suisse, on suit l'avis apparemment dominant selon lequel la relation entre les parties et les arbitres constituerait un contrat (Bosson, p. 94 ; cf. art. 179 n° 47 ; ATF 140 III 75 ss, 77) ou un rapport légal d'obligations (Kellerhals/Pfisterer, p. 452). Mais alors, n'aurait-il pas fallu reprendre la question lorsqu'il est soutenu que la responsabilité de l'arbitre « should be restricted » (Bosson, p. 108), par analogie à celle des juges ? Quelle serait la base légale d'une telle restriction si l'on se borne à qualifier la relation de contrat, respectivement de mandat ? Et puisque l'on parle du « receptum arbitri » (ATF cité du 19.11.2013, c. 2.2), ne faudrait-il pas en détailler le régime contractuel, « sui generis » ou « innommé », et préciser en particulier le délai de prescription qui, s'il était de dix ans, obligerait les arbitres à conserver le dossier aussi longtemps, ce qui ne correspond pourtant point aux pratiques usuelles de l'arbitrage international ? Pourquoi ne pas prendre note de la volonté du législateur, estimant que le grief d'ordre public devrait servir de rempart contre des honoraires choquants (BO CE 1987 p. 197) ? Et comment ne pas remarquer le contraste de cette nouvelle opinion avec la possibilité de renoncer à tout recours (art. 192), dont le but consistait à prévenir toute saisie d'un juge étatique ? N'aurait-il pas fallu prendre plus de précaution et de recul, avant de dessiner la perspective d'une place d'arbitrage en Suisse où les parties peuvent s'en prendre aux arbitres par des actions civiles, purement contractuelles, et ce pour des années à venir encore ? Nul doute que les centres étrangers d'arbitrage, nos concurrents, ne manqueront pas de mettre en évidence pareil épouvantail.*

*Certes, au terme de leur analyse d'une rigueur apparemment sans faille, Kellerhals/Pfisterer, Festschrift Kaissis, p. 467, finissent par se demander si la solution du CPC n'est pas plus favorable à l'arbitrage en Suisse que les « règles rigides » du domaine international. A suivre ces auteurs, les parties ne seraient même pas autorisées à modifier le régime qu'ils croient pouvoir déduire du chapitre 12 de la LDIP. En effet, ces auteurs entendent solliciter la Constitution (art. 30 al. 1), la Convention sur la sauvegarde des droits de l'homme (art. 6 par. 1) et le Pacte II sur les droits civils et politiques (art. 14) pour interdire aux arbitres de se déterminer sur leurs propres honoraires (p. 453 s.). Il en résulte de ce principe, à leur avis, que les parties ne peuvent y déroger, ni par le renvoi à un règlement*

*d'arbitrage, ni par une clause spécifique, étant donné qu'il s'agirait d'un point qui est au cœur de la garantie d'indépendance des juges et arbitres (p. 456, 459). Or, pourquoi ne pas faire la comparaison avec un arrêt dans lequel le Tribunal fédéral a jugé dans un sens opposé à propos des juges commerciaux de Zurich, dont on ne peut exiger de révéler le temps passé sur une affaire, ce qui serait de nature à influencer leur indépendance (ATF 137 I 1 ss, 5-7) ?*

*Il n'est pas certain que le Tribunal fédéral veuille aller aussi loin, car, contrairement aux auteurs cités, qui renvoient exclusivement à la compétence des tribunaux civils, il mentionne expressément que ce litige, nécessitant une procédure contradictoire, en fait et en droit, doit avoir lieu « en première instance », celle-ci pouvant cependant être de nature étatique ou prise en charge par un tribunal arbitral (ATF cité du 19.11.2013, c. 2.2). La possibilité de l'option arbitrale est en effet incontournable au regard de la définition de l'arbitrabilité de l'art. 177 al. 1. La question qui se pose inmanquablement est cependant celle de savoir pourquoi ce tribunal arbitral ne peut pas être le même que celui qui a tranché le litige afférant au fond. Rien ne devrait l'en empêcher. Le Tribunal fédéral ne voudra pas l'accepter, car cela laisserait sa jurisprudence tourner en rond. Cependant, il ne pourra guère faire autrement lorsque le cas lui est présenté dans lequel le tribunal arbitral a pris soin de consulter les parties contradictoirement sur ses honoraires, incluant des questions de fait et de droit.*

*Etonnant que dans les observations consacrées à l'ATF du 19.11.2013, Palermo/Robach, ASA 2014 p. 599-607, ne répondent à aucune des questions ici soulevées.*

*Ces interprétations d'une rigidité d'une autre époque auraient dû se trouver placées en première ligne pour passer à la trappe lors de la révision du chapitre 12. On aura pu espérer que l'on puisse être aussi courageux que les auteurs du Concordat de 1969 (cf. Jolidon, p. 479) et du CPC (art. 384 al. 1 lit. f, 393 lit. f). Il n'en est rien. Il n'est pas certain que la question soit bien saisie : Dans l'ATF 1.10.2018, 4A\_550/2017, c. 7.3, l'absence de motivation quant aux honoraires des arbitres a été jugée compatible avec l'ordre public procédural alors que, suivant la jurisprudence récente, le grief était irrecevable. Au demeurant, le Concordat et le CPC montrent que la question de la rémunération des arbitres est pour le législateur une question de procédure, comme c'est le cas de celle des juges.*

*La confusion prend encore un tour lorsque l'on observe que le Conseil fédéral aurait abandonné la proposition de permettre au tribunal arbitral de prendre une décision sur ses propres frais (FF 2018 p. 7169), alors que le même Conseil fédéral a convenu avec l'UE que le tribunal arbitral instauré dans l'accord cadre du 23.11.2018 avec l'UE fixera ses frais dans la décision sur le fond (Protocole n° 3, art. IV.7 al. 2).*

#### **40**

In fine, ajouter : Constatée dans une jurisprudence infaillible, le Tribunal fédéral vient pourtant d'introduire une entorse à ce principe d'exclusivité, en admettant que le grief tiré de la violation d'un mécanisme contractuel constituant un préalable obligatoire à l'arbitrage doit être envisagé sous l'angle du grief d'incompétence et ce « en quelque sorte par défaut, dans l'impossibilité où il se trouve de rattacher semblable grief à un autre motif de recours », qui doit être sanctionnée « d'une manière ou d'une autre » (ATF 142 III 296 ss, 301 ; ATF 7.7.2014, 4A\_124/2014, c. 3.2).

#### **41**

4<sup>e</sup> ligne : ATF 142 III 360 ss, 362 ; ATF 15.7.2015, 4A\_246/2014, c. 7.2.2 ; ATF 11.6.2014, 4A\_178/2014, c. 2.4 ; puis préciser : l'ATF 19.4.2011, 4A\_404/2010, c. 3.5.3 (et non c. 3.5.2) ; ATF 4.10.2017, 4A\_384/2017, c. 4.2 ; ATF 17.10.2019, 4A\_268/2019, c. 3.4.3.

10<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 20.7.2011, 4A\_162/2011, c. 2.1.2 ; ATF 2.11.2011, 4A\_424/2011, c. 2.2 ; ATF 4.1.2012, 4A\_238/2011 ; ATF 14.12.2012, 4A\_198/2012, c. 3.1.

11<sup>e</sup> ligne, insérer avant l'expert : d'un arbitre (ATF 25.8.2020, 4A\_248/2019, c. 5.1.2, non reproduit dans l'ATF 147 III 49 ss)

In fine, ajouter : Il est ainsi accepté que les principes qui sous-tendent les dispositions de la CEDH ou de la Constitution peuvent être pris en compte dans le cadre de l'ordre public afin de concrétiser cette notion (ATF cité du 25.8.2020, c. 9.2, non reproduit dans l'ATF 147 III 49 ss). Cependant, cela ne va pas de soi. Le recourant doit démontrer en quoi la prétendue violation de l'art. 6 ch. 1 CEDH, par exemple, constituerait une

violation de l'ordre public ; une atteinte aux droits de l'homme ne coïncide pas *per se* avec une violation de l'ordre public (cf. ATF 146 III 358 ss, 360 s., s'agissant en l'espèce du refus de tenir une audience publique ; ATF 5.1.2021, 4A\_476/2020, c. 4.1).

**42**

1<sup>ère</sup> ligne, lire : En constatant qu'en signant une clause arbitrale ...

3/4<sup>e</sup> lignes, citer uniquement l'ATF 128 III 50 ss, 58.

8<sup>e</sup> ligne : il faut lire « art. 182 al. 3 ».

16<sup>e</sup> ligne : ajouter à l'ATF 103 Ia 205 : Kaufmann/Rigozzi, n° 8.200

**43**

Lignes 7/8, ajouter à l'ATF cité : ATF 24.11.2017, 4A\_236/2017, c. 3.1.2.

**43a n**

Se plaçant sur un plan plus général, le Tribunal fédéral explique, sous l'impulsion des arrêts récents de la CEDH concernant le TAS, que le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises en ce qui concerne les conditions de recevabilité du recours contre les sentences du TAS. Il note que, néanmoins, ces limitations ne sont conciliables avec l'art. 6 par. 1 CEDH que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et les buts visés. Suivant les considérants des mêmes arrêts, le Tribunal fédéral conclut que les règles régissant le recours contre une sentence internationale sont compatibles avec les garanties de la CEDH (cf. ATF 25.8.2020, 4A\_248/2019, c. 5.2.4-5.2.6, non reproduit dans l'ATF 147 III 49 ss). Cela signifie nécessairement que la présence d'un but légitime et d'un rapport raisonnable de proportionnalité sont des conditions qui sous-tendent le régime du recours selon l'art. 190. Ils peuvent donc faire l'objet d'un examen par le Tribunal fédéral dans le cas particulier. Certes, il apparaît bien rigide et artificiel de soutenir que l'art. 190 al. 2 ne laisserait pas de place à un grief indépendant fondé sur le non-respect de la CEDH, mais en définitive, la conséquence en résultant n'est guère préjudiciable en pratique, dans la mesure où les motifs pris d'une violation des art. 6 ou 8 CEDH peuvent trouver leur place dans le contexte de l'un ou de l'autre motif de recours de l'art. 190 al. 2 (cf. n° 41). En revanche, il est contradictoire d'affirmer, d'un côté, que l'ordre public comprend les droits de l'homme, tout en concluant, d'un autre côté, que leur violation ne constitue pas nécessairement une violation de l'ordre public (cf. l'ATF 146 III 360 ; ATF 8.4.2021, 4A\_516/2020, c. 4.4). Les deux notions forment une paire, en ce sens que l'ordre public et les autres griefs de l'art. 190 al. 2 englobent les atteintes aux droits de l'homme, dans le domaine qui leur est propre ; cela ne les empêche pas d'aller au-delà et de sanctionner la méconnaissance par les arbitres de droits protégés par un motif de recours qui ne s'élève pas au niveau d'un droit de l'homme.

**43b n**

Toutefois, le Tribunal fédéral n'a pas encore fait évoluer sa jurisprudence jusqu'à ce point. Il est constaté, en effet, que le recours de l'art. 190 al. 2 lit. e « n'a pas pour but d'assurer l'application correcte – ou même non-arbitraire – d'un traité d'investissement, du droit coutumier international, des principes généraux du droit international ou des garanties conférées par la CEDH (et ses Protocoles additionnels) » (ATF cité du 8.4.2021, c. 4.4). On est donc encore au stade où le Tribunal fédéral part de l'idée que l'observation du droit international peut échapper au contrôle de l'ordre public de l'art. 190 al. 2 lit. e, avec l'effet que la Suisse tolère des sentences violant le droit international et les droits de l'homme sous prétexte qu'il manquerait en droit national un moyen d'en assumer le respect.

**44a n**

L'application de règles de jeu ne peut être portée devant le Tribunal fédéral au moyen d'un recours, ni la décision du TAS se déclarant incompétent pour en décider (ATF 6.10.2017, 4A\_206/2017, c. 2).

**76**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 29.1.2018, 4A\_508/2017, c. 3 ; ATF 17.10.2018, 4A\_284/2018, c. 3.1.

In fine, ajouter à l'ATF cité : ATF 2.5.2012, 4A\_14/2012, c. 3.2.2. Ce grief comprend celui d'avoir statué « *extra petita* » (ATF 13.11.2019, 4A\_294/2019, c. 6.2 ; ATF 8.4.2021, 4A\_516/2020, c. 3).

**77**

6<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF 116 II 639 ss, 641 s. : ATF 15.4.2015, 4A\_554/2014, c. 2.2.

13<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 10.2.2021, 4A\_439/2020, c. 6.1

**78**

4<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 26.7.2018, 4A\_404/2017, c. 3.2.1. En revanche, le cadre fixé par la demande est transgressé si le tribunal arbitral, au lieu de trancher uniquement la constatation de la créance, en ordonne le paiement (ATF cité du 13.11.2019, c. 4).

In fine, ajouter : ATF 2.7.2015, 4A\_684/2014, c. 3 ; ATF 28.10.2015, 4A\_218/2015, c. 3.1 ; ATF 15.4.2019,

4A\_341/2018, c. 4.2.1. Le TAS ne statue pas ultra petita lorsqu'il ordonne une sanction plus sévère que celle que le club déclare accepter, mais toujours moins lourde que celle infligée par l'organe de la fédération (ATF 20.6.2013, 4A\_682/2012, c. 5, Egyptian Football Association).

**79**

4<sup>e</sup> ligne, terminer la phrase par : ... ou le choix de la devise si la demande ne s'y opposait pas (ATF 16.12.2020, 4A\_244/2020, c. 5).

6<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF mentionné : ATF cité du 29.1.2018, c. 3.3.

In fine, ajouter : ou, inversement, prononcer la condamnation à l'égard de l'une des parties seulement (ATF 21.2.2013, 4A\_552/2012, c. 3).

**79a n**

En principe, le tribunal arbitral statue *extra petita* s'il alloue au demandeur une indemnité dans une monnaie autre que celle à la base de sa prétention. Cependant, la loi régissant la dette peut accepter que les arbitres disposent à cet égard d'une certaine latitude, ce que l'on peut estimer être le cas dans les traités d'investissement qui ne connaissent pas de règles bien définies quant à la monnaie d'investissement. Si le moyen était néanmoins admis, il entraînerait l'annulation de la sentence, incitant le demandeur à réintroduire sa demande, formulée cette fois dans la monnaie choisie dans la sentence initiale (ou une autre monnaie encore). Cependant, l'intérêt pratique d'une telle demande doit être démontrée, ce qui n'est souvent pas le cas, notamment au regard des coûts générés par la procédure arbitrale (cf. ATF cité du 8.4.2021, c. 5). On peut se demander si, au lieu de tirer la conclusion du régime juridique du fond de la prétention, il n'était pas préférable de la situer au sein même du motif de recours, par une interprétation de la notion de *extra petita*. Car le raisonnement du Tribunal fédéral ouvre la porte à un certain examen du fond de l'indemnisation, ce qui n'est pas une méthode retenue dans le contexte des motifs de recours de l'art. 190 al. 2.

**80**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 28.10.2015, 4A\_218/2015, c. 2.1.

7<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 4.10.2017, 4A\_384/2017, c. 3 ; ATF 1.12.2020, 4A\_198/2020, c. 4.1 ; puis insérer : Ce grief ne peut servir à critiquer la sentence qui avait tranché une question sans le faire sous tous les angles juridiques possibles (ATF 27.2.2014, 4A\_511/2013, c. 2.2.2, arbitrage CPC).

**81**

3<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 7.3.2012, 4A\_652/2012, c. 3.2 ; ATF 16.10.2012, 4A\_314/2012, c. 5 ; ATF cité du 28.10.2015, c. 2.1 ; ATF 20.6.2016, 4A\_173/2016, c. 3.2 ; ATF cité du 1.12.2020, c. 4.3.

In fine, ajouter : Le Tribunal fédéral s'y oppose, précisant qu'un tel argument méconnaît que selon la jurisprudence (cf. n° 91 s.), le grief de l'absence de motivation de la sentence est irrecevable (ATF 10.12.2012, 4A\_635/2012, c. 4.2).

*Le Tribunal fédéral se montre d'inspiration bien différente lorsqu'il qualifie l'affirmation du TAS d'avoir pris en compte « tous les faits, arguments juridiques et moyens de preuves soumis par les parties » de « formule stéréotypée », le seul fait d'en user ne suffisant pas à exclure la violation du droit d'être entendu (ATF 29.4.2013, 4A\_730/2012, c. 3.2.2 ; ATF 24.7.2017, 4A\_668/2016, c. 3.2.2). Or, cette conclusion contraste singulièrement avec l'accueil bienveillant qu'il fait à la clause toute aussi « typée » selon laquelle toute autre conclusion des parties serait rejetée. Elle est au demeurant affaiblie par la position opposée adoptée dans un arrêt récent (ATF 14.8.2018, 4A\_114/2018, c. 3.4).*

**83**

8<sup>e</sup> ligne, compléter la référence et dire : art. 182 n° 10-12, 31-52.

In fine, ajouter à l'ATF cité : ATF 16.10.2014, 4A\_324/2014, c. 3.2.1.

**86**

In fine, ajouter à l'ATF cité : ATF 21.3.2013, 4A\_522/2012, c. 3.2.2. Puis continuer : Le Tribunal fédéral veille à ce que le motif de l'art. 190 al. 2 lit. d ne soit pas détourné pour devenir un appel déguisé (cf. ATF 7.4.2014, 4A\_450/2013, c. 4 ; ATF 25.2.2015, 4A\_486/2014, c. 4).

**87**

12<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 15.7.2015, 4A\_246/2014, c. 6.3 ; ATF 30.5.2017, 4A\_532/2016, c. 4.3.

15<sup>e</sup> ligne, insérer : De même, lorsque l'arbitre a fait totalement abstraction de la problématique de l'imputation des frais d'acquisition des produits de la vente, alors qu'il a mentionné les déductions qui avaient été proposées (ATF 17.4.2013, 4A\_669/2012, c. 3.2.1).

17<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 16.5.2011, 4A\_46/2011, c. 4.3.2 ; ATF 31.1.2012, 4A\_360/2011, c.



5.1 ; ATF 12.7.2012, 4A\_150/2012, c. 3.1 ; ATF 4.2.2014, 4A\_460/2013, c. 3.1 ; ATF 6.10.2015, 4A\_34/2015, c. 4.1.3 ; ATF 26.10.2015, 4A\_69/2015, c. 3.1 ; ATF 16.12.2015, 4A\_520/2015, c. 3.3.1. Puis insérer : Le même principe s'applique à la sentence réglant les frais et dépens d'une procédure devenue sans objet (ATF 142 III 284 ss, 289 s., arbitrage CPC). Ensuite : biffer la dernière phrase.

#### **87a n**

La jurisprudence récente assouplit le principe en ajoutant que la partie lésée doit également démontrer que les éléments de fait ignorés par les arbitres étaient de nature à influencer sur le sort du litige (cf. ATF 142 III 360 ss, 363 ; 143 IV 380 ss, 386 ; ATF 18.4.2018, 4A\_247/2017, c. 4.2.1, 5.1.3 ; ATF 2.5.2018, 4A\_478/2017, c. 3.2.2 ; ATF 24.5.2018, 4A\_491/2017, c. 4.1.2.1 ; ATF 29.1.2019, 4A\_424/2018, c. 5.2.2, 5.7 ; ATF 1.12.2020, 4A\_198/2020, c. 4.2). Le grief conserve donc sa nature formelle, étant donné qu'il n'est pas exigé que l'omission ait abouti à une sentence attaquable sur la base d'un autre motif de recours ; cependant, il faut démontrer que le résultat de la sentence aurait été différent si les faits ignorés avaient été pris en compte.

#### **87b n**

La violation du droit à la preuve à travers un refus de nommer un expert présente un caractère particulier. Cette question doit être appréciée en relation avec la solution apportée par la sentence au litige. La demande d'annulation doit conduire l'autorité de recours à rechercher si l'expertise aurait pu conduire à une sentence différente. Toutefois, étant donné que l'art. 190 al. 2 lit. e ne protège pas le droit à la preuve (art. 192 n° 140), le contrôle de ce droit sous l'angle de l'art. 190 al. 2 lit. d ne peut se faire que dans des limites très étroites (ATF 28.8.2017, 4A\_277/2017, c. 3.1).

#### **88**

In fine, ajouter : On notera, cependant, que la garantie de ce droit formel d'être entendu est battue en brèche dans la mesure où l'occasion est donnée au tribunal arbitral et à l'intimé de compléter une motivation défailante de la sentence par des observations adressées au Tribunal fédéral lors de la procédure de recours en annulation (cf. n° 95). Ainsi, après avoir constaté, au regard de la sentence, la violation du droit d'être entendu, le Tribunal fédéral a rejeté le moyen, dans un cas, au vu des observations convaincantes de l'intimé (ATF 29.4.2013, 4A\_730/2012, c. 3.3), tandis que, dans un autre cas, il l'a accepté, les objections de l'intimé n'ayant pas pu le convaincre (ATF 17.4.2013, 4A\_669/2012, c. 3.2.1).

#### **89**

6<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 31.5.2012, 4A\_682/2011, c. 4.1 ; ATF 6.10.2015, 4A\_34/2015, c. 4.3.2.

8<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : cf. art. 187 n° 55.

#### **90**

In fine : Si elle répond au tribunal arbitral qu'elle n'a pas d'objections à l'égard de la conduite de la procédure arbitrale, comme cela se fait en règle générale au terme d'une audience, elle ne saurait en faire un grief au moyen d'un recours (ATF 29.5.2013, 4A\_620/2012, c. 4).

#### **92**

6<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 20.7.2011, 4A\_162/2011, c. 2.1 ; ATF 142 III 361 ; ATF 6.3.2017, 4A\_490/2016, c. 3.1 ; ATF 11.1.2018, 4A\_56/2017, c. 3.1 ; ATF 7.5.2019, 4A\_540/2018, c. 2.1, non publié *in* ATF 145 III 266 ss.

#### **93**

20<sup>e</sup> ligne, à la suite de l'art. 29 al. 2 Cst.féd. : (cf. ATF 133 III 439 ss, 445 ; ATF 12.9.2018, 5A\_113/2018, c. 4.2.1.1).

#### **95**

5<sup>e</sup> ligne, insérer : Comme s'il fallait montrer à quel point la confusion règne, un arrêt relève que l'omission d'entendre une partie constituait une atteinte au droit d'être entendu d'une athlète devant le TAS dont « la motivation apparaît sur ce point critiquable » (ATF 29.1.2019, 4A\_424/2018, c. 5.7), non sans avoir constaté qu'une motivation des sentences n'est pas exigée (c. 5.2.1), alors que l'inadvertance des arbitres doit être démontrée « sur le vu des motifs énoncés dans la sentence attaquée » (c. 5.2.2).

8<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 18.6.2012, 4A\_488/2011, c. 5.1 ; ATF 9.10.2012, 4A\_110/2012, c. 3.1.2 ; ATF 29.4.2013, 4A\_730/2012, c. 3.3 ; ATF 8.5.2013, 4A\_439/2012, c. 5.2.1, arbitrage CPC ; ATF 2.9.2014, 4A\_606/2013, c. 4.1 ; ATF 16.12.2015, 4A\_520/2015, c. 3.3.1 ; ATF 23.11.2018, 4A\_308/2018, c. 3.2 ; ATF 17.1.2019, 4A\_438/2018, c. 4.2 ; ATF 19.6.2019, 4A\_628/2018, c. 3.1.1 ; ATF 10.12.2020, 4A\_384/2020, c. 6.1. Le Tribunal fédéral peut aussi estimer indispensable de consulter l'instance arbitrale pour savoir ce qu'elle a voulu dire implicitement, en l'absence d'une motivation (cf. ATF cité du 6.1.2020, c. 4.2).

*Une pratique se confirme ainsi d'associer étroitement le tribunal arbitral à la procédure de recours,*

*s'agissant notamment du TAS, afin de compléter et de mieux justifier des sentences insuffisamment motivées, à travers de véritables répliques et de dupliques qui laissent le TAS se positionner comme s'il était une partie adverse au recourant (cf. ATF 9.10.2012, 4A\_110/2012, c. 3). Le Tribunal fédéral, n'a-t-il pas jugé par ailleurs – judicieusement – que l'argument de l'imprévisibilité du raisonnement du tribunal arbitral ne doit pas être détourné pour inviter l'autorité de recours à reprendre le litige au fond (cf. art. 182 n° 47) ? Or, si la sentence se révèle imprévisible du fait des manquements dans sa motivation, comment échapper à la reprise du débat au fond si le TAS est invité à se porter comme un participant à la procédure de recours ? Alors que le Tribunal fédéral devrait trancher seul et en toute indépendance un recours divisant les parties, le TAS semble être admis à jouer un premier rôle lorsqu'il est dit que « la Formation est encore la mieux placée pour fournir des précisions touchant la portée de la décision qu'elle a rendue » (ATF 28.1.2016, 4A\_222/2015, c. 3.2.2).*

*Un pas de plus est fait dans l'ATF du 29.4.2013. En effet, après avoir constaté que le tribunal arbitral a commis une violation du droit d'être entendu du fait de n'avoir pas pris en considération une argumentation subsidiaire du recourant, le Tribunal fédéral s'en remet aux explications jugées « détaillées et convaincantes » de l'intimé, observant que cette argumentation ne visait pas la situation de fait et n'était pas pertinent pour résoudre le cas concret. Le Tribunal fédéral s'est ainsi mis à ouvrir le litige, faisant fi de la nature formelle du grief invoqué et admis en soi.*

## 96

In fine, ajouter : Le Tribunal fédéral a déjà pu se rendre compte que pareille défaillance l'empêche de statuer sur le recours : constatant le caractère artificiel et périlleux de l'exercice auquel il devrait se livrer s'il devait supputer les motifs retenus par le TAS pour admettre sa compétence, puis de les confronter aux multiples moyens soulevés par le recourant, il a déclaré le recours irrecevable, l'examen du moyen étant renvoyé à un recours ultérieur dirigé le cas échéant contre la sentence finale (ATF 28.1.2016, 4A\_222/2015, c. 3.3.4). Les critiques à l'encontre de sa jurisprudence sont nombreuses et insistantes (cf., récemment, Haberbeck, AJP 2015 p. 1417-1420). Le Tribunal fédéral les ignore.

*Il semble bien que le Tribunal fédéral s'achemine à atteindre encore un autre pallier : au recourant qui faisait grief au tribunal arbitral d'avoir statué infra petita, il fut répondu que non seulement la sentence disait que « all other claims are dismissed », mais également qu'en invoquant les motifs de la sentence pour démontrer l'oubli du tribunal, le recourant méconnaissait l'absence d'une obligation de motiver la sentence, raison pour laquelle la motivation ne peut servir à faire cette démonstration (« è irrelevante che dalla motivazione del lodo non risulti la trattazione della domanda che ritiene essere stata ignorata », ATF 10.12.2012, 4A\_635/2012, c. 4.2 ; cf. n° 81). Si cette réflexion était à prendre au sérieux et rendue d'application générale, cela voudrait dire qu'aucun motif de recours selon l'art. 190 al. 2 ne pourrait trouver de fondement dans les motifs de la sentence, étant donné que le tribunal arbitral n'avait aucune obligation de les fournir. Belle perspective !*

## 97

In fine, citer comme illustration: ATF 14.12.2012, 4A\_198/2012, c. 2.2 et 3.1.

*Le Tribunal fédéral le sait donc parfaitement : « Faute d'avoir sous les yeux une décision motivée, la Cour de céans n'est, en effet, pas à même de vérifier si les allégations de la recourante correspondent ou non à la réalité. » (ATF cité, c. 3.1). Sans pouvoir consulter le contenu de la décision arbitrale, le Tribunal fédéral n'est pas à même de juger de la recevabilité du recours (ATF 4.11.2014, 4A\_446/2014, c. 3.2), sauf à spéculer que l'on ne puisse imaginer un avocat suisse spécialiste de l'arbitrage de statuer sur sa compétence sans indiquer ne fût-ce que brièvement les motifs, alors que, d'après le Tribunal fédéral, c'est son droit (même arrêt, c. 3.3.2). Et un autre arrêt d'observer, s'agissant d'une décision d'exequatur : « Die Begründung eines Entscheides muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. » (ATF 4.12.2012, 5A\_598/2012, c. 3.1). L'obligation pour le juge de motiver sa décision sert à permettre au justiciable de la comprendre et de « la contester utilement s'il y a lieu » (ATF 28.8.2014, 4A\_136/2014, c. 2.1, se référant aux ATF 134 I 83 ss, 88, et 133 III 439 ss, 445 ; cf., de même, ATF 141 IV 244 ss, 246 ; ATF*

7.7.2016, 5A\_306/2016, c. 3.2 ; ATF 9.12.2016, 5A\_982/2015, c. 3.1) ; rien dans la LDIP n'indique que le législateur ait voulu déroger à cette exigence de droit constitutionnel.

*On se servira également du repère de réflexion fourni par l'ATF 19.4.2014, 4A\_190/2014, c. 4.6 (arbitrage CPC, suivi de l'ATF 11.4.2016, 4A\_426/2015), annulant une sentence jugée arbitraire, non seulement eu égard à son résultat, mais également en raison de sa motivation, qui ne contenait même pas le commencement d'une explication justifiant qu'un droit de résiliation avait été exercé abusivement ; s'il s'agissait d'un arbitrage LDIP, une telle sentence, non motivée, aurait-elle survécu devant le Tribunal fédéral ? Dans la logique de la jurisprudence, il est à craindre que oui.*

*La situation devient absurde lorsque l'on lit le Tribunal fédéral affirmer que le recourant doit discuter les motifs de la sentence, sous peine d'irrecevabilité de son recours (ATF 16.2.2017, 4A\_704/2015, c. 2). Veut-on alors le priver de cette voie de droit lorsque la sentence ne contient pas de motifs, comme le Tribunal fédéral l'autorise ?*

## 98

2<sup>e</sup> ligne, ajouter après l'ATF : cf. art. 182 n° 34.

9<sup>e</sup> ligne, insérer : Le premier de ces devoirs est vidé de son contenu s'il manque le second (ATF 16.5.2011, 4A\_46/2011, c. 4.3.2, obs. F. Perret, p. 666-672).

12<sup>e</sup> ligne, ajouter avant les ATF cités en allemand : ATF cités du 18.6.2012, c. 5.1, du 9.10.2012, c. 3.1.2, et du 2.9.2014, c. 4.1 ; ATF 30.5.2017, 4A\_532/2016, c. 4.1.

## 103

10<sup>e</sup> ligne, insérer : Il s'agit d'une « garantie subsidiaire », constituée d'une « norme de précaution » (ATF 138 III 270 ss, 276 ; ATF 6.12.2012, 4A\_276/2012, c. 4.1 ; ATF 26.4.2016, 4A\_342/2015, c. 5.1 ; ATF 1.10.2018, 4A\_550/2017, c. 7.2 ; ATF 23.2.2021, 4A\_187/2020, c. 6.3.2).

15<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF 126 III 283 : ATF 4.11.2020, 4A\_416/2020, c. 3.2.2.

16<sup>e</sup> ligne, confirmant cet arrêt : ATF 3.10.2011, 4A\_530/2011, c. 3.3.2 ; ATF 27.3.2012, 4A\_558/2011, c. 3, Matuzalem, non publié in ATF 138 III 322 ss ; ATF 9.7.2014, 4A\_90/2014, c. 3.3.2 ; ATF 4.10.2017, 4A\_384/2017, c. 4.2.3.

18<sup>e</sup> ligne, ajouter après l'ATF 129 III 445 ss : , le principe que nul n'est tenu de s'accuser lui-même (ATF 7.5.2019, 4A\_540/2018, c. 3, non publié in ATF 145 III 266 ss), ou encore l'appréciation anticipée des preuves (cf. n° 89 ; ATF 23.1.2012, 4A\_526/2011, c. 2.1 ; ATF 31.5.2012, 4A\_682/2011, c. 4.1 ; ATF 24.2.2015, 4A\_544/2015, c. 3.2.1).

In fine, ajouter : L'ordre public n'est pas heurté par un tribunal arbitral qui fait une entorse au principe de l'exclusion de moyens de preuve obtenus illégalement si cela lui permet de démasquer la manipulation d'une compétition sportive, ou lorsque l'appréciation des preuves n'est pas menée avec la même rigueur qu'en matière pénale (ATF 27.3.2014, 4A\_362/2013, c. 3.2 et 3.3, 4A\_448/2013) ; ces motifs devraient cependant être traités sous l'angle du droit d'être entendu même si le recourant invoque l'ordre public. Il en va de même dans l'hypothèse dans laquelle le régime arbitral consacre une limitation du pouvoir de cognition du tribunal arbitral (ATF 15.7.2015, 4A\_246/2014, c. 7.2.2). De même encore si le grief porte sur un formalisme excessif, qui devrait se manifester sous une forme caractérisée (cf. ATF 20.4.2017, 4A\_692/2016, c. 6 ; ATF 12.9.2018, 4A\_238/2018, c. 5 ; ATF 5.3.2019, 4A\_556/2018, c. 6 ; ATF 11.4.2019, 4A\_54/2019, c. 4 ; ATF cité du 4.11.2020, c. 3.3.1 ; ATF 17.5.2021, 4A\_466/2020, c. 6.4). Le moyen tiré de l'ordre public procédural étant subsidiaire, il est irrecevable si le grief est couvert par un autre motif que le recourant a cependant omis d'invoquer (ATF 22.5.2018, 4A\_170/2017, c. 6.2.2.2).

*L'ATF du 6.12.2012 comporte une incohérence : Après avoir rappelé que l'ordre public procédural « n'est qu'une garantie subsidiaire » (c. 4.1), l'arrêt examine en détail les griefs soulevés par le recourant à cet égard, avant d'en venir à l'« ultime moyen » tiré d'une violation du droit d'être entendu, aussitôt écarté car déjà traité sous l'angle de l'ordre public (c. 6), alors que selon la structure consacrée par la jurisprudence, il aurait fallu procéder en ordre inverse.*

*De même, l'irrecevabilité qui frappe un recours invoquant l'ordre public procédural « subsidiaire » sans mentionner le motif de l'art. 190 al. 2 lit. b (ATF cité du 22.5.2018) semble d'une rigueur excessive compte tenu des incertitudes de la jurisprudence s'agissant de délimiter ces deux motifs de recours.*

19<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF 126 III 253-256 : ATF 2.9.2014, 4A\_606/2013, c. 6.2.1.

#### **104**

9<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 141 III 229 ss, 234 ; ATF 16.3.2020, 4A\_536/2018, c. 3 ; ATF cité du 23.2.2021, c. 6.3.2.

10<sup>e</sup> ligne, insérer après « décision étatique » : ou une sentence.

11<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 140 III 278 ss ; ATF cité du 2.9.2014, c. 3, 6.3.1 ; ATF 26.2.2015, 4A\_374/2014, c. 4.2.1.

In fine : remplacer la parenthèse par : le principe ne bis in idem est inclus dans la notion d'ordre public dans le sens du droit pénal, mais il ne va pas de soi qu'il aille de même du droit disciplinaire sportif (cf. ATF 29.7.2020, 4A\_462/2019, c. 5). Quant à l'adage « le pénal tient le civil en l'état », la question ne se pose pas, puisqu'il ne relève pas de l'ordre public (ATF 29.1.2015, 4A\_532/2014, c. 5.2).

#### **104a n**

Toutefois, la res judicata d'un jugement étranger n'empêche pas un tribunal arbitral opérant sur la base d'un traité d'investissement de revoir l'incidence d'un tel jugement sous l'angle de l'une des garanties offertes par l'Etat hôte en vertu d'un TBI (tel le traitement juste et équitable), l'objet d'un tel jugement et celui d'une prétention découlant de la violation d'une telle garantie n'étant normalement pas le même. Dans la mesure où la question de l'impact d'un tel jugement sur la résolution du différend arbitral se pose néanmoins, la compétence exclusive du tribunal saisi du différend en matière d'investissement constitue un obstacle à l'effet de la res judicata du jugement. C'est également la raison pour laquelle la question de la litispendance ne peut se poser (contrairement aux observations de l'ATF 2.11.2020, 4A\_461/2019, c. 4, 6.4).

#### **105**

2<sup>e</sup> ligne, insérer avant le texte déjà cité : « si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique », ce qui est le cas .... ; puis citer à la fin : cf., notamment, ATF 132 III 389 ss, 392 ; 144 III 120 ss, 129 ; ATF 25.8.2020, 4A\_248/2019, c. 9.1, 9.8.3.2, ce dernier figurant à l'ATF 147 III 49 ss, 58 s. ; ATF 6.1.2021, 4A\_346/2020, c. 6.1 ; ATF 10.2.2021, 4A\_430/2020, c. 7.1).

In fine, ajouter à l'ATF 132 III 392 : ATF 2.5.2012, 4A\_14/2012, c. 5.2.1, non publié in ATF 138 III 270 ss ; ATF 3.3.2014, 4A\_304/2013, c. 5.1.1. Depuis l'arrêt Metuzalem (ATF 138 III 322 ss, 327-332), cette formule standard comprend, au regard de la plupart des arrêts, le « Verbot übermässiger Bindung (vgl. Art. 27 Abs. 2 ZGB), wenn diese eine offensichtliche und schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung darstellt » (ATF 2.5.2012, 4A\_16/2012, c. 4.1 ; ATF 23.5.2012, 4A\_654/2011, c. 4.1 ; ATF 11.10.2012, 4A\_76/2012, c. 4.1 ; ATF 21.3.2013, 4A\_522/2012, c. 4.2.2 ; ATF 18.4.2013, 4A\_524/2012, c. 3.2 ; ATF 19.6.2014, 4A\_597/2013, c. 4.1 ; ATF 29.9.2015, 4A\_172/2015, c. 5.1 ; ATF 10.12.2015, 4A\_568/2015, c. 4.1 ; ATF 30.6.2016, 4A\_132/2016, c. 3.2.1 ; ATF 3.4.2017, 4A\_470/2016, c. 4.1 ; ATF 30.5.2017, 4A\_532/2016, c. 3.1 ; ATF 29.1.2018, 4A\_508/2017, c. 4.3 ; ATF 26.7.2018, 4A\_125/2018, c. 3.2.1 ; ATF 13.11.2019, 4A\_294/2019, c. 5.1 ; ATF 15.2.2021, 4A\_660/2020, c. 3.1). Cependant, depuis récemment, cette adjonction est souvent ignorée (ATF 21.5.2015, 4A\_634/2014, c. 5 ; ATF 21.5.2015, 4A\_709/2014, c. 6.1 ; ATF 6.10.2015, 4A\_34/2015, c. 5.1 ; ATF 5.1.2016, 4A\_319/2015, c. 4.1 ; ATF 26.4.2016, 4A\_342/2015, c. 5.1 ; ATF 26.10.2016, 4A\_536/2016, c. 4.3.1 ; ATF 3.11.2016, 4A\_136/2016, c. 4.1 ; ATF 24.11.2016, 4A\_497/2015, c. 5.1 ; ATF 2.12.2016, 4A\_522/2016, c. 3.2 ; ATF 13.12.2016, 4A\_116/2016, c. 4.1 ; ATF 20.12.2016, 4A\_32/2016, c. 4.1 ; ATF 144 III 120 ss, 130, FIFA ; ATF 27.11.2018, 4A\_474/2018, c. 3.1 ; ATF 4.3.2019, 4A\_318/2018, c. 4.3.1, Guerrero ; ATF 8.4.2021, 4A\_516/2020, c. 4.2.1) ; l'explication semble résider dans le fait que la violation de l'art. 27 CCS n'est pas automatiquement contraire à l'ordre public matériel ; il faut que l'on ait affaire à un cas grave et net de violation d'un droit fondamental (cf. n° 137).

#### **106**

3<sup>e</sup> ligne, biffer Kaufmann/Rigozzi, puis insérer : avec l'exception notable de l'ATF 138 III 322 ss, Matuzalem.

#### **107**

4<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 25.8.2020, 4A\_248/2019, c. 9.1 ; ATF 10.2.2021, 4A\_430/2020, c. 7.1 ; ATF 2.6.2021, 4A\_618/2020, c. 5.1.

#### **108**

4<sup>e</sup> ligne, ajouter à Brogginini : Kaufmann/Rigozzi, n° 8.204

#### **109**

*A force de n'avoir jamais pu vérifier ce que signifie un ordre public violé du fait de la méconnaissance*

*des « valeurs essentielles et largement reconnues, constitutifs du fondement de tout ordre juridique », le Tribunal fédéral finit par tourner en rond lorsqu'il explique que « pour juger si la sentence est compatible avec l'ordre public ... », seul importe pour le Tribunal fédéral le point de savoir si la sentence « ... est compatible ou non avec la définition jurisprudentielle de l'ordre public matériel » (ATF 25.8.2020, 4A\_248/2019, c. 9.1, non reproduit dans l'ATF 147 III 49 ss). Le serpent se mord la queue.*

**110**

In fine, remplacer la dernière phrase par : La portée du moyen est néanmoins étroite (cf. ATF 29.6.2017, 4A\_600/2016, c. 3, Platini).

**112**

12<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF 128 III 234 ss : ATF 29.4.2013, 4A\_730/2012, c. 3.3.2 ; et compléter : Le Tribunal fédéral observe que cela représente une tendance qui ne cesse de s'accroître (ATF 16.12.2015, 4A\_520/2015, c. 3.3.1).

**113**

Ligne 1 : lire Dutoit, art. 190 n° 15.

6<sup>e</sup> ligne : lire Dutoit, art. 190 n° 16.

**114**

13<sup>e</sup> ligne, préciser : Pour le Tribunal fédéral, il convient d'éviter que l'argument de la surprise ne soit utilisé en vue d'obtenir un examen matériel de la sentence (ATF 27.6.2016, 4A\_322/2015, c. 4.1, 4.3 ; ATF 26.1.2017, 4A\_716/2016, c. 3.1 ; ATF 25.4.2017, 4A\_34/2016, c. 4.1 ; ATF 11.1.2018, 4A\_56/2017, c. 3.3 ; ATF 9.8.2018, 4A\_525/2017, c. 3.1 ; ATF 15.1.2019, 4A\_382/2019, c. 3.1.2 ; ATF 29.1.2019, 4A\_424/2018, c. 5.2.3 ; ATF 4.3.2019, 4A\_318/2018, c. 4.1.3, 4.2.3 ; ATF 30.9.2020, 4A\_62/2020, c. 4.1 ; ATF 10.12.2020, 4A\_384/2020, c. 6.2 ; ATF 16.12.2020, 4A\_244/2020, c. 6.1). Il a cependant également été relevé que l'absence de tout moyen ...

**118**

In fine, ajouter, confirmant l'ATF 132 III 395: ATF 138 III 322 ss, 327, Matuzalem ; ATF 26.4.2016, 4A\_342/2015, c. 5.1.

**119**

In fine, ajouter: L'affirmation apparaît d'autant plus faible lorsqu'une violation de l'ordre public est constatée au regard d'une disposition fondamentale du droit suisse, tel l'art. 27 al. 2 CCS, sans être suivie d'une analyse de son potentiel de constituer le « fondement de tout ordre juridique », et ce d'après l'« opinion dominante en Suisse » (ATF 138 III 328 s.).

**122**

10<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 12.7.2012, 4A\_150/2012, c. 5.1 ; ATF 6.5.2015, 4A\_426/2014, c. 5.1.3.

**123**

4<sup>e</sup> ligne, après l'ATF 120 III 167 : ATF 138 III 327 ; 144 III 120 ss, 130 ; ATF cité du 20.12.2016, c. 4.1 ; ATF 8.4.2021, 4A\_516/2020, c. 4.4, 4.6 ; ATF 2.6.2021, 4A\_618/2020, c. 5.1.

**128**

25<sup>e</sup> ligne, remplacer Vischer par Vischer/Widmer, ZK-IPRG, art. 17 n° 60

**129**

3<sup>e</sup> ligne, après l'ATF 132 III 392 : ATF 138 III 322 ss, 327, Matuzalem ; ATF cité du 20.12.2016, c. 4.1 ; ATF 144 III 120 ss, 130 ; ATF 4.3.2019, 4A\_318/2018, c. 4.3.1, Guerrero.

**131**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF cités du 20.12.2016, c. 4.1, et du 4.3.2019, c. 4.3.1 ; ATF 144 III 130 ; ATF 13.11.2019, 4A\_294/2019, c. 5.1.

7<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF cités du 20.12.2016, c. 4.1, et du 4.3.2019, c. 4.3.1 ; ATF 144 III 130.

9<sup>e</sup> ligne, ajouter : cf., pour un cas placé très loin, ATF 25.8.2020, 4A\_248/2019, c. 11, non reproduit dans l'ATF 147 III 49 ss.

In fine, ajouter : ATF 17.1.2013, 4A\_538/2012, c. 6 ; ATF 23.9.2014, 4A\_231/2014, c. 5.1 ; ATF 29.1.2015, 4A\_532/2014, c. 5.1 ; ATF 3.11.2016, 4A\_136/2016, c. 4.1 ; ATF 11.7.2017, 4A\_50/2017, c. 4.3 ; ATF 11.12.2018, 4A\_65/2018, c. 4.4.3 ; ATF cité du 13.11.2019, c. 5.1.

**132**

11<sup>e</sup> ligne : insérer « en principe ».

12<sup>e</sup> ligne : biffer la parenthèse, puis insérer : L'ordre public suisse ne protège pas l'octroi d'une pleine

indemnisation, ni une indemnité se trouvant dans une proportion raisonnable avec la valeur des investissements perdus (cf. ATF 8.4.2021, 4A\_516/2020, c. 4).

**132a n**

S'agissant de la *monnaie* d'indemnisation, l'ordre public suisse peut supporter le refus du tribunal arbitral de convertir dans une monnaie stable – le dollar US – la perte déterminée dans une monnaie d'une économie hautement instable (la Syrie en guerre) et de faire supporter aux investisseurs l'inflation spectaculaire subie par cette monnaie (réduisant leur indemnité à 10% de leur perte réelle), en tenant compte d'une appréciation globale de la situation, le risque pris par les investisseurs et l'extrême difficulté pour l'Etat hôte de faire face à ses responsabilités (cf. l'ATF cité du 8.4.2021, c. 4).

**133**

4<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF mentionné : ATF cité du 20.12.2016, c. 4.1.

In fine, ajouter: L'allocation d'intérêts composés ne viole pas l'ordre public (ATF 21.5.2015, 4A\_634/2014, c. 5.2.2).

**134**

12<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 16.10.2014, 4A\_324/2014, c. 6.2 ; ATF 29.7.2020, 4A\_462/2019, c. 5.

14<sup>e</sup> ligne, ajouter : ou le principe *nulla poena sine lege* (ATF cité du 29.7.2020, c. 7.1).

In fine, ajouter à la dernière phrase : sans mentionner ce précédent, le Tribunal fédéral a conclu plus récemment que l'art. 163 al. 3 CO n'a rien à voir avec l'ordre public de l'art. 190 al. 2 lit. e (ATF cité du 21.5.2015, c. 5.2.2 ; ATF 8.3.2016, 4A\_510/2015, c. 6.2.2 ; ATF 27.11.2017, 4A\_312/2017, c. 3.3.3 ; ATF 29.1.2018, 4A\_508/2017, c. 4.4 ; ATF cité du 13.11.2019, c. 5.2), et ce même s'il est combiné avec encore deux autres intérêts conventionnels (ATF 26.10.2016, 4A\_536/2016, c. 4.3.2). Quant au paiement de dommages-intérêts punitifs, le Tribunal fédéral reconnaît que les montants en jeu peuvent peser plus lourdement qu'une clause pénale combinée avec des intérêts moratoires conventionnels, mais la question reste ouverte, la mise en jeu de l'ordre public étant soumise à des doutes (ATF cité du 26.10.2016, c. 4.3.2 in fine).

**134a n**

Retenir que l'interdiction de discrimination émanant d'un sujet de droit privé fasse partie des valeurs essentielles et largement reconnues est loin d'être évident pour le Tribunal fédéral. On pourrait cependant s'imaginer que l'approche soit différente lorsqu'il s'agit de la relation entre un athlète et une fédération sportive mondiale, qui s'inscrit dans une structure hiérarchisée présentant des similitudes avec les liens entre un particulier et un Etat (cf. ATF 147 III 49 ss, 54 s.). La question n'a pas dû être approfondie à ce niveau général étant donné qu'en l'espèce, le traitement distinct qui est fait entre les sexes dans le domaine des compétitions sportives internationales repose, de l'avis du Tribunal fédéral, sur des différences biologiques justifiées, ce qui peut avoir pour effet l'exclusion d'une athlète ne présentant pas certaines caractéristiques biologiques retenus par rapport à la catégorie « femmes », une mesure jugée nécessaire et conforme à l'exigence de la proportionnalité (ATF 147 III 56-65). En réalité, la sentence du TAS, autant que l'arrêt du Tribunal fédéral qui la confirme, ne tranche pas véritablement la question posée de l'application valide du règlement de l'IAAF à l'athlète, si l'on observe l'arrêt noter que parmi les différents intérêts en présence, « on ne saurait affirmer que certains d'entre eux l'emporteraient clairement sur d'autres » (ATF 147 III 65) et que la Formation du TAS avait constaté que ce règlement n'était pas validé à proprement parler mais, au contraire, soumise à la réserve expresse de la possibilité d'effectuer un nouvel examen sous l'angle de la proportionnalité lors de son application dans un nouveau cas particulier, qui pourrait être le cas de la même athlète (ATF 147 III 64). Dans ces conditions, l'ordre public tel que défini par le Tribunal fédéral n'offre pas un rempart suffisant. L'affaire montre plutôt qu'une décision aussi incertaine, soumettant une athlète à un traitement médical comme un préalable à sa participation à une compétition réservée aux femmes, tout en lui assurant que la décision pourrait être retournée suivant un nouvel examen, ne répond pas à un objectif légitime de justice et constitue de ce fait une atteinte insupportable aux valeurs essentielles de respect de la personne présentant une caractéristique sexuelle différente de ce que l'on définit comme étant « normal ». Le grief invoquant une discrimination fondée sur la morphologie d'athlètes d'origines ethniques diverses est difficile à soutenir dans le contexte de l'ordre public dès lors qu'il repose très largement sur l'appréciation d'éléments factuels (cf. ATF 2.6.2021, 4A\_618/2020, c. 5.3).

**135**

In fine, ajouter à l'ATF cité : ATF 1.10.2020, 4A\_156/2020, c. 6 ; puis continuer : Des honoraires d'avocats très élevés ou fixés en fonction du résultat ne heurtent pas, en règle générale, l'ordre public (cf. ATF 26.7.2018, 4A\_125/2018, c. 3).

**136**

2<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF cité du 20.12.2016, c. 4.1 ; ATF 144 III 130.

5<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 23.5.2012, 4A\_654/2011, c. 4.2 ; ATF 5.1.2016, 4A\_319/2015, c. 4.2.2.

10<sup>e</sup> ligne, insérer : Il en va de même lorsque le Règlement du TAS est en jeu (ATF 20.4.2017, 4A\_692/2016, c. 5.2).

In fine, ajouter aux ATF cités : ATF 15.4.2015, 4A\_554/2014, c. 2.2 ; ATF 26.4.2016, 4A\_342/2015, c. 2.2.2, 4.1.2 ; ATF cité du 20.12.2016, c. 4.1, 4.3 ; ATF 10.2.2021, 4A\_430/2020, c. 7.1. Même si le droit suisse est en jeu, il n'est observé qu'avec la même distance qu'un droit étranger (ATF cité du 4.3.2019, c. 4.5.1 ; ATF 18.9.2020, 4A\_324/2020, c. 7.1 ; ATF 6.1.2021, 4A\_346/2020, c. 6.2.4). Le fait qu'une règle de la loi applicable soit impérative, s'imposant aux parties, ne signifie pas qu'elle relève de l'ordre public (ATF 30.6.2016, 4A\_132/2016, c. 3.2.2).

### 137

5<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF mentionnés : ATF 13.12.2016, 4A\_116/2016, c. 4.2.3 ; ATF cité du 20.12.2016, c. 4.1 ; ATF 4.3.2019, 4A\_318/2018, c. 4.3.1, Guerrero.

In fine, ajouter : Cela a été confirmé par le premier arrêt qui admettait une violation de l'ordre public matériel en référence à l'art. 27 al. 2 CCS, constatant que le principe consacré dans cette disposition fait partie de l'ordre des valeurs largement reconnu qui devrait constituer, selon l'opinion dominante en Suisse, le fondement de tout ordre juridique (ATF 138 III 329). En l'espèce, le Tribunal fédéral cite sa jurisprudence considérant une restriction contractuelle de la liberté économique excessive au regard de l'art. 27 al. 2 CCS si elle limite cette liberté dans une mesure telle que les bases de l'existence économique de la personne sont mises en danger (c. 4.3.2). La sanction disciplinaire interdisant à un joueur l'exercice de sa profession jusqu'au paiement d'une dette très importante envers un ancien club, solidairement portée par le joueur et son nouveau club, constitue une violation grave et manifeste de sa personnalité et méconnaît dès lors les restrictions posées à la liberté de s'engager par acte juridique, telles qu'elles sont ancrées à l'art. 27 al. 2 CCS (ATF 138 III 329-332). Si la sanction est limitée dans le temps et fondée sur un cas de dopage, l'ordre public n'est pas lésé (ATF 21.3.2013, 4A\_522/2012, c. 4.2.2 ; ATF cité du 4.3.2019, c. 4.5). Le Tribunal fédéral observe par ailleurs que le moyen de l'incompatibilité de la sentence avec l'ordre public ne doit pas aboutir à la création d'une « véritable lex sportiva » par la voie prétorienne (ATF 18.6.2012, 4A\_488/2011, c. 6.2 ; ATF 147 III 59). Une interdiction de poursuivre une activité sportive pendant cinq ans n'est pas excessive, sous l'angle de l'art. 27 CCS et de l'ordre public, dans un cas où elle résulte de la violation de règles sur la sanction de manipulations ou de la corruption (ATF 27.3.2014, 4A\_362/2013, c. 3.4, 4A\_448/2013 ; ATF 29.6.2017, 4A\_600/2016, c. 7, Platini ; ATF 7.5.2019, 4A\_540/2019, c. 4, non publié *in* ATF 145 III 266 ss). Aussi, les modes de financement du football professionnel, qui « paraissent échapper à l'entendement, eu égard aux sommes astronomiques en jeu et à l'opacité des relations nouées par les différents intéressés », n'impressionnent pas le Tribunal fédéral sous l'angle de l'art. 27 al. 2 CCS, au point de moduler le concept d'ordre public matériel, au regard d'une sentence qui ne fait qu'appliquer le système des transferts mis en place et dont les joueurs profitent à travers l'augmentation de leur rémunération (cf. ATF 13.12.2016, 4A\_116/2016, c. 4). Une « commission excessive » dont on devrait fixer la limite passe la rampe de l'ordre public sauf s'il s'agit d'un abus caractérisé ou d'une situation portant atteinte aux valeurs essentielles constituant le fondement de tout ordre juridique (ATF 27.11.2017, 4A\_312/2017, c. 3 ; ATF 144 III 134). Le respect de l'intégrité physique des sportifs internationaux ne trouve pas de reflet dans la jurisprudence. C'est ce que confirme l'accueil fait à la sentence du TAS exigeant d'une athlète ne répondant pas aux caractéristiques réglementaires pour être qualifiée de femme la prise de contraceptifs oraux pour réduire son taux de testostérone, entraînant des effets secondaires significatifs, en dépit du refus de son consentement, une telle mesure constituant certes une atteinte sérieuse au droit à l'intégrité physique, cependant sans affecter l'essence même de ce droit, excluant toute justification (ATF cité du 25.8.2020, c. 10.2, non reproduit dans l'ATF 147 III 49 ss). Une société frappée lourdement par les sanctions américaines à l'encontre de l'Iran ne subit pas une atteinte grave à sa liberté économique telle que les bases de son existence seraient mises en danger dès lors qu'elle peut continuer à déployer son activité commerciale et tirer ainsi des revenus importants (ATF 10.2.2021, 4A\_430/2020, c. 7.3).

*On comprend l'hésitation du Tribunal fédéral à dégager de l'ordre public un encadrement juridique plus consistant du sport professionnel et en matière de sanctions disciplinaires. Pourtant, ce n'est pas la voie prétorienne qui l'en empêcherait, car une telle évolution peut être fondée sur cette notion, si telle est la volonté politique des Juges fédéraux. Comme les arrêts du 18.6.2012 (C. 6.2) et du 13.12.2016 (c. 4.2.3) le remarquent, la jurisprudence a déjà tenu compte des particularités de l'arbitrage sportif par rapport à différentes questions spécifiques de procédure). L'ordre public matériel apparaîtrait dès lors*

*lacunaire si la même approche n'y était pas appliquée. Au demeurant, la notion d'ordre public figure dans la loi en tant que notion toute générale, si bien qu'il ne s'impose point de faire prévaloir une optique commerciale au détriment d'un ordre public du sport, ou inversement. De plus, dès lors que l'ordre public doit être apprécié et se construire en fonction des résultats, eu égard aux intérêts en jeu (n° 123), une différenciation selon que l'on se trouve dans le domaine économique ou dans celui du sport doit se produire de toute manière. Enfin, l'ordre public sportif est principalement sensible dans le domaine de certaines pratiques de financement et des sanctions disciplinaires jugées à l'aune de l'art. 27 al. 2 CCS, c'est-à-dire au regard d'une disposition fondamentale du droit suisse sur la protection de la personnalité qui a déjà donné lieu dans le passé à d'autres développements jurisprudentiels importants, tel le domaine de la concurrence, avant d'être repris et consolidés par le législateur. Dès lors, on peut regretter que le Tribunal fédéral reste les bras croisés devant des pratiques du football professionnel dont il admet qu'elles se situent hors de tout rayon de moralité, en arguant simplement que les joueurs n'ont pas fait plus de mal que d'en profiter. Ce ne sont pas les germes qui manquent pour donner au sport professionnel et à la pratique des sanctions disciplinaires un cadre juridique plus cohérent. N'est-ce pas absurde de voir le Tribunal fédéral déclarer devoir « renoncer à pénétrer sur le terrain miné des rapports entre le football et l'argent », qui « paraissent échapper à l'entendement », eu égard aux sommes astronomiques en jeu et à l'opacité des relations nouées par les intéressés (ATF du 13.12.2016, c. 4.2.3), pour finalement s'en faire le complice, au motif que cela serait à l'avantage des joueurs compte tenu de l'augmentation de leur rémunération (c. 4.3.3) ? C'est à cela que correspond l'ordre public suisse, dont le Tribunal fédéral se plaint à dire qu'il représente les valeurs essentielles qui devraient constituer le fondement de tout ordre juridique (n° 118) ? On ressent également une certaine gêne en lisant le considérant de l'arrêt du 25.8.2020 au sujet de l'athlète sudafricaine à laquelle on oppose un traitement médical représentant une atteinte sérieuse à son intégrité physique, observant que cela aurait lieu « sur la base d'un consentement qu'elle n'a pas exprimé de façon entièrement libre et éclairé » (c. 10.2, non reproduit dans l'ATF 147 III 49 ss) – observation tendancieuse, étant donné qu'il est notoire qu'elle a refusé d'emblée de subir un tel traitement.*

#### **138**

In fine, ajouter : L'ordre public matériel n'inclut pas le principe d'autonomie de l'association (ATF 20.6.2013, 4A\_682/2012, c. 7, Egyptian Football Association).

#### **139**

In fine, ajouter : On ne doit pas compter avec une occasion de faire valoir qu'une décision ne contenait aucune indication des voies de droit, ce d'autant que l'on attend du justiciable qu'il fasse preuve de diligence en recherchant lui-même les informations nécessaires (ATf 17.9.2020, 4A\_618/2019, c. 5).

#### **140**

2<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 2.9.2014, 4A\_606/2013, c. 5.3 ; ATF 6.10.2015, 4A\_34/2015, c. 4.3.2 ; ATF 20.9.2016, 4A\_616/2015, c. 4.3.1 ; ATF 24.11.2016, 4A\_497/2015, c. 5 ; ATF 2.12.2016, 4A\_522/2016, c. 3.2.1 ; ATF 29.7.2020, 4A\_462/2019, c. 6.2.5 ; ATF 147 III 63 s. ; ATF 17.9.2020, 4A\_618/2019, c. 4.5 ; puis compléter : ni la présomption d'innocence et le principe *in dubio pro reo* tels que connus en droit pénal (ATF 18.6.2012, 4A\_488/2011, c. 6.2).

#### **141**

Ajouter aux ATF mentionnés : ATF 144 III 131.

#### **142**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 23.5.2012, 4A\_654/2011, c. 4.2 ; ATF 12.7.2012, 4A\_150/2012, c. 5.2.1 ; ATF 6.12.2012, 4A\_276/2012, c. 3.2 ; ATF 15.7.2013, 4A\_188/2013, c. 3.2.2 ; ATF 29.4.2020, 4A\_548/2019, c. 7.3.

In fine, ajouter : Cependant, il n'est pas convaincant de mélanger ce motif à ces concepts d'une nature différente, écartant même la sanction d'une incohérence affectant le contenu essentiel de la sentence (cf. la critique de Patocchi/Favre-Bulle, RSDIE 2012 p. 373 s.). L'appréciation arbitraire d'un fait ne constitue pas un grief selon l'art. 190 al. 2 (ATF 26.1.2017, 4A\_716/2016, c. 3.2).

#### **147**

13<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 6.12.2012, 4A\_276/2012, c. 3.1 ; ATF 19.2.2013, 4A\_550/2012, c. 4.1 ; ATF 30.9.2013, 4A\_232/2013, c. 5.1.2 ; ATF 24.11.2016, 4A\_497/2015, c. 5.1 ; ATF cité du 2.12.2016, c. 3.2.2 ; ATF 30.5.2017, 4A\_532/2016, c. 3.2.2 ; ATF 11.7.2017, 4A\_50/2017, c. 4.2.1 ; ATF 11.1.2018, 4A\_56/2017, c. 4.1 ; ATF 26.7.2018, 4A\_404/2017, c. 4.1 ; ATF 18.6.2020, 4A\_70/2020, c. 7.3.1 ; ATF



8.4.2021, 4A\_516/2020, c. 4.2.2.

18<sup>e</sup> ligne, compléter par : comme on ne lui imputera pas une violation de l'ordre public matériel « quand bien même il aurait interprété ou appliqué de manière insoutenable les dispositions pertinentes de la loi entrant en ligne de compte ou les clauses topiques du contrat » (ATF 2.5.2012, 4A\_14/2012, c. 5.2.1).

18<sup>e</sup> - 21<sup>e</sup> lignes : biffer cette phrase, remplacée par le n° 154a.

23<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF du 22.2.1999 : ATF 25.6.2019, 4A\_494/2018, c. 5.2.

#### 148

In fine, ajouter aux ATF cités : ATF 11.10.2012, 4A\_76/2012, c. 4.2.

#### 150

In fine, ajouter : Pour le Tribunal fédéral, l'objectif, faussement attribué à l'art. 190 al. 2 lit. e, est atteint : Aucune sentence n'est jamais attaquable en référence au principe *pacta sunt servanda* (cf., également, la critique de Kaufmann/Rigozzi, n° 8.199 ; Poncet, EIAR 2016 p. 55 s.).

#### 151

11<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 1.10.2012, 4A\_312/2012, c. 6.2.

#### 152

8<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 12.7.2012, 4A\_150/2012, c. 5.1 ; ATF cité du 1.10.2012, c. 6.1, ATF 21.5.2015, 4A\_634/2014, c. 5.1.1 ; ATF 5.1.2016, 4A\_319/2015, c. 4.1 ; ATF cité du 2.12.2016, c. 3.2.2 ; ATF 6.1.2021, 4A\_346/2020, c. 6.2.1 ; ATF 15.2.2021, 4A\_660/2020, c. 3.2.

16<sup>e</sup> ligne, insérer : Il s'agirait d'une « jurisprudence solidement établie » qui ne touche même pas à une interprétation insoutenable de la loi applicable ou des dispositions du contrat (ATF cité du 2.5.2012, c. 5.2.1).

#### 154

11<sup>e</sup> ligne, insérer : Le Tribunal fédéral connaît bien ce principe fondamental, dont il rappelle qu'il est également reconnu en droit international coutumier (cf. ATF 142 II 35 ss, 39 ; 142 II 161 ss, 167 ; 143 II 224 ss, 229 s. ; 143 II 628 ss, 637 ; 147 II 1 ss, 6). Cependant, il n'a pas donné d'indication ...

In fine, ajouter : Les lacunes et confusions du raisonnement du Tribunal fédéral sont trop évidentes (cf. Bucher, Jusletter, 8.5.2017, n° 41-47).

#### 154a n

S'enfonçant davantage encore dans le déni du droit international, le Tribunal fédéral affirme que le principe de la fidélité contractuelle ne trouverait pas à s'appliquer lorsque l'interprétation n'est pas fondée sur une méthode contractuelle, mais sur les règles édictées par une association sportive majeure, qui suit la méthode de l'interprétation à l'égal d'une loi (ATF 2.6.2021, 4A\_618/2020, c. 5.4.3). L'expression de « fidélité contractuelle » sert donc de réduction à la portée du principe *pacta sunt servanda*. On méconnaît complètement que ledit principe trouve son origine dans la Convention de Vienne dans laquelle il s'applique à l'interprétation des traités, de sorte qu'il peut s'appliquer *mutatis mutandis* à l'interprétation des lois autant qu'à celle des contrats. C'est ce que le Tribunal fédéral avait compris dans des arrêts antérieurs, constatant l'absence de pertinence du grief de la violation de dispositions statutaires d'un organisme de droit privé au motif que l'argument sort du champ de l'ordre public propre à l'arbitrage international à l'instar du processus d'interprétation d'un contrat (ATF 7.10.2008, 4A\_258/2008, c. 4.2 ; ATF 13.12.2016, 4A\_116/2016, c. 4.1). Le nouvel arrêt ne fait pas mention de cette jurisprudence.

#### 155

5<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 142 III 442 ss, 452.

In fine, ajouter : Lorsqu'il évoque le principe *pacta sunt servanda* en matière de bail, le Tribunal fédéral poursuit en notant que ce principe, valable sans restriction, fait même partie de l'ordre public, lorsque des partenaires contractuels concluent un contrat à armes égales (ATF 142 III 452 s.), sans faire allusion à la réduction caricurale qui en est faite en matière d'arbitrage international.

#### 157

In fine, ajouter : Quant au droit comparé, cf., entre autres, Hachem, Festschrift Schwenger, p. 647-667. Récemment, le Tribunal fédéral a porté l'incohérence au cœur du droit suisse de l'arbitrage, en constatant que le tribunal arbitral avait considéré à juste titre qu'en l'espèce, une partie ne pouvait pas se soustraire à son devoir de désigner un arbitre, ce devoir étant fondé « sur le principe général de l'effet obligatoire des contrats (*pacta sunt servanda*) » (ATF 10.1.2013, 4A\_146/2012, c. 3.4.3 in fine, Israel), de même que l'obligation de se soumettre à une tentative préalable de conciliation (ATF 142 III 296 ss, 314) ; comment est-ce possible alors que ce même principe recouvre un sens radicalement différent lorsqu'il est appliqué dans le contexte du motif de recours de l'art. 190 al. 2 lit. e en tant que « principe juridique fondamental » ?

#### 157a n

Un autre contraste est venu s'ajouter récemment, lorsqu'une partie recourante a invoqué, à titre de respect du principe *pacta sunt servanda*, son droit d'être dédommée de façon équitable en vertu du Traité sur la Charte de l'énergie (ATF 6.10.2015, 4A\_34/2015, c. 5.3.1, non reproduit dans l'ATF 141 III 495 ss). Le Tribunal fédéral rappelle la primauté du droit international sur le droit interne, mais il estime qu'en ne la respectant pas en l'espèce, il n'en résulte pas nécessairement une incompatibilité avec la définition restrictive de l'ordre public matériel. Tout en se débarrassant de la question en la qualifiant de « théorique », on aurait pu s'attendre à une réflexion sur la contradiction qu'il y a d'affirmer le principe *pacta sunt servanda* en tant que droit fondamental, comprenant le droit international, pour ensuite ne pas le respecter eu égard à une notion nationale d'ordre public qui consacrerait ledit principe mais ce de façon restrictive. Les principes fondamentaux du droit international mériteraient plus d'égards.

158

In fine, ajouter : cf., de même, Kaufmann/Rigozzi, n° 8.204

## Bibliographie

### LDIP :

LUCA BEFFA, Challenge of international arbitration awards in Switzerland for lack of independence and/or impartiality of an arbitrator – Is it time to change the approach ?, ASA 29 (2011) p.598-606 ; MARTIN BERNET/JÖRN ESCHMENT, Liability of Arbitrators under Swiss Law: Legal Basis and Limitations of Arbitral Immunity, SchiedsVZ 14 (2016) p. 189-195 ; SÉBASTIAN BESSON, Role of Arbitrators and Arbitral Institutions in Subsequent Court Proceedings, *in* Post Award Issues, Huntington, NY 2011, p. 93-112 ; IDEM, Le recours contre la sentence en droit suisse, Rev.arb. 2018 p. 99-120 ; ANDREAS BUCHER, Que devient le droit (civil) international au Tribunal fédéral?, Jusletter, 8.5.2017 ; CHRISTOF BURRI, Setting Aside of International Commercial Arbitral Awards in Switzerland, Jusletter 30.6.2014 ; MASSIMO COCCIA, The Jurisprudence of the Swiss Federal Tribunal on Challenges Against CAS Awards, *in* International Sports Law and Jurisprudence of the CAS, Berne 2014, p. 169-208 ; BERNARD Corboz *et al.*, Commentaire de la LTF, 2<sup>e</sup> éd. Berne 2014 ; FELIX DASSER/PIOTR WÓJTOWICZ, Challenges of Swiss Arbitral Awards – Updated Statistical Data as of 2017, ASA 36 (2018) p. 276-294 ; Xavier FAVRE-BULLE, L'effet cassatoire des décisions du Tribunal fédéral suisse et les pouvoirs (circonscrits) des arbitres de restatuer, Cahiers 2013 p. 417-438 ; TARKAN GÖKSU, Schiedsgerichtlicher Instanzenzug, Welches Verfahren bei Rechtsmitteln an ein Oberschiedsgericht?, ASA 34 (2016) p. 606-628 ; PHILIP HABERBECK, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG, Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs in internationalen Schiedsverfahren, AJP 24 (2015) p. 1413-1426 ; PASCAL HACHEM, Die Konturen des Prinzips Pacta Sunt Servanda, *in* Private Law, national, global, comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Berne 2011, p. 647-667 ; LAURENT HIRSCH, Le recours au Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international, *in* Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz, Genève 2019, p. 375-398 ; PHILIPPE HOVAGUIMIAN, Non-reviewable Facts in Swiss Annulment Proceedings Undermining the Safeguards of Art. 190 PILA, ASA 36 (2018) p. 89-108 ; CESARE JERMINI/NICOLA BERNARDONI, Suspensive Effect of Challenges Against International Arbitral Awards in Switzerland : A Trend Towards More Frequent Grants ?, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2011, Zurich 2011, p. 79-97 ; FRANZ KELLERHALS/STEFANIE PFISTERER, Wer bestimmt das Honorar der Schiedsrichter ?, *in* Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis, Munich 2012, p. 449-467 ; JAN KLEINER, Die Anfechtung von internationalen Schiedssprüchen des Court of Arbitration for Sport (CAS), 2013 und 2014, *in*, Sportrecht, t. II, Berne 2018, p. 337-391 ; CHRISTOPHER KOCH, The Limits of Arbitrators' Powers to Adjudicate Fees and Expenses, Arb.Int. 27 (2011) p. 233-248 ; CATHERINE ANNE KUNZ, Review of the Recent Case Law of the Swiss Federal Supreme Court, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2000, p. 131-165 ; JOHANNES LANDBRECHT, Rechtsschriften an das Bundesgericht in englischer Sprache – nur in welcher?, ASA 39 (2021) p. 306-314 ; CHRISTIAN LUCZAK, Beschwerde gegen Schiedsgerichtsentscheide, *in* Prozessieren vor Bundesgericht, 4<sup>e</sup> éd. Bâle 2014, p. 305-355 ; OLIVIER MARQUAIS, Les impacts de l'addendum de l'article 35 du Règlement d'arbitrage de la CCI sur les délais du recours en annulation, en droits suisse, anglais et français, Rev.arb. 2015 p. 781-796 ; DANIEL MARUGG, Die Schiedsbeschwerde - anspruchsvoll und selten erfolgreich, ZZZ 14 (2019) p. 41-44 ; MARTIN MOLINA, Swiss Federal Supreme Court Annuls Belated Award of „Resigning“ Arbitrator: A Curse in Disguise?, ASA 32 (2014) p. 635-644 ; MARCEL ALEXANDER NIGGLI *et al.*, Bundesgerichtsgesetz, 2<sup>e</sup> éd. Bâle 2011 [BSK-BGG] ; CHRISTIAN OETIKER/CLAUDIA WALZ, Non-Compliance with Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Switzerland, ASA 35 (2017) p. 872-887 ; GIULIO PALERMO/MALCOLM ROBACH, Judicial Review of Arbitrators' Fees, A Swiss law perspective, ASA 32 (2014) p. 595-608 ; PAOLO MICHELE PATOCCHI, Justice by Specialists: Advantages and Risks (Real and Perceived), *in* Sports Arbitration, Huntington NY 2015, p. 31-57 ; STEFANIE PFISTERER, Die Befristung der Schiedsvereinbarung und die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts “ratione temporis” - eine Illusion, *in* Festschrift für Anton K. Schnyder, Zurich 2018, p. 275-294 ; ANDREA PINNA, Les approches suisse et française du contrôle de la conformité à l'ordre public international, Cahiers 2018 p. 465-483 ; CHARLES PONCET, When is a “Swiss” “award” appealable?, Cahiers 2012 p. 135-155 ; IDEM, Brexit is Irrelevant to the Future of Arbitration in Switzerland, EIAR 5 (2016) p. 51-56 ; CHARLES PONCET/LUISA MOCKLER, Res judicata: A Contribution to the Debate on Claim Preclusion in International Arbitration, *in* Liber amicorum en l'honneur de William Laurence Craig, Paris 2016, p. 309-324 ; ELENA RAPPOLD MÜLLER, Suspensive effect of an appeal against an arbitral award in Switzerland, *in* Selected Papers on International Arbitration, vol. 1, Berne 2011, p. 73-100 ; MATTHIAS SCHERER, Mission Impossible? – Challenging Investment Treaty Awards before the Swiss Federal Tribunal, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2000, p. 27-76 ; MARCO STACHER, Nicht- und Scheinschiedssprüche sowie nichtige Schiedssprüche, ZZZ 11 (2016) p. 321-344 ; IDEM, Jurisdiction and Admissibility under Swiss Arbitration Law – the Relevance of the Distinction and a New Hope, ASA 38 (2020) p. 55-74 ; MLADEN STOJILJKOVIĆ, Arbitral Jurisdiction and Court Review: Three Swiss Federal Supreme Court Decisions to Reconsider, ASA 34 (2016) p. 897-916 ; PIERRE TERCIER (éd.), Post Award Issues, ASA Special Series, n° 38, Huntington, NY 2011 ; JACQUES VAN COMPERNOLLE, L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme : une décision en clair-obscur de la Cour européenne, Revue trimestrielle des droits de l'homme 29 (2018) n° 113, p. 199-212 ; NATALIE VOSER/JULIE RANEDA, Recent Developments of Res Judicata in International Arbitration from a Swiss Perspective : A Call for a Harmonized Solution, ASA 33 (2015) p. 742-779 ; CORINNE WIDMER LÜCHINGER, Zum Ordre Public nach Art. 190 Abs. 2

lit. e IPRG bei schwachem oder fehlendem internationalen Bezug, Zugleich ein Beitrag zu Art. 353 Abs. 2 ZPO, in *Das Zivilrecht und seine Durchsetzung*, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 733-748 ; NIKLAUS J. ZAUGG, *Verfahrensgliederung in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Wirkungsweise von Teil- und Zwischenschiedssprüchen unter dem 12. Kapitel IPRG*, Zurich 2014 ; PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, *La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du Sport*, in *Citius, Altius, Fortius, Mélanges en l'honneur de Denis Oswald*, Bâle 2012, p. 483-537.

*Droit international privé étranger et comparé :*

HOSSEIN ABEDIAN, *Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration, A Case for an Efficient System of Judicial Review*, JIA 28 (2011) p. 553-590 ; HARALD BAUM, *Die Anwendung des « falschen » Rechts durch ein Schiedsgericht*, in *Festschrift für Anton K. Schnyder*, Zurich 2018, p. 19-33 ; PIERO BERNARDINI, *The finality of international arbitral awards*, Riv.arb. 26 (2016) p. 407-422 ; LOUIS CHRISTOPHE DELANOY, *Un jour noir pour le blanchiment: l'arrêt République du Kirghizistan (Cour d'appel de Paris) du 21 février 2017*, ASA 35 (2017) p. 551-566 ; FRANCO FERRARI/FRIEDRICH ROSENFELD, *Yukos revisited, A case comment on the set-aside decision in Yukos Universal Limited (Isle of Man) et al. v. Russia*, IPRax 36 (2016) p. 478-484 ; GEOFFROY DE FOESTRAETS, *Le contrôle de la contradiction des motifs d'une sentence arbitrale : vers une solution plus mesurée ?*, RDIDC 89 (2012) p. 171-200 ; LAURENT GOUFFÈS/LUCIE CHATELAIN, *L'annulation en France des sentences arbitrales rendues sur le fondement de traités d'investissement*, Rev.arb. 2017 p. 839-865 ; FRANÇOIS KNOEPFLER, *L'opinion dissidente dans l'arbitrage commercial international: une hypocrisie*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Paris 2015, p. 415-429 ; WALTER H. RECHBERGER, *Zur Rechtsnatur der Anfechtung von Schiedssprüchen*, in *Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis*, Munich 2012, p. 801-818 ; NILS CHRISTIAN WIGHARDT, *Rückverweisung des Schiedsspruchs an das Schiedsgericht, Vorschläge zur Reform nach Art. 34 Abs. 4 UNITRAL-Modellgesetz*, Frankfurt a.M. 2013 ; BASILE ZAJDELA, *L'autorité de la chose jugée devant l'arbitre du commerce international*, Bruxelles 2018.

### **Jurisprudence récente** (en sus de ce qui est dit supra)

ATF 1.4.2021, 4A\_332/2020 (*Le tribunal arbitral dont il manque l'indépendance ou l'impartialité est composé de manière irrégulière. – c. 2.3.1. – Cependant, ce grief ne peut être adressé au tribunal arbitral constitué après le retrait de l'un des arbitres, visé par une demande en récusation, arguant que ce tribunal aurait dû répéter des actes de procédure auxquels avait assisté l'arbitre récusé afin de ne pas être entaché également de l'irrégularité affectant de tels actes. – c. 2.3.2-2.3.4. – Faute d'une prescription particulière sur la question, le tribunal arbitral en décide conformément à l'art. 182 al. 1 et dans le respect des principes de l'art. 182 al. 3. – Ces principes étant décisifs dans le contexte du grief de l'art. 190 al. 2 lit. d, il n'y a pas eu de violation du droit d'être entendu en l'espèce – c. 3, ni de l'ordre public procédural. – c. 4.)*

ATF 15.3.2021, 4A\_626/2020, c. 3 (*Le respect du délai d'appel au TAS est une condition de recevabilité de l'appel, qui ne concerne pas la compétence du tribunal arbitral. L'inobservation d'un tel délai n'entraîne en effet pas l'incompétence du TAS. Par conséquent, le grief tiré du non-respect du délai d'appel au TAS ne s'inscrit pas dans le cadre tracé par l'art. 190 al. 2 lit. b. L'arrêt confirme notamment l'ATF 28.10.2019, 4A\_413/2019.)*

ATF 25.8.2020, 4A\_248/2019, c. 7, non reproduit dans l'ATF 147 III 49 ss (*Il est douteux que le grief que le tribunal arbitral aurait indûment restreint son pouvoir d'examen puisse, de ce seul fait, être qualifié de tribunal irrégulièrement composé. Une limitation inadmissible du pouvoir d'examen pourrait tout au plus constituer une atteinte au droit d'être entendu, condition non réalisée en l'espèce.)*

ATF 146 III 142 ss (*Saisi du grief fondé sur l'art. 190 al. 1 lit. b, le Tribunal fédéral examine librement les questions de droit, y compris les questions préalables, qui déterminent la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral, tels les termes « investissement » ou « investisseur » dans des traités bilatéraux d'investissement. En l'espèce, le tribunal arbitral a eu tort de limiter la définition d'investissement à un investissement « actif », restriction qui ne se trouve pas dans le TBI liant l'Espagne et le Venezuela. Le Tribunal fédéral ne conclut pas à la compétence du tribunal arbitral, l'affaire lui étant renvoyée afin qu'il examine si l'objection d'un abus de droit est fondée.)*

ATF 6.1.2020, 4A\_287/2019, c. 5.2 (*La décision prise par la Commission de récusation du Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport, CIAS, ne peut faire l'objet d'un recours direct au Tribunal fédéral et ne saurait lier celui-ci.)*

ATF 28.10.2019, 4A\_413/2019 (*Le refus de constater l'incapacité de postuler d'un avocat et d'interdire à celui-ci de représenter son client en raison d'un prétendu conflit d'intérêt est une décision incidente qui ne porte ni sur la compétence ni sur une question de récusation, seule la recevabilité de l'action étant en jeu, dont l'examen suppose d'ailleurs qu'un vice sur ce point ait été soulevé immédiatement. – c. 3.3.1, 3.3.3. Le dépôt de l'appel au TAS au-delà du délai fixé dans les règles statutaires ou de dispositions légales applicables ne concerne pas la compétence du TAS mais la question de la qualité pour agir, c'est-à-dire un point de procédure qui ne peut faire l'objet d'un grief à soumettre au Tribunal fédéral au moyen d'un recours contre une sentence arbitrale internationale. Cela sous-entend que le non respect du délai rend l'action irrecevable sans priver le TAS de sa compétence et sans permettre à une partie d'attendre l'écoulement du délai pour*

*alors saisir les tribunaux étatiques suisses et de cour-circuiter ainsi la juridiction arbitrale sportive par la seule inaction. – c. 3.3.2, point confirmé dans l'ATF cité du 6.1.2020, c. 4.2)*

*ATF 16.10.2019, 4A\_292/2019, c. 3.4 (Prendre contact avec les conseils des parties en vue du choix du président du tribunal arbitral ne soulève pas d'objections sous l'angle de l'indépendance et de l'impartialité des co-arbitres.)*

*ATF 6.6.2019, 4A\_146/2019, c. 2 (La décision de nomination d'un arbitre prise par un organisme privé, tel un organe du TAS, ne constitue pas une sentence et n'est dès lors pas susceptible d'un recours direct au Tribunal fédéral ; une telle désignation ne pourra être revue que dans le cadre d'un recours dirigé contre la première sentence attaquable rendue par ledit arbitre.)*

*ATF 19.12.2018, 4A\_394/2017, c. 4 (La décision du tribunal arbitral relative au désistement d'instance, respectivement d'action, relève de la procédure et non de la compétence, ce qui signifie qu'un grief y relatif n'est pas recevable, sauf dans l'hypothèse d'une atteinte à l'ordre public procédural, non réalisée en l'espèce.)*

*ATF 11.12.2018, 4A\_65/2018, c. 2.4, 3.1 et 3.2 (Le grief d'incompétence comprend l'objection que le tribunal arbitral a mal défini le champ matériel d'application d'un traité bilatéral d'investissement, ce qui ne se confirme pas en l'espèce, étant donné que le traité en cause protège tant les investissements indirects que les préinvestissements.)*

*ATF 18.4.2018, 4A\_247/2017, c. 4.2.2.2 (La suspension du procès en cas de litispendance est une règle de compétence dont la violation relève de l'art. 190 al. 2 lit. b LDIP.)*

On est étonné de voir ici réveillé le vieux précédent de l'arrêt Fomento, ATF 127 III 279 ss, 283, fondé sur l'idée que l'arbitre siégeant en Suisse aurait à respecter l'art. 9 LDIP. En fait, l'enjeu portait sur une ordonnance de procédure par laquelle le Tribunal arbitral avait admis sa compétence tout en refusant la reconnaissance d'un jugement russe qui n'avait point répondu à une exception d'arbitrage soulevée devant lui.)

*ATF 14.12.2017, 4A\_157/2017, c. 3.3.4 (Le grief d'incompétence comprend l'examen du terme « investissement » utilisé dans un traité bilatéral d'investissement.)*

*ATF 20.11.2017, 4A\_407/2017, arbitrage CPC (La décision du juge d'appui de nommer un arbitre n'est pas susceptible de recours. – c. 2.2.1. En revanche, une telle décision peut être revue par le tribunal arbitral. – c. 2.3.1.2. Le grief fait au tribunal arbitral d'avoir violé le mécanisme contractuel d'un préalable à l'arbitrage revient à reprocher au tribunal arbitral de ne pas s'être déclaré incompétent. – c. 2.4.2.)*

*ATF 7.2.2017, 4A\_492/2016, c. 3 (grief non fondé selon lequel le TAS serait, dans le cas particulier, seul compétent, à l'exclusion de la chambre de la FIFA)*

*ATF 27.1.2017, 4A\_546/2016, c. 1.2.3, arbitrage CPC (Le recours est irrecevable contre la décision d'une autorité non judiciaire ayant procédé à la nomination ou à la récusation d'un arbitre.)*

*ATF 142 III 296 ss, 301 (Le grief de la violation d'un mécanisme contractuel constituant un préalable obligatoire à l'arbitrage est rattaché, en quelque sorte par défaut, au grief de l'incompétence du tribunal arbitral. Le Tribunal fédéral en examine librement les questions de droit.)*

*ATF 142 III 220 ss, 223 s., arbitrage CPC (Le grief de l'art. 393 lit. b CPC correspond à celui de l'art. 190 al. 2 lit. b LDIP, s'agissant en l'espèce de la validité d'une clause arbitrale statutaire.)*

*ATF 21.5.2015, 4A\_709/2014, c. 3.2 (Le grief tiré de la composition irrégulière du tribunal arbitral inclut l'hypothèse dans laquelle le tribunal a été constitué en violation de la convention des parties du fait du non-respect du nombre d'arbitres indiqué dans la convention d'arbitrage. En l'espèce, le grief n'est pas retenu s'agissant d'un arbitre affirmant son indépendance alors qu'il s'est fait assisté d'un conseil et d'un secrétaire pour gérer la procédure arbitrale.)*

*ATF 25.11.2014, 4A\_586/2014 (recours irrecevable contre la décision d'une autorité de nomination non judiciaire, tel le « International Council of Arbitration for Sport, ICAS »)*

*ATF 23.7.2014, 4A\_118/2014, c. 3.1 (L'arbitrabilité subjective est à examiner dans le cadre du moyen de recours relatif à la compétence.)*

*ATF 7.7.2014, 4A\_124/2014, c. 3.2 (Le grief de la violation d'un mécanisme contractuel constituant un préalable obligatoire à l'arbitrage est rattaché, en quelque sorte par défaut, au grief de l'incompétence du tribunal arbitral.)*

*ATF 140 III 75 ss, 83-85, obs. Stacher, AJP 2014 p. 1550 (La position de l'arbitre qui statue hors le délai fixé à sa mission s'apparente à celle d'un arbitre se déclarant à tort compétent, au sens du grief de l'art. 190 al. 2*

lit. b ; elle n'est pas assimilable à celle d'un arbitre qui n'avait pas été nommé régulièrement, au sens de l'art. 190 al. 2 lit. a.)

*Cela laisse encore en suspens la situation de l'arbitre statuant au fond hors délai, après avoir constaté sa compétence par une décision incidente entrée en force. S'agit-il alors encore d'un grief d'avoir statué hors sa compétence, limitée dans la durée ? Sur la question dans son ensemble, qui mériterait d'être revue, cf. les observations critiques de Molina, ASA 2014 p. 642-644, et de Pfisterer, Festschrift Schnyder, p. 785, considérant que la limitation dans le temps prévue par les parties vise le fonctionnement du tribunal arbitral et non la validité de la clause arbitrale.*

ATF 13.11.2013, 4A\_282/2013 – ATF 139 III 511 ss, uniquement c. 4, obs. Stacher, AJP 2014 p. 1548 (*La désignation d'un arbitre unique au lieu d'un tribunal arbitral composé de trois membres, et ce contrairement à la volonté des parties exprimée dans la clause compromissoire, entre dans les prévisions de l'art. 190 al. 2 lit. a – c. 4, 5.2 ; encore faut-il, cependant, que la partie qui s'estime lésée ait réagi immédiatement, ce à défaut elle est considérée comme ayant laissé périmer le moyen tiré de cette disposition – c. 5.3 et 5.4. Par ailleurs, la question demeure ouverte si des vices de moindre importance (des « peccadiles », n'affectant pas réellement la constitution du tribunal arbitral, peuvent constituer un grief valable au regard de cette même règle – c. 4.)*

ATF 29.5.2013, 4A\_620/2012, c. 3.3 (*La décision d'un organe privé au sujet de la récusation ne peut être portée directement devant le Tribunal fédéral ; un grief peut cependant être présenté à l'occasion du recours contre une sentence susceptible de faire l'objet d'un tel moyen.)*

ATF 18.3.2013, 4A\_388/2012, c. 3.1, obs. Stacher, AJP 2014 p. 1559 (*Le grief touchant à l'arbitrabilité du litige relève de la compétence du tribunal arbitral.)*

ATF 17.1.2013, 4A\_538/2012, c. 4.3, obs. Stacher, AJP 2014 p. 1545 (*La question de savoir si le tribunal a été saisi par des personnes aptes à le faire ou par un falsus procurator ressort à la compétence ratione personae et non à la régularité de la constitution du tribunal arbitral.)*

ATF 10.1.2013, 4A\_146/2012, c. 3.3, Israël (*Si la nomination d'un arbitre par le juge d'appui peut être revue à l'occasion d'un recours, une partie n'est pas recevable à porter un recours contre la désignation par les juridictions françaises d'un arbitre en lieu et place de celle-ci, motif pris du risque d'un déni de justice en cas d'impossibilité de constituer le tribunal arbitral, avant que le siège ait été fixé en Suisse.)*

ATF 11.12.2012, 4A\_414/2012, c. 2.3.1.1 (*En raison de l'effet rétroactif de la réinscription d'une société, partie à l'arbitrage, en vertu du droit qui lui est applicable, le grief de l'absence de compétence ratione personae du tribunal arbitral au moment où la décision incidente sur la compétence a été rendue n'est pas fondé ; de plus, cette condition de recevabilité pouvant encore se réaliser lorsque le tribunal arbitral rendra la sentence au fond, la contestation de la capacité d'être partie de l'intimée ne fera plus problème.)*

ATF 138 III 714 ss, 719 (*Le grief fondé sur le défaut de la capacité d'être partie d'une société à la suite d'un cas d'insolvabilité dans l'Etat étranger dont le droit détermine son statut peut faire l'objet d'un recours d'après l'art. 190 al. 2 lit.c.)*

ATF 27.6.2012, 4A\_54/2012, c. 2.1 (*La décision de la CCI de rejeter la récusation ne lie pas le Tribunal fédéral qui peut la revoir à l'occasion d'un recours contre la sentence), c. 2.2.1 (Le Tribunal fédéral se réfère alors aux principes constitutionnels applicables aux tribunaux étatiques, mais en tenant compte des « spécificités de l'arbitrage, et singulièrement de l'arbitrage international »).*

ATF 138 III 270 ss, 271-275, c. 2.2 (*irrecevabilité du recours dirigé contre la sentence finale et portant sur la récusation déjà tranchée par le juge cantonal ; cf. art. 180)*

ATF 2.11.2011, 4A\_424/2011, c. 3 (*récusation d'un expert, l'art. 393 lit. a CPC correspondant à l'art. 190 al. 2 lit. a LDIP)*

#### Art. 190a

*Cette nouvelle disposition réglant dorénavant la question de la révision des sentences, la partie y relative sous l'art. 191 (n° 60-70) y est transférée et complétée en conséquence, en conservant cependant pour l'instant l'ancienne numérotation.*

60

8<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF 118 II 199 ss : 142 III 521 ss, 525.

61

In fine, ajouter : En raison de l'effet dévolutif de la révision, le tribunal arbitral peut déclarer une telle demande irrecevable et renvoyer les parties à mieux agir devant le Tribunal fédéral (ATF 122 III 494). Cependant, les règles de la procédure arbitrale peuvent prévoir, le cas échéant, que le tribunal arbitral puisse en être saisi. Dans une telle hypothèse, cette instance l'emporte ; une procédure fédérale déjà engagée devrait être suspendue (en suivant la jurisprudence réglant les relations entre une révision de droit cantonal et une procédure devant le Tribunal fédéral, ATF 138 II 386 ss).

## 62

6<sup>e</sup> ligne, insérer : L'économie procédurale peut cependant commander une exception ; ainsi dans le cas où la demande de révision peut entraîner l'annulation de la sentence, dispensant ainsi le Tribunal fédéral de l'examen de nombreux griefs formulés à l'appui du recours en matière civile (ATF 22.12.2020, 4A\_318/2020, c. 2). [Puis continuer dans un nouveau paragraphe 62a.]

19<sup>e</sup> ligne, ajouter après la mention de l'ATF du 14.8.2008 : tandis que pour l'ATF 23.7.2012, 4A\_570/2011, c. 4.1, la révision est exclue dans un tel cas, ce que confirme l'ATF 23.9.2014, 4A\_247/2014, c. 2.3.

In fine, ajouter aux arrêts cités : ATF 10.12.2013, 4F\_8/2013, c. 2.

## 62b n

Afin d'améliorer la visibilité des règles importantes en pratique, le législateur a décidé de reprendre les motifs de révision des sentences de la LTF et de les placer à la suite de l'art. 190 sur le recours en matière civile, en y ajoutant une disposition sur le cas de la récusation. L'art. 190a consacre ainsi, à l'alinéa 1, le cas de la découverte de faits ou de moyens de preuve pertinents (lit. a ; cf. art. 123 al. 1 lit. a LTF), l'hypothèse de l'influence d'un crime ou d'un délit (lit. b ; art. 123 al. 1 LTF), suivi du motif de récusation (lit. c). L'alinéa 2 porte sur le délai à respecter.

## 63

Au début : On notera, en premier lieu, que la voie de la révision est ouverte ...

4<sup>e</sup> ligne, remplacer l'art. 123 al. 1 LTF par : lit. b

## 64

Au début, Le motif le plus important en pratique, porte, en second lieu, sur le cas où le requérant ...

3<sup>e</sup> ligne, terminer la phrase par : *bien qu'il ait fait preuve de la diligence requise* (lit. a).

3/4<sup>e</sup> ligne : biffer cette phrase.

6<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF cité du 23.7.2012, c. 4.1 ; ATF 9.10.2013, 4A\_688/2012, c. 4.3.

8<sup>e</sup> ligne, ajouter : pour un tel cas, cf. ATF 22.8.2011, 4A\_222/2011.

10<sup>e</sup> ligne, ajouter avant l'ATF 28.9.2010 : ATF 21.11.2016, 4A\_412/2016, c. 3.

## 65

5<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 21.8.2012, 4A\_750/2011, c. 2 ; ATF 23.9.2014, 4A\_247/2014, c. 3.3.

10<sup>e</sup> ligne, ajouter : ; ATF 17.3.2020, 4A\_597/2019, c. 4.1 ; puis : ou qu'ils auraient pu être connus après avoir mené des recherches avec la diligence requise (ATF 30.4.2012, 4A\_763/2011, c. 3 ; ATF cité du 9.10.2013, c. 4.3, 5.3.3). La révision ne peut servir à compenser les inconvénients d'une procédure arbitrale accélérée (ATF cité du 17.3.2020, c. 4.2.2).

## 66

11<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 27.8.2020, 4A\_36/2020, c. 3.2.

In fine, ajouter : Le devoir de diligence gagne en importance dans la pratique, raison pour laquelle le législateur l'a rajouté.

## 68

4<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'art. 124 al. 1 lit. d LTF : sur ce dernier cas, cf. ATF 3.6.2013, 4A\_666/2012, c. 5.2.2.

6<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF du 29.8.2006 : ATF cité du 23.7.2012, c. 4.1 ; ATF cité du 21.11.2016, c. 2.

In fine, ajouter : La révision ne peut être demandée que par une partie à la procédure ayant conduit à la sentence ou par un successeur en droit (ATF cité du 9.10.2013, c. 3).

## 67a n

Pour le cas où le fait ou moyen de preuve nouveau permet de démontrer un cas de *récusation*, le Tribunal fédéral avait d'abord hésité entre les art. 121 lit. a et 123 al. 2 lit. a LTF (ATF 4.4.2008, 4A\_528/2007), c. 2.5 ; ATF cité du 14.8.2008, c. 2.1 et 2.2.), ce qui pouvait présenter un enjeu au sujet du délai. Le Tribunal fédéral avait déjà noté dans ces deux arrêts que même si le cas de récusation était avéré, encore fallait-il qu'il ne pouvait pas être découvert lors de l'instance arbitrale par une partie agissant avec la diligence requise. L'éventualité d'une révision est cependant restée incertaine. Au terme d'une analyse fouillée, le Tribunal fédéral, notant l'absence de clarté de la loi, a exprimé sa préférence pour retenir la possibilité d'une révision dans l'hypothèse d'un cas de récusation *ex post* (dans lequel la durée du délai n'était pas en cause), sans

cependant trancher définitivement la question, en attendant que cela soit fait par le législateur (ATF 142 III 525-536). Il a pris une décision affirmative un peu plus tard, en prévision de la solution préconisée dans le contexte de la réforme du chapitre 12 (ATF 22.12.2020, 4A\_318/2020, c. 4.2).

#### **67b n**

La lettre c de l'art. 190a al. 1 comble la lacune de la loi. Cependant, elle ne le fait que par rapport au motif de l'art. 180 al. 1 lit. c, consacré à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Dès lors que le Tribunal fédéral a pu combler la lacune de l'art. 123 LTF en la matière, il semble bien qu'il devrait encore aller de même dans les deux autres hypothèses de l'art. 180 al. 1 lit. a et b (plutôt rares en pratique) ; l'arrêt dont l'analyse est exemplaire sur le sujet ne contient pas une limitation au seul cas correspondant à l'art. 180 al. 1 lit.c (ATF 142 III 535).

#### **67c n**

Le cas de révision de la lettre c requiert la démonstration d'un manque d'indépendance ou d'impartialité au sens de l'art. 180 al. 1 lit. c, étant précisé que ce défaut n'a été découvert « qu'après la clôture de la procédure arbitrale » et ce malgré la « diligence requise » dont les parties ont fait preuve. Le point déterminant dans le temps est donc la date de la sentence qui met fin à l'arbitrage. La révision est ouverte pour les cas de récusation survenus postérieurement à ce moment-là, ce qui comprend l'hypothèse d'un motif de récusation découvert à l'occasion de la confection des observations que le tribunal arbitral adresse au Tribunal fédéral dans le contexte d'un recours dirigé contre la sentence. La diligence requise n'est normalement pas celle des deux parties, mais uniquement de celle qui requiert la révision.

#### **68 n**

Le *délat* relatif pour introduire une demande de révision est de *90 jours*. Ce délai court depuis la date de la découverte du motif de révision. L'alinéa 2 ne précise pas le jour à partir duquel le délai part au plus tôt (*dies a quo*), comme le fait l'art. 124 al. 1 lit. d LTF, distinguant alternativement entre la communication de la sentence et la clôture de la procédure pénale. La « découverte » signifie que le requérant a une connaissance « suffisante » du fait ou moyen nouveau pour l'inciter à agir en révision (cf. ATF cité du 29.8.2006, c. 4.1). Le délai absolu est de 10 ans dès l'entrée en force de la sentence arbitrale (art. 124 al. 2 lit. b LTF), sauf pour le motif tiré de l'al. 1 lit. b LTF (cf. ATF cité du 6.10.2009, c. 3.3). L'effet suspensif n'est pas automatique mais il peut être accordé (art. 126 LTF). Un changement résulte de cette nouvelle règle en ce sens que le délai pour une révision demandée au motif d'un cas de récusation est également de 90 jours, à la différence de l'art. 124 al. 1 lit. a LTF (30 jours).

#### **69**

Biffer (remplacé par 67a).

### **Bibliographie**

CATHERINE A. KUNZ, Revision of Arbitral Awards in Switzerland: An Extraordinary Tool or Simply a Popular Chimera?, ASA 38 (2020) p. 6-31 ; NICOLAS PELLATON, Revision of Arbitral Awards in Switzerland – Procedural Aspects, in Selected Papers on International Arbitration, Berne 4 (2018) p. 59-110 ; HANS VAN HOUTTE, Revision of Awards Revisited, in Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, p. 987-995.

### **Art. 191**

#### **1a n**

Il fallait s'attendre à ce que quelques affaires d'arbitrage finissent leur course devant la Cour européenne des droits de l'homme (cf. Rietiker, RDS 2013 I p. 259-281). Cela s'explique en bonne partie par la réticence du Tribunal fédéral à entrer en matière sur un grief tiré d'une violation des droits de l'homme (cf. art. 190 n° 41-43) et par l'attitude peu sensible à l'égard des besoins de protection des sportifs qui subissent un arbitrage forcé et non (ou peu) consensuel devant le TAS, géré par des arbitres dont l'attachement aux fédérations sportives est dominant.

#### **2**

*Le Tribunal fédéral peut ainsi compter dans son budget annuel quelques affaires qui atteignent le plafond des frais judiciaires de 200'000.- fr, montant facturé pour des arrêts dépassant à peine 10 pages, le « record » étant, semble-t-il, un arrêt de 4 pages dont chaque mot a coûté près de 60 fr (ATF 17.6.2019, 4A\_66/2019). L'indemnité de la partie qui succombe étant fixée en suivant la même générosité, on peut mesurer les répercussions sur les honoraires des avocats, qui se plaisent à souligner l'attractivité de l'arbitrage en Suisse. On comprendra ainsi un peu mieux pourquoi les avocats qui ont*

*constitué le comité d'experts ayant piloté la réforme du chapitre 12 (FF 2018 p. 7160) n'ont pas voulu toucher au fonctionnement du Tribunal fédéral en matière d'arbitrage.*

## **5 n**

Les *Statistiques* montrent que les résultats escomptés ont été atteints, peut-être même au-delà de ce que les auteurs du chapitre 12 avaient réellement voulu. Parmi les recours jugés recevables (env. 500), un pourcentage de 7.65% sont admis sur la base de l'un ou de plusieurs motifs de l'art. 190 al. 2 lit. a-d ou de l'ordre public procédural retenu dans la lettre e, tandis que deux recours seulement ont passé la rampe des exigences de l'ordre public matériel, consacré par la même disposition (cf. Dasser/Wójtowicz, ASA 2021 p. 15-20). Si l'on y ajoute les recours jugés irrecevables, ce pourcentage baisse à 6.5%. Un tiers des recours portent sur des affaires de sport professionnel (en règle générale liées au TAS) ; depuis quelques années, la part de ces cas augmente sensiblement, s'approchant ainsi du nombre des cas commerciaux.

## **6**

Remplacer les deux premières phrases par : Comme depuis toujours, le délai de recours est de 30 jours à compter de la communication de la sentence, ce qui comprend la « décision » relative à la composition et à la compétence du tribunal arbitral. Depuis la réforme de 2020, ce délai figure à l'alinéa 4 de l'art. 190. Il faut comprendre la mention de ce délai comme une simple répétition de ce que l'on trouve à l'art. 100 al. 1 LTF. Cela élimine tout doute sur l'application des art. 44 à 50 LTF sur les modalités de la détermination du délai, concernant notamment les fêtes judiciaires (FF 2018 p. 7189). Puisque la possibilité de demander au tribunal arbitral la rectification, l'interprétation et le complément d'une sentence est dorénavant consacrée dans la loi (art. 189a al. 1), l'impact d'une telle procédure sur la détermination du délai de recours est réglé dans le même contexte (art. 189a al. 2).

6<sup>e</sup> ligne, ajouter : cf., pour le cas du pli recommandé conservé à l'office postal : ATF 141 II 429 ss ; ATF 6.1.2014, 4A\_476/2013, c. 2 ; ATF 10.12.2015, 4A\_392/2015, c. 2.

## **7**

2<sup>e</sup> ligne, ajouter à la mention de l'art. 48 al. 1 LTF : cf., quant aux détails, l'ATF 26.2.2015, 4A\_374/2014, c. 3.

4<sup>e</sup> ligne, ajouter : cf. art. 12 n° 2.

9<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF du 7.10.2008 : ATF 21.10.2013, 4A\_468/2013, c. 3.

## **9**

In fine, ajouter : cf. ATF 9.12.2015, 4A\_596/2015.

## **11**

9<sup>e</sup> ligne, insérer après l'arrêt Holzmann AG : ATF 2.12.2016, 4A\_522/2016, c. 3.1 ; ATF 16.2.2017, 4A\_704/2015, c. 2, 5.2 ; ATF 144 III 120 ss, 131 s., FIFA ; AF 22.5.2018, 4A\_170/2017, c. 3.2.

11<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'art. 42 LTF : ATF 1.12.2020, 4A\_444/2020, puis insérer : La même règle a été suivie lorsque l'acte de recours avait été soumis en anglais et qu'il manquait la traduction dans une langue officielle, sauf si ce défaut avait été causé pour gagner du temps (ATF 9.11.2017, 4A\_510/2017).

In fine, ajouter : Le dépôt d'un mémoire complémentaire n'est pas prévu par la loi en matière civile et arbitrale ; cela n'empêche pas le Tribunal fédéral de vérifier, avec la rigueur qui convient, si le droit d'être entendu n'exige pas de l'admettre (cf. ATF 17.1.2013, 4A\_244/2012, c. 2.5). Une seconde écriture déposée hors délai est recevable dans la mesure où elle se borne à rectifier des erreurs formelles contenues dans le premier mémoire (ATF 10.1.2013, 4A\_146/2012, c. 2.3, Israël).

## **12**

5<sup>e</sup> ligne : biffer Kaufmann/Rigozzi.

## **13**

2<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 5.8.2020, 4A\_202/2020 ; ATF cité du 1.12.2020.

## **13a n**

Tant qu'un domicile de notification n'a pas été désigné, la transmission de l'acte de recours aux parties à l'étranger suit les voies de l'*entraide*, dans le respect des Conventions internationales applicables. En règle générale, la transmission s'opère, par l'entremise de l'Office fédéral de la justice (art. 11, auquel le chapitre 12 ne fait pas exception), par la voie diplomatique ou consulaire, sous réserve d'une voie plus expédiente prévue dans un traité. Il en va de même d'un acte à adresser à un Etat étranger (cf. ATF 136 III 575 ss, 578, Israël). La notification ne doit pas se faire auprès d'une Mission permanente auprès des Nations Unies à Genève, qui n'est pas habilitée en droit international à recevoir un tel acte. La notification étant un droit formel, le fait que la Mission n'ait pas pris position n'y change rien, contrairement à l'avis du Tribunal fédéral dans l'affaire de la



Syrie (ATF 8.4.2021, 4A\_516/2020, c. 3). L'art. 11 al. 4 consacre d'ailleurs l'application subsidiaire de la Convention de La Haye de 1954 également pour les notifications émanant de la Suisse dans les relations avec un Etat non contractant (ce qui est le cas de la Syrie).

## 15

2<sup>e</sup> ligne, ajouter au mot « irrecevable » : ou sans objet.

3<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF du 29.10.2008 : ATF 31.1.2012, 4A\_360/2011, c. 2.3 ; ATF 27.6.2012, 4A\_54/2012, c. 1.7 ; ATF 10.1.2013, 4A\_146/2012, c. 2.4, Israël ; ATF 3.6.2013, 4A\_666/2012, c. 2.

10<sup>e</sup> ligne, insérer : Devenu plus compréhensif, le Tribunal fédéral a fini par estimer la demande acceptable, dès lors qu'elle est conforme à la loi (ATF 28.8.2014, 4A\_74/2014, c. 1).

*A la lumière de l'ATF du 10.1.2013, on peut se demander si le Tribunal fédéral, constatant que le devoir d'anonymisation s'impose, « en principe », en vertu de l'art. 27 al. 2 LTF, n'a pas voulu faire apparaître l'absurdité de la solution, en fournissant une série de référence à des publications françaises et suisses qui permettent aisément de prendre connaissance du nom des parties d'une cause dite célèbre, alors que leur mention n'est d'aucun intérêt pour la raison de l'arrêt. Et s'il s'est retenu à citer le nom des parties, pourquoi n'a-t-il pas fait une exception dans ce cas, déjà célèbre, impliquant l'Etat d'Israël, alors qu'il ne s'est pas gêné à citer en toute lettre le nom du joueur de football Matuzalem (ATF 138 III 322) ? N'est-il pas curieux qu'Israël soit désigné en tant que « Etat X. », tandis que le « State of Palestine » est désigné par son nom (ATF 20.5.2017, 4A\_532/2016 ; ATF 4.7.2019, 4A\_462/2018) ? On relève un autre écart dans l'affaire de l'athlète Semenya (4A\_248/2019), dont le nom est cité en toutes lettres dans une ordonnance présidentielle du 29.7.2019, puis anonymisé dans l'arrêt sur le recours du 25.8.2020 (ATF 147 III 49), tandis que la fédération sud-africaine est citée, ce qui permet d'identifier l'athlète facilement.*

## 16

9<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 18.6.2012, 4A\_636/2011, c. 2.3, puis continuer : ou sans objet si l'intérêt à considérer disparaît avant le moment où l'arrêt est rendu (ATF 16.7.2012, 4A\_134/2012, c. 2, Olympic des Alpes SA, arbitrage interne ; ATF 6.1.2020, 4A\_487/2020, c. 5.3.1). Il n'y a pas un tel intérêt si le litige porte sur la participation à une compétition qui a déjà pris fin (ATF 30.1.2019, 4A\_56/2018, c. 4 ; ATF 29.12.2020, 4A\_478/2020, c. 3.3), sauf si la sentence confirme des sanctions financières ou disciplinaires dont les effets perdurent (ATF 29.4.2020, 4A\_548/2019, c. 2.3). Attaquer la sentence devant le Tribunal fédéral du fait que son dispositif contient des constatations superflues et sans aucune portée ne se justifie pas (ATF 11.7.2017, 4A\_50/2017, c. 3.3). Il n'y a pas d'intérêt pour le recourant à obtenir l'annulation d'une sentence dont l'effet est de lui adjoindre un codébiteur solidaire (ATF 1.10.2018, 4A\_550/2017, c. 6.3). Un tel recours ne doit pas servir à faire valoir non pas son intérêt, mais l'intérêt d'autrui (ATF 16.11.2018, 4A\_560/2018, c. 2).

In fine, ajouter : ainsi en ce qui a trait à la répartition des frais, si le grief n'est pas lié au fond du litige (ATF cité du 18.6.2012, c. 3 ; ATF cité du 16.7.2012, c. 3). Cependant, la seule intention de demander ultérieurement réparation du dommage ne suffit pas (même arrêt, c. 2.2 ; ATF 1.4.2016, 4A\_620/2015, c. 1.2 ; ATF cité du 29.12.2020, c. 3.3). En revanche, l'intérêt à échapper à une sanction plus sévère en cas de récidive est pertinent (ATF 28.2.2013, 4A\_576/2012, c. 2). Des doutes sont permises lorsqu'une fédération recourt contre une sanction prononcée par le TAS par laquelle le club incriminé est seul concerné (ATF 20.6.2013, 4A\_682/2012, c. 5.2, Egyptian Football Association). Une partie à l'arbitrage qui n'est pas partie au recours peut se constituer en tant que « tiers intéressé » (ATF 20.12.2016, 4A\_32/2016, C.). L'annulation d'une sentence pour l'unique raison que son dispositif contient une constatation superflue et sans aucune portée propre ne répond à aucun intérêt digne de protection (ATF 143 III 578 ss, 588 ; ATF 10.2.2021, 4A\_430/2020, c. 6.3). L'intérêt digne de protection manque lorsque le tribunal a statué sur autre chose que ce qui lui a été demandé et que le recourant vise à annuler la sentence (art. 190 al. 2 lit. c), suivie d'une nouvelle procédure tendant à l'octroi de ce que les arbitres ont précédemment accordé (cf. ATF 8.4.2012, 4A\_516/2020, c. 5.5).

### 16a n

Dans l'hypothèse où le tribunal arbitral a poursuivi l'instruction de l'affaire au fond alors que la décision sur sa compétence fait l'objet d'un recours, il semble expédient de conclure que ce dernier n'a plus d'intérêt pour le recourant dès le moment où la sentence au fond a été rendue et peut faire l'objet d'un nouveau recours, qui englobe alors les griefs soulevés à l'encontre de la sentence sur la compétence. L'avantage de cette solution ne réside pas uniquement dans une certaine simplification. Elle permet d'éviter que la sentence au fond reste valable faute d'un motif d'annulation pertinent, alors que la décision sur la compétence est annulée (cf. la

décision du BGH du 19.9.2013, III ZB 37/12, rendue dans l'affaire Achmea B.V. c. République slovaque).

### **17 n**

La question de savoir si la condition d'une *valeur litigieuse minimale* s'applique au recours dirigé contre une sentence arbitrale n'a jamais été tranchée. On a pu penser qu'en soi, l'art. 74 LTF s'applique, dès lors qu'il ne figure pas sur la liste des règles exclues de l'art. 77 al. 2. Cependant, si l'art. 74 LTF était applicable, les parties impliquées dans des « petits » litiges, en matière de sport, notamment, auraient été dépourvues de tout accès à une autorité judiciaire. Il y aurait alors eu une incohérence par rapport aux recours prévus à l'art. 190 LDIP. Le Tribunal fédéral a préféré que le législateur règle la question (ATF 142 III 521 ss, 535). C'est ce qu'il a fait lors de la réforme de 2020, précisant à l'art. 77 al. 1 LTF que le recours en matière civile est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux « indépendamment de la valeur litigieuse ».

### **18**

Dire au début : Le recours est normalement rédigé dans une *langue officielle* ...

4<sup>e</sup> ligne, insérer : Il peut s'agir de la traduction d'une écriture présentée dans une autre langue (cf., s'agissant de l'anglais, ATF 11.1.2017, 4A\_188/2016, c. 1 ; ATF 20.4.2017, 4A\_692/2016, c. 4). Un délai est fixé à l'auteur du mémoire pour traduire celui-ci (ATF 14.3.2018, 4F\_8/2018, c. 3 ; ATF 20.5.2020, 4A\_114/2020, c. 3) ; les cas d'abus sont réservés.

In fine, ajouter : Dans la pratique, il est d'usage de ne pas exiger une traduction des sentences et des décisions rédigées en anglais (ATF 7.4.2014, 4A\_450/2013, c. 1 ; ATF 27.5.2014, 4A\_508/2013, c. 1).

*Depuis qu'il a été décidé, récemment, qu'il n'y a pas lieu d'exiger la traduction complète, comprenant la motivation, d'une sentence rédigée en anglais dans la procédure tendant à son exécution, et ce même si l'appréciation d'un motif de refus, tel l'ordre public, en dépend (ATF 138 III 520 ss, 523-527 ; cf. art. 194 n° 11), il est cohérent qu'un allègement en ce sens est consolidé également au niveau du traitement des recours contre des sentences rendues en anglais en Suisse. On peut déplorer cependant qu'une incertitude demeure. Au recourant dans l'affaire 4A\_450/2013, il fut répondu que sa requête préalable à ce qu'il soit renoncé à l'exigence de traduction n'avait « plus d'objet », étant donné que la pratique en la matière a été suivie in casu. Mais comment savoir si l'on est dans la fourchette de l'usage ou non ? Il semble bien qu'il faille soit formuler une dispense à chaque fois, soit demander au Tribunal fédéral de fixer un délai au cas où l'usage ne devait pas s'appliquer. On aurait pu faire plus simple : la dispense est générale, sauf si la traduction est exigée par le Tribunal fédéral dans le cas particulier.*

*L'anglais semble d'ailleurs se profiler comme langue des recours s'il était possible de s'inspirer de l'art. 36 al. 3 de la loi sur le Tribunal fédéral des brevets du 20.3.2009 (LTFB, RS 173.41), tout en acceptant que les décisions restent rédigées dans une langue officielle (art. 70 al. 1 Cst.féd.). Toutefois, au niveau des recours devant le Tribunal fédéral, il conviendra de renoncer à l'exigence de l'accord des parties, étant donné que la réponse de l'intimé n'est pas toujours sollicitée et que celui-ci a déjà consenti à une procédure arbitrale menée en anglais.*

### **19**

In fine, ajouter : Des actes soumis sous un autre format électronique, tel un simple courriel, sont irrecevables (ATF 19.6.2019, 4A\_628/2018, c. 2.4 ; ATF cité du 1.12.2020). L'acte de recours doit être muni de la signature électronique qualifiée (ATF 24.3.2012, 4A\_22/2021).

### **20a**

La nouveauté qui a animé les débats lors de la réforme de 2020 est la permission que « *les mémoires peuvent être rédigés en anglais* » (art. 77 al. 2<sup>bis</sup> LTF ; cf. Habegger, ASA 2020 p. 562-567). Les mémoires sont ceux au sens de l'art. 42 LTF, ce qui signifie qu'ils ont pour auteur les *parties*. La détermination de l'autorité précédente (art. 102 al. 1 LTF) n'est pas faite sous la forme d'un mémoire. La procédure devant le Tribunal fédéral est conduite dans l'une des langues nationales (ATF 17.5.2021, 4A\_666/2020, c. 3.2).

### **20b n**

Que vont donc faire les parties ayant terminé un arbitrage en anglais lorsqu'elles arrivent au stade d'un recours devant le Tribunal fédéral ? Il ne va pas de soi qu'elles vont se servir de l'anglais, sachant que le Tribunal fédéral n'y était pas favorable et que l'on sait d'expérience que la préparation d'un arrêt français ou allemand qui répond à un recours et à la réponse de l'intimé en anglais est loin d'être commode.

### **20c n**

La partie diligente qui a plutôt intérêt à se montrer compréhensive à l'égard des Juges et de leur Greffier qui doit rédiger l'arrêt, va peut-être fournir son mémoire en anglais, par gain de temps, mais produire après-coup une traduction dans une langue nationale. Le Tribunal fédéral ne va pas la refuser, comme il accepte de recevoir des corrections d'erreur de frappe ou d'autres de ce genre qui lui parviennent postérieurement à l'échéance du délai (cf. ATF 10.1.2013, 4A\_146/2012, c. 2.3, Israël). Il va peut-être même faire un pas de plus et suggérer aux parties de lui rendre ce service, sans qu'elles doivent se sentir obligées de le faire.

#### **20d n**

La problématique de l'emploi de l'anglais est également liée au fond des mémoires. Contrairement à la première impression se dégageant des discussions publiques, le fait qu'un tel mémoire constitue en quelque sorte le prolongement d'une procédure arbitrale menée en anglais et d'une sentence rédigée dans cette langue ne correspond que partiellement à la réalité. Car le Tribunal fédéral ne reçoit ni des répétitions ni des critiques des faits relatés dans la sentence. Et il revoit le fond de celle-ci uniquement dans la mesure où elle heurte l'un des griefs constitutifs d'un motif de recours. Or, ces motifs, dans toute la diversité développée par la jurisprudence, sont consacrés dans des arrêts rédigés dans une langue nationale, dont les traductions en anglais, si elles sont disponibles, ne sont normalement pas un instrument de travail du Tribunal fédéral. L'auteur d'un mémoire en anglais, rejaillissant en réaction à l'issue d'un arbitrage en anglais, doit se plonger de toute façon dans une jurisprudence dont la conception et la rédaction ne reposent pas sur cette langue.

#### **20e n**

Le concours d'un conseil en droit suisse s'avère donc normalement indispensable, ce qui réduit considérablement l'intérêt à l'emploi de l'anglais. De toute manière, l'ouverture aux écritures en anglais, préparées par des conseils anglophones, s'est arrêtée à mi-chemin puisque la qualité pour agir comme mandataire devant le Tribunal fédéral (art. 40 LTF) n'a pas été adaptée en conséquence.

#### **21**

5/6<sup>e</sup> lignes : remplacer la fin de la phrase par : ce qui n'est pas rare.

#### **22**

7<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'auteur cité : ATF 141 III 554 ss, 558 s.

10<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 8.10.2020, 4A\_146/2020, puis terminer la phrase : ... ; un arrêt du 6.1.2016 indiquait qu'il s'agissait pour l'intimé d'une « précaution » à prendre avant de déposer sa réponse (4A\_572/2015, c. 5).

In fine, biffer la dernière phrase.

#### **23**

6<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 8.12.2020, 4A\_322/2020

In fine, ajouter : Pour le respect du délai, c'est la date du débit du compte du recourant ou de son mandataire en faveur du Tribunal fédéral qui est décisive (ATF 139 III 364 ss ; ATF 17.1.2012, 1F\_34/2011, c. 2).

#### **24**

In fine, ajouter : L'assistance judiciaire peut être demandée (ATF 9.2.2017, 4A\_690/2016, c. 5). Lorsque le recours est retiré après la clôture de l'instruction, les frais judiciaires sont réduits, tandis que les dépens de la partie adverse ne le sont pas si celle-ci a déjà accomplis tout ce qu'elle pouvait faire (réponse et duplicata ; ATF 29.4.2013, 4A\_512/2011). La fixation des frais judiciaires suit un tarif prédéterminé en fonction de la valeur litigieuse (art. 65 al. 3 et 5). Les montants réclamés n'ont parfois aucun rapport de proportionnalité au regard du travail fourni (cf., pour un exemple, ATF 17.6.2019, 4A\_66/2019).

#### **25**

In fine, remplacer la parenthèse par : Dans la pratique, la limitation aux « frais nécessaires » n'est pas toujours observée, au point que le Tribunal fédéral alloue des montants excessifs dépassant très largement le niveau des honoraires et frais engagés par les parties (cf. Kaufmann/Rigozzi, p. 455-459 et la critique sous n° 8.103).

#### **26**

4<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 29.5.2012, 4A\_232/2012 ; ATF 5.3.2015, 4A\_698/2014 ; ATF 14.4.2015, 4A\_126/2015 ; ATF 30.6.2015, 4A\_174/2015 ; ATF 4.5.2016, 4A\_214/2016 ; ATF 20.11.2017, 4A\_436/2017.

#### **27**

13<sup>e</sup> ligne : L'envoi sous la forme d'une clé USB suffit (ATF 11.12.2018, 4A\_65/2018, partie C. ; ATF 19.12.2018, 4A\_394/2017, C. ; ATF 24.9.2019, 4A\_636/2018, partie C., Libye).

Lignes 13 et ss : biffer [transfert sous n° 27a]

#### **27a n**

Le Tribunal fédéral estime que les arbitres appelés à l'aide pour s'expliquer sur leurs sentences ne peuvent recevoir aucune indemnité (même modeste), alors que celle-ci pourrait être incluse sans peine dans les frais

judiciaires (art. 65 al. 1 LTF). La rémunération a été refusée au motif qu'il manquerait la base légale (ATF 10.11.2000 *in* ASA 2001 p. 102, c. 7, Sadri Sener ; ATF du 7.12.1994 *in* ASA 1995 p. 233). S'il en était ainsi, il manquerait également une base légale pour qualifier d'obligatoire la contribution des arbitres. Une fois la sentence finale rendue, les arbitres ne peuvent facturer aux parties les frais liés aux observations adressées au Tribunal fédéral, tandis qu'une telle possibilité existe lorsque le recours vise une décision incidente. Cette différence de traitement n'est pas satisfaisante non plus.

## 28

9<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 31.1.2012, 4A\_360/2011, c. 5.1 ; 18.6.2012, 4A\_488/2011, c. 5.1 ; 12.7.2012, 4A\_150/2012, c. 3.1 ; ATF 17.1.2013, 4A\_538/2012, c. 5.2 ; ATF 8.10.2014, 4A\_199/2014, c. 5 ; ATF 15.7.2015, 4A\_246/2014, c. 6.1 ; ATF 16.12.2015, 4A\_520/2015, c. 3.3.1 ; ATF 30.5.2017, 4A\_532/2016, c. 4.1 ; ATF 23.11.2018, 4A\_308/2018, c. 3.2 ; ATF 16.3.2020, 4A\_536/2018, c. 4.1 ; ATF 25.8.2020, 4A\_248/2019, c. 8.1, non reproduit dans l'ATF 147 III 49 ss ; ATF 2.6.2021, 4A\_618/2020, c. 4.2. Confronté à une décision non motivée, le Tribunal fédéral "ne peut faire abstraction totale de l'avis exprimé par l'auteur de cette décision" (ATF 6.1.2020, 4A\_287/2019, c. 4.2).

15<sup>e</sup> ligne, insérer à la suite de la mention de l'ATF 133 III 250 : ou il se fait adresser des regrets (ATF 10.12.2013, 4F\_8/2013, c. 2.2.2 *in fine*). Puis continuer : Une distinction subtile est d'ailleurs faite : le Tribunal fédéral sollicite et accepte les explications du tribunal arbitral servant à montrer que celui-ci a rempli son devoir minimum d'examen, mais cela n'équivaut pas à un complètement de la motivation de la sentence, dont l'admissibilité demeure indéterminée (ATF 8.5.2013, 4A\_439/2012, c. 5.2.2, arbitrage CPC).

*In fine*, ajouter : Si elle va au-delà des faits constatés et de l'analyse dans la sentence, elle se situe hors du débat contradictoire et de la mission des arbitres (situation observée dans plusieurs affaires récentes, cf. Besson, *Post Award Issues*, p. 99) ; tout en affirmant que l'avis de l'arbitre ne serait pas déterminant puisque l'auteur de la sentence n'a aucun intérêt au succès du recours, le Tribunal fédéral en tient néanmoins compte s'il présente une hypothèse plus vraisemblable que celle du recourant (cf. ATF 142 III 239 ss, 251). Le silence du tribunal arbitral ne peut se tourner contre le recourant qui ne parvient pas à expliquer une motivation incomplète de la sentence (ATF 4.2.2014, 4A\_460/2012, c. 3.3, *in fine*) ; il a cependant déjà pu rendre irrecevable le recours contre une décision incidente (ATF 28.1.2016, 4A\_222/2015, c. 3.3.4).

## 29 n

La seule disposition pertinente de la LTF, tout au moins par analogie, est l'art. 102 al. 1 qui vise « l'autorité précédente ». Etant donné que la réponse de celle-ci repose sur sa connaissance du dossier et qu'elle peut avoir une influence sur le sort du recours et, en définitive, de la sentence, cette autorité ne peut être que le tribunal arbitral lui-même. Le Tribunal fédéral ne le voit pas ainsi. Il a été jugé, en effet, que la « réponse du TAS » pouvait émaner de son Secrétaire général (devenu Directeur général) et ne devait pas être fournie par la formation ayant rendu la sentence litigieuse (cf. ATF 29.10.2010, 4A\_234/2010, c. 2.2, Belmonte, non reproduit dans l'ATF 136 III 605 ss ; ATF 16.7.2012, 4A\_134/2012, partie C, Olympic des Alpes SA, arbitrage CPC). Au soutien de cette solution, le Tribunal fédéral relevait le « caractère institutionnel des arbitrages du TAS (par rapport aux arbitrages ad hoc) », ce qui a laissé penser que la solution s'étend aux institutions d'arbitrage qui fournissent également une certaine fonction de greffe et qui partagent avec le TAS « le souci de veiller à une certaine unité de doctrine ». Cette pratique a été critiquée (Patocchi, *Sports Arbitration*, p. 50) et considérée comme l'une des « anomalies à supprimer » (Zen-Ruffinen, *Mélanges Oswald*, p. 507). On a cru qu'un revirement s'était produit avec l'ATF du 27.6.2016 (4A\_322/2015, c. 2.2.2), jugeant irrecevables les observations fournies par le président du tribunal arbitral en son nom personnel et non au nom de la majorité des membres du panel. La paternité de telles observations devrait pouvoir être attribuée à la majorité des arbitres ; à défaut, celles-ci ne seraient pas prises en considération pour statuer sur le recours. La force de l'argument montre qu'il devrait s'appliquer également à l'arbitrage institutionnel, dans lequel les membres du tribunal sont seuls à juger du litige arbitral, malgré la présence d'une administration ou d'un secrétariat servant de conseil pour des questions spécifiques. Il en résulterait en pratique que le président qui reçoit l'invitation du Tribunal fédéral de fournir des observations devrait consulter ses collègues afin de préparer une réponse qui profite du soutien de deux arbitres au moins. La réponse doit en fournir la preuve ; il ne suffit pas de dire que les co-arbitres auraient été contactés ou qu'ils partagent l'avis du président, sans présenter également la démonstration concrète de leur soutien, à travers un texte ou au moins par une signature. Les observations du tribunal arbitral au recours devraient donc faire l'objet d'un délibéré comme c'est le cas des sentences. Cette assimilation est cependant trompeuse. Les observations du tribunal arbitral sont préparées à la seule vue du recours communiqué par le Tribunal fédéral, sans que les arbitres aient pu entendre les parties, présentant le cas échéant des arguments qui n'avaient pas été évoqués au stade antérieur de l'arbitrage. Certes, le tribunal arbitral peut encore répondre aux

écritures ultérieures des parties devant le Tribunal fédéral ; de tels échanges, outre qu'ils ne sont pas prévus par la loi, n'ont cependant qu'une valeur ancillaire, dès lors qu'ils ne produisent que des réponses partielles aux arguments de l'une ou de l'autre des parties, sans fournir une vue d'ensemble sur un litige qui, de toute manière, se trouve placé devant le Tribunal fédéral et échappe dès lors aux arbitres. Toutefois, selon un récent arrêt, surprenant et contradictoire, l'arrêt du 29.10.2010 doit être considéré comme toujours valable, la réponse fournie par le secrétaire général du TAS étant recevable (ATF 20.12.2016, 4A\_32/2016, c. 2 ; ATF 2.5.2018, 4A\_478/2017, partie C, c. 3.3.1 ; ATF 10.12.2020, 4A\_384/2020, c. 5), au mieux « après consultation de la Formation arbitrale » (ATF cité du 6.1.2020, c. 4.2). On ne sait pas si cette consultation est indispensable, ce d'autant qu'elle ne se prête à aucune vérification. La réponse du Secrétaire général est en effet également recevable si elle est soumise en parallèle à celle préparée par le tribunal arbitral (ATF 20.7.2018, 4A\_578/2017, partie C, c. 3.2.3). L'irrégularité dans la consultation de « l'autorité précédente » ayant rendu une sentence dans le domaine sportif est escamotée par le renvoi au seul « TAS », sans autre précision, comme on le voit de plus en plus fréquemment dans des arrêts récents (cf., par exemple, ATF 7.6.2021, 4A\_564/2020, C, c. 5.3, attribuant la prise de position sur le recours au « TAS », alors qu'il est dit que l'auteur de la sentence est la Formation ayant exercé la fonction arbitrale). Le Tribunal fédéral va devoir se rendre à l'évidence : le tribunal arbitral – qui correspond à l'autorité précédente selon la LTF – ne peut être que celui qui a effectivement rendu la sentence (ATF 1.4.2021, 4A\_332/2020, c. 2.3.2).

#### **29a n**

Les observations du tribunal arbitral, que le Tribunal fédéral sollicite souvent, ne peuvent être faites en anglais, faute d'être mentionnés à l'art. 77 al. 2<sup>bis</sup> LTF ; elles doivent être fournies dans une *langue nationale*. La pratique montrera si le Tribunal fédéral ne voudra pas se montrer plus souple, comme il l'a fait au sujet de la communication des sentences en langue anglaise (cf. n° 18). Compte tenu de la bienveillance avec laquelle le Tribunal fédéral appréhende le TAS et en particulier son directeur général, celui-ci profitera probablement d'une nouvelle dérogation et pourra formuler ses observations en anglais.

#### **30 n**

La procédure d'instruction est normalement limitée à *un seul échange d'écritures* (art. 102 al. 3 LTF). Des conclusions ou des griefs ne peuvent être présentés après l'échéance du délai pour la présentation du recours ou de sa réponse si cela avait pu se faire dans ces premières écritures déjà (cf. ATF 13.2.2012, 4A\_428/2011, c. 2.2 ; ATF 7.3.2012, 4A\_652/2011, c. 3.2 ; ATF 10.1.2013, 4A\_146/2012, c. 2.7, 3.3.2, Israël ; ATF 8.10.2014, 4A\_199/2014, c. 3 ; ATF 16.10.2014, 4A\_324/2014, c. 2.5 ; ATF 15.4.2015, 4A\_554/2014, c. 1 ; ATF 21.5.2015, 4A\_634/2014, c. 5.1.2 ; ATF 6.10.2015, 4A\_34/2015, c. 2.2 ; ATF cité du 27.6.2016, c. 2.2.3 ; ATF 13.12.2016, 4A\_116/2016, c. 4.3.3 ; ATF 3.4.2017, 4A\_470/2016, c. 2.5 ; ATF 25.4.2017, 4A\_34/2016, c. 2.2 ; ATF 30.5.2017, 4A\_532/2016, c. 2.7 ; ATF 29.6.2017, 4A\_600/2016, c. 1.2, Platini ; ATF 11.12.2018, 4A\_65/2018, c. 2.2 ; ATF 7.2.2020, 4A\_80/2018, c. 2.2 ; ATF 25.8.2020, 4A\_248/2019, c. 5.2.1, non reproduit dans l'ATF 147 III 49 ss ; ATF 23.2.2021, 4A\_187/2020, c. 3.1, 6.1, 6.3.3 ; ATF 2.6.2021, 4A\_618/2020, c. 4.2). Une raison pour ordonner un second échange peut résulter du fait que des arguments importants ne sont apparus que dans la réponse de l'intimé au recours ou dans les déterminations du tribunal arbitral (cf. ATF 133 III 235 ss, 238, Cañas ; ATF 9.3.2005, 4P.226/2004, c. 1 ; ATF 14.11.2007, 4A\_268/2007, c. 2.2). Il faut cependant que le recourant ne pouvait pas raisonnablement les anticiper. L'on ne peut simplement évoquer une question et solliciter d'emblée la possibilité de s'en expliquer davantage au vu de la réponse de la partie intimée (ATF 4.2.2005, 4P.236/2004, c. 3, non reproduit dans l'ATF 131 III 173 ss). Le recourant qui demande à répliquer déjà lors du dépôt de son recours agit de manière prématurée. La réponse au recours lui est alors simplement communiqué à titre de renseignement, sauf s'il apparaît d'emblée que des arguments nouveaux et pertinents viennent d'être présentés. L'objet de la réplique peut être défini limitativement (cf. ATF 133 III 235 ss, 240, Cañas).

#### **30a n**

Si le recourant reçoit la réponse sans être invité à réagir, il doit soit en faire la demande (motivée) sans tarder, soit déposer sa réponse immédiatement (cf. ATF 7.9.2006, 4P.114/2006, c. 3.2, Saluka ; ATF 17.3.2009, 4A\_416/2009, c. 2 ; ATF 29.7.2010, 4A\_43/2010, c. 2 ; ATF 133 I 98 ss, 99 s. ; ATF 20.7.2007, 4A\_137/2007, c. 2.2). La seconde option semble préférable, dès lors que le Tribunal fédéral s'abstient normalement de répondre à une offre de fournir une réplique lorsqu'elle n'est pas acceptée. Curieusement, il peut arriver aussi que le Tribunal fédéral refuse qu'un délai soit fixé pour présenter une réplique, mais en indiquant au recourant qu'une telle écriture est acceptée si elle est fournie dans les jours qui suivent et qu'à défaut, il serait conclu que le recourant renonce à répliquer (ATF 13.4.2010, 4A\_490/2009, lit. D, Atlético de Madrid, non publié dans l'ATF 136 III 345 ss) ou il renonce à ordonner un second échange d'écritures tout en

l'acceptant s'il a lieu spontanément (ATF 18.10.2011, 4A\_214/2011, c. 1.5 ; ATF 142 III 521 ss, 524) ; en substance, cela revient à accorder un bref délai tout en répondant qu'aucun délai n'est fixé. Il peut arriver également qu'il refuse le second échange d'écritures, tout en fixant une date jusqu'à laquelle des « observations » peuvent être présentées (ATF 22.3.2012, 4A\_510/2011, c. 1, et ATF 1.7.2013, 4A\_86/2013, c. 1.2.2, les deux hors arbitrage). Après avoir accepté que de telles observations soient fournies « spontanément » (ATF cité du 18.10.2011, c. 1.5), le Tribunal fédéral a finalement noté qu'une telle expression serait erronée, étant donné qu'il s'agit de la possibilité de se saisir d'un droit de répliquer (ATF 27.8.2019, 4F\_7/2019, c. 3.4, arbitrage CPC). On a ainsi abouti à une forme alternative de respecter le *droit de réplique inconditionnel*, qui est réputé observé lorsque les actes sont adressés aux parties pour information, ce qui leur ouvre la possibilité de déposer d'éventuelles observations immédiatement ou dans un très bref laps de temps (entre 10 et 20 jours). Si elles ne le font pas, on considère qu'elles y ont renoncé. Le maniement quelque peu confus du droit de répliquer s'explique par les réticences du Tribunal fédéral à se mettre entièrement en règle avec les exigences de l'art. 6 par. 1 CEDH (cf. ATF 132 I 42 ss, notamment p. 47 ; 137 I 195 ss, 197 ; 138 I 154 ss, 157 ; 138 I 486 s.). En pratique, le double échange d'écritures est devenu la règle (ATF 143 III 462 ss, 469). Il serait donc expédient de le fixer d'emblée et de se dispenser de toutes ces subtilités pour le solliciter.

*Alors qu'il est dit qu'aucun délai pour une réplique n'est fixé pour les « observations », on estime qu'un délai de dix jours s'applique (cf. ATF 15.8.2013, 5D\_112/2013, c. 2.2.3 ; ATF 4.4.2016, 5D\_81/2015, c. 2.3 ; ATF 27.4.2021, 5A\_281/2020, c. 1.2, hors arbitrage). Le Tribunal fédéral considère qu'un délai inférieur à dix jours ne suffit pas à garantir l'exercice du droit de répliquer, tandis qu'un délai supérieur à vingt jours permet, en l'absence de réaction, d'inférer qu'il a été renoncé au droit de répliquer (ATF 28.1.2019, 5A\_965/2018, c. 3.1.1). La seule demande de se faire octroyer un délai pour la réplique vaut comme une revendication d'un droit de réplique qui lie le tribunal même s'il ne répond pas à la demande (ATF 18.9.2014, 4A\_215/2014, c. 2.2). L'idée est qu'un tel délai n'est pas fixé aux parties mais définit simplement le moment à partir duquel le Tribunal fédéral peut rendre son arrêt (ATF cité du 4.4.2016, c. 2.3.4) ; or, comme le Tribunal fédéral le reconnaît lui-même, ce délai ne peut pas se concevoir sans s'appliquer à la partie concernée également (même arrêt, c. 2.4.2 ; ATF 142 III 48 ss, 54). Dès lors que la pratique est consacrée, répétée dans les arrêts et par des commentateurs dociles, on ne se soucie pas du fait qu'elle est parfaitement incohérente et génératrice d'une insécurité juridique qui ne répond à aucun but raisonnable. Toutefois, on ne va pas jusqu'à l'imposer à une partie non représentée par un avocat, avouant ainsi qu'il faut avoir l'esprit spécialement formé pour comprendre ces subtilités.*

*La pratique risque de passer hors contrôle. En effet, on peut observer le Tribunal fédéral se faire soumettre la triplique du recourant et la quadruple de l'intimé (ATF 28.2.2013, 4A\_576/2012, partie C ; ATF 3.6.2013, 4A\_666/2012, C ; ATF 4.11.2013, 4A\_255/2013, C ; ATF 20.9.2016, 4A\_616/2015, C) ; ATF 2.3.2020, 4A\_395/2019, C), respectivement une prise de position complémentaire (ATF 27.9.2016, 4A\_102/2016, C), qui peut être suivie d'une réponse additionnelle de la recourante (ATF 7.2.2020, 4A\_80/2018, C). Dans un autre cas, le Tribunal fédéral a accepté que le tribunal arbitral lui serve une réponse à la duplique des intimées alors qu'il avait reconcé à répondre au recours (ATF 18.5.2020, 4A\_418/2019, C). Dès lors que le Tribunal fédéral accepte, hors la loi, des écritures supplémentaires fournies spontanément et à bref délai, il ne dispose d'aucun fondement légal pour fixer un terme à de telles joutes de ping-pong, sauf à recourir un jour à la réserve de l'abus de droit. Ce sera le moment pour repenser la pratique ab ovo.*

*L'examen de la question – à fond – devrait aller au-delà les suggestions bien modestes de Reto Hausberger/Jodok Wicki (Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess, AJP 2013 p. 975-984, AJP 2017 p. 453-463). Il n'est pas raisonnable, pour un tribunal, ni de notifier une écriture sans indiquer qu'une réponse est possible alors que tel est manifestement le cas, ni d'attendre qu'un délai lui soit demandé alors qu'il peut aisément le fixer d'emblée. Ainsi que cela a été observé judicieusement par Yvo Hangartner (AJP 2013 p. 622 s.), il s'agit de développer les droits fondamentaux dans le sens du service à rendre aux justiciables et non de se cantonner dans le cadre du minimum requis par les droits de l'homme, comme le fait le Tribunal fédéral (cf. Roxane Schaller, Le droit de réplique : un aller-retour sans fin entre Strasbourg et Lausanne ?, in Le droit de réplique, Nauchâtel 2013, p. 1-27). Qu'il soit permis de regretter encore que les auteurs Hausberger/Wicki ne consultent aucune littérature de langue*

française.

### **31a n**

L'art. 102 LTF ne semble pas écarter la participation de l'autorité précédente au second échange d'écritures, mais on peut néanmoins douter que tel soit son but. Le tribunal arbitral doit alors être admis à dupliquer également. C'est la pratique adoptée lors de recours contre une sentence du TAS (cf. les parties C de : ATF 9.10.2012, 4A\_110/2012 ; ATF 29.5.2013, 4A\_620/2012 ; ATF 11.1.2018, 4A\_56/2017) et reprise dans des affaires commerciales (ATF 20.2.2013, 4A\_407/2012, partie C ; ATF 18.2.2016, 4A\_84/2015, partie C, information ne figurant pas dans l'ATF 142 III 239 ss, 243 ; ATF 142 III 524).

*La simple lecture de l'arrêt du 9.10.2012, longuement motivé, montre que le TAS se glisse dans le rôle de partie prenante à la procédure de recours. Il y est dit que le TAS « soutient fermement » et qu'il « insiste » à ce que l'argumentation du recourant soit repoussée, usant d'un langage inhabituel de la part d'un tribunal. La procédure arbitrale dont le recourant prétendait qu'elle avait étouffé les suspicions quant à l'indépendance d'un arbitre est expliquée avec un luxe de détails, manifestement fournis par le TAS. Il est d'ailleurs noté que le TAS avait produit dans sa réponse une attestation de l'arbitre concerné ; l'arrêt n'en fait pas mention dans ses considérants, alors que l'on aurait pu s'attendre à ce qu'une telle pièce nouvelle soit déclarée irrecevable. N'étant pas en mesure de fixer une limite à l'échange d'observations « spontanées » des parties, le Tribunal fédéral se voit confronté à l'intrusion parallèle d'arbitres qui défendent leur sentence, n'hésitant pas à répliquer et à dupliquer.*

### **33**

In fine, ajouter : Il arrive aussi au Tribunal fédéral de solliciter de l'arbitre la remise d'une pièce (ATF 15.4.2015, 4A\_554/2014, partie C). Le Tribunal fédéral ne va pas écouter des enregistrements d'une audience qui n'a pas été protocollée (ATF 28.8.2017, 4A\_318/2017, c. 3.3).

### **35**

In fine, ajouter : Depuis récemment, la question est abordée en référence à l'art. 6 ch. 1 CEDH. Le droit du justiciable à ce que sa cause soit débattue en audience publique doit être mis en œuvre en première instance, et ce uniquement si des questions pertinentes pour la résolution du litige doivent être évoquées (cf. ATF 142 I 188 ss, 190 ; ATF 6.9.2018, 5A\_458/2018, c. 4.3.3 ; ATF 17.8.2020, 4A\_486/2019, c. 4.3, non reproduit dans l'ATF 146 III 358 ss). L'omission d'une audience ouverte devant le TAS doit être sanctionnée (cf. CEDH, Pechstein, 2.10.2018, § 169-188, rappelant qu'en raison de la nature technique et procédurale des questions à trancher par le Tribunal fédéral, la même exigence ne s'applique pas à celui-ci).

### **36**

In fine, ajouter aux arrêts cités : ATF 7.4.2014, 4A\_450/2013, c. 1 ; ATF 142 III 524 s. ; ATF 22.12.2020, 4A\_318/2020, c. 1, non reproduit dans l'ATF 147 III 65 ss. Une exception s'applique lorsque le recourant s'est adressé deux fois au Tribunal fédéral, dans la même affaire, mais chaque fois dans une langue différente ; c'est alors la langue du premier recours qui l'emporte (ATF 12.12.2019, 4A\_244/2019, c. 2). Lorsque les deux parties ont formulé un recours, chacune dans une langue différente, le recours arrivé le premier fixe la langue, si celle-ci convient du point de vue de la répartition des charges au sein de la Cour (ATF 13.11.2019, 4A\_294/2019, c. 1.2). Depuis l'admission des mémoires en anglais, la question de la langue de l'arrêt se posera autrement. La répartition des charges au sein de la Cour pourrait devenir un facteur plus important.

### **38**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter : Ordonnance 9.11.2010, 4A\_500/2012.

In fine, ajouter : Selon une nouvelle pratique, le fait que l'intimée ait son siège à l'étranger est une circonstance suffisante, en principe, pour justifier l'octroi de l'effet suspensif au recours (cf. Ordonnance 13.6.2017 4A\_119/2017).

### **40**

In fine, ajouter : On citera également le cas d'un sursis octroyé sur demande conjointe des parties (Ordonnance 4.4.2011, 4A\_500/2010).

### **40a n**

Dans la pratique récente, l'effet suspensif n'est accordé, en règle générale, que s'il ressort d'un premier examen sommaire du dossier que le recours apparaît très vraisemblablement fondé (ATF 29.7.2019, 4A\_248/2019, c. 1 et 3). Si tel est le cas, il y a lieu d'examiner encore si la sentence est susceptible de causer un préjudice irréparable à la partie recourante (c. 1 et 4).

*Rendue dans l'affaire Semenya, cette Ordonnance présidentielle renvoie (c. 1) à deux autres ordonnances présidentielles qui n'ont pas été publiées (dans les affaires 4A\_318/2018 et 4A\_624/2016), ce qui correspond à une pratique générale, nonobstant l'exigence de la transparence. L'Ordonnance rejette d'emblée les deux conclusions de la recourante, évoquant une violation du principe de l'interdiction de la discrimination ainsi qu'une violation de ses droits de la personnalité et de la dignité humaine (c. 3). L'Ordonnance n'examine pas la question de savoir si l'exigence du Règlement DDS de l'IAAF de présenter un taux de testostérone sanguine en dessous de 5 nmol/L est susceptible de faire l'objet d'une sentence arbitrale au regard de l'art. 177 al. 1 qui est d'application d'office. Au demeurant, la protection de la sphère personnelle de l'athlète en vertu de l'art. 8 CEDH est également en jeu. Le droit à l'autonomie personnelle comprend le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain. Ainsi que cela a été constaté dans les cas de transsexuels, la société doit permettre aux personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elles (cf. CEDH, Christine Goodwin, 11.7.2002, § 90 s.). Des éléments tels, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'art. 8 CEDH (cf. CEDH, Van Kück, 12.6.2003, § 69). L'obligation faite à un sportif de modifier son taux de testostérone est une atteinte à son identité sexuelle. Il convient ainsi de se demander si les besoins d'organisation des compétitions, séparées en les deux catégories homme/femme, justifient une telle injonction.*

**42**

In fine, ajouter : La suspension peut cependant également être ordonnée par le Tribunal fédéral (cf. Ordonnance 10.10.2010, 4A\_614/2010). Elle peut porter cependant uniquement sur l'activité du tribunal arbitral en rapport avec le point attaqué devant le Tribunal fédéral (cf. obs. Pfisterer/Gross, AJP 2021 p. 523).

**42a n**

La suspension de la procédure de recours ne peut être envisagée qu'à titre très exceptionnel. Le Tribunal fédéral entend éviter qu'un dossier reste ouvert durant une période pouvant s'avérer longue (ATF 143 III 462 ss, 471).

**43**

In fine, ajouter : cf., à titre d'illustration, ATF 23.4.2013, 4A\_672/2012, c. 3.2.

**44**

4<sup>e</sup> ligne, insérer : Les faits de la procédure en font partie, notamment les prises de position des parties (ATF 20.2.2013, 4A\_407/2012, c. 2.4.1).

10<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : notamment dans l'hypothèse d'un recours contre une sentence incidente selon les lettres a et b (cf. ATF 20.8.2012, 4A\_240/2012, c. 2.3 ; ATF 140 III 477 ss, 479 ; 140 III 520 ss, 525 ; ATF 2.9.2014, 4A\_606/2013, c. 2 ; ATF 15.7.2015, 4A\_246/2014, c. 3 ; ATF 142 III 239 ss, 244 ; ATF 3.8.2016, 4A\_202/2016, c. 2 ; ATF 20.12.2016, 4A\_32/2016, c. 3 ; ATF 18.1.2017, 4A\_500/2015, c. 2 ; ATF 20.2.2018, 4A\_260/2017, c. 2.2, FIFA, non reproduit dans l'ATF 144 III 120 ss ; ATF 1.5.2018, 4A\_583/2017, c. 2 ; ATF 16.10.2018, 4A\_396/2017, c. 3.3, non reproduit dans l'ATF 144 III 559 ss ; ATF 11.12.2018, 4A\_65/2018, c. 2.3 ; ATF 19.12.2018, 4A\_394/2018, c. 2.4 ; ATF 2.6.2021, 4A\_618/2020, c. 3.3).

13<sup>e</sup> ligne, insérer : Même si la sentence n'en fait pas mention, ces solutions peuvent s'appliquer par analogie et permettre au Tribunal fédéral de tenir compte du déroulement de la procédure devant le tribunal arbitral (cf. ATF 5.3.2019, 4A\_556/2018, c. 3).

In fine, ajouter aux arrêts cités : ATF 7.4.2014, 4A\_450/2013, c. 2.3 ; ATF 16.10.2014, 4A\_324/2014, c. 2.3 ; ATF 20.7.2018, 4A\_578/2017, c. 3.3.1.2 ; ATF 12.12.2019, 4A\_244/2019, c. 3.4. Puis continuer : Une autre exception est admise lorsque le recourant adopte une attitude contradictoire, en insistant sur un fait constaté dans la sentence alors qu'il avait admis auparavant qu'il s'agissait d'une erreur (ATF 17.1.2013, 4A\_538/2012, c. 4.4).

**44a n**

On ne constate aucune variation à cette jurisprudence lorsque le Tribunal fédéral relève qu'il examine librement les conditions relatives au grief de l'incompétence du tribunal arbitral. En effet, cette cognition large de l'autorité de recours ne comprend pas l'état de fait constaté dans la sentence (cf. ATF 18.5.2020, 4A\_418/2019, c. 3.2.3).

**45**

In fine, ajouter : Un arrêt plus récent semble le confirmer par un renvoi à l'arrêt du 20.2.2009 (ATF 28.1.2016,



4A\_222/2015, c. 3.3.4).

*Ce dernier arrêt pourrait mener à l'incertitude. Car l'arrêt du 20.2.2009 était confiné à une hypothèse très particulière, s'agissant d'une décision du TAS de clore la procédure du fait du défaut de paiement (complet) des avances de frais. Le nouvel arrêt du 28.1.2016 en dégage une extrapolation bien large, constatant qu'un recours dirigé contre une sentence du TAS pourvue d'une motivation lacunaire pourrait amener le Tribunal fédéral à « compléter les constatations de fait pertinentes ainsi que la jurisprudence l'y autorise », l'arrêt de 2009 étant cité comme seul appui (c. 3.3.4). L'observation constitue un obiter dictum dès lors que la perspective de devoir « supputer les motifs retenus par la Formation » a découragé le Tribunal fédéral au point de déclarer le recours irrecevable et d'attendre un recours ultérieur dirigé le cas échéant contre la sentence finale.*

**46**

3<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF mentionnés : ATF cité du 20.8.2012, c. 2.3 ; ATF 11.12.2012, 4A\_414/2012, c. 1.4.

**46a n**

Les constatations du tribunal arbitral quant au déroulement de la procédure lient également le Tribunal fédéral, qu'elles aient trait aux conclusions des parties, aux faits allégués ou aux explications juridiques données par ces dernières, aux déclarations faites en cours de procès, aux réquisitions de preuves, voire au contenu d'un témoignage ou d'une expertise ou encore aux informations recueillies lors d'une inspection oculaire (cf. ATF 10.12.2020, 4A\_384/2020, c. 4 ; ATF 6.1.2021, 4A\_346/2020, c. 5.2).

**47**

13<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 142 III 239 ss, 244.

16<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 138 III 714 ss, 719 s., 726 s. ; ATF 17.1.2013, 4A\_538/2012, c. 4.2, Israël ; ATF 23.7.2014, 4A\_118/2014, c. 3.4 ; ATF 26.2.2015, 4A\_374/2014, c. 4.2.3, 4.3.2.2 ; ATF 142 III 296 ss, 301 ; ATF 2.11.2020, 4A\_161/2019, c. 2.5. Une expertise sur le droit étranger est prise en compte à titre de contribution des parties à faire constater le droit étranger (ATF 7.2.2020, 4A\_80/2018, c. 2.4.1).

**48**

3<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 2.5.2012, 4A\_14/2012, c. 4.

4<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 10.2.2021, 4A\_430/2020, c. 4

11<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 13.2.2012, 4A\_428/2011, c. 5.2 ; ATF 9.7.2014, 4A\_90/2014, c. 3.2.3.3 ; ATF 26.4.2016, 4A\_342/2015, c. 2.2 ; ATF 17.6.2019, 4A\_66/2019, c. 2.3.

In fine, ajouter aux ATF mentionnés : ATF cité du 18.2.2016, c. 4.2, non reproduit dans l'ATF 142 III 239 ss, 252. Toutefois, on hésitera à suivre ce dernier arrêt (p. 244) lorsqu'il admet que le recourant peut développer un nouveau motif d'incompétence devant le Tribunal fédéral alors qu'il ne l'a pas soulevé devant le tribunal arbitral (art. 186 al. 2 ; cf. obs. Stacher, AJP 2018 p. 364-366). Puis : Le fait d'invoquer les motifs de recours de l'art. 393 CPC rend le recours dirigé contre une sentence internationale irrecevable, sauf pour les motifs qui correspondent à ceux de l'art. 190 al. 2 LDIP (ATF 7.3.2012, 4A\_652/2011, c. 3.2).

**49**

10<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 23.5.2012, 4A\_654/2011, c. 3.2.

14<sup>e</sup> ligne, insérer : La question est ensuite restée ouverte (cf. ATF 143 III 578 ss, 586 s.).

16<sup>e</sup> ligne, insérer : Suivant cet auteur, un récent arrêt observe que le défaut d'arbitrabilité du litige frappe une décision en matière d'arbitrage de nullité absolue, constatable en tout temps (ATF 20.11.2017, 4A\_407/2017, c. 2.2.2.1, arbitrage CPC).

**52**

8<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités: ATF 29.5.2015, 4A\_633/2014, c. 2.3, non reproduit dans l'ATF 141 III 229 ss ; ATF 22.1.2018, 4A\_432/2017, c. 2.2, 4.

In fine, ajouter : ATF 31.1.2012, 4A\_360/2011, c. 6 ; ATF 15.7.2015, 4A\_246/2014, c. 8.

**53**

3<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 8.3.2012, 4A\_627/2011, c. 2.3, arbitrage CPC ; ATF 140 III 520 ss, 528 ; ATF 11.12.2018, 4A\_65/2018, c. 2.1. Cela peut se faire même si le recourant ne le requiert pas (ATF 6.3.2017, 4A\_490/2016, c. 2.3 ; ATF 4.10.2017, 4A\_150/2017, c. 2.3 ; ATF 7.2.2020, 4A\_80/2018, c. 2.1).

10<sup>e</sup> ligne, ajouter après l'arrêt Elektrim : ATF 7.4.2014, 4A\_450/2013, c. 3.6 ; ATF 25.3.2020, 4A\_306/2019, c. 4, non reproduit dans l'ATF 146 III 142 ss.

In fine, ajouter : Il en va de même, *a maiore minus*, s'il est demandé au Tribunal fédéral d'ordonner la suspension de la cause arbitrale jusqu'à l'achèvement de la procédure préalable à l'arbitrage à mener devant le

« Dispute Adjudication Board » de la FIDIC et la fixation d'un délai aux parties pour leur permettre de réparer l'omission de cette étape préalable (ATF 7.7.2014, 4A\_124/2014, c. 2.2). Enfin, le Tribunal fédéral ne statue pas directement sur la compétence si la sentence doit être renvoyée en raison d'un autre grief, relatif au droit d'être entendu, par exemple (cf. ATF 4.7.2019, 4A\_462/2018, c. 2.2).

**54**

4<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 27.6.2012, 4A\_54/2012, c. 1.4 ; ATF 22.12.2020, 4A\_318/2020, c. 7.9 in fine, non reproduit dans l'ATF 147 III 65 ss

**55**

*Hypothèse d'un recours dirigé contre une décision incidente constatant la compétence du tribunal arbitral et refusant d'ordonner la suspension de la procédure arbitrale en vertu de l'art. 186 al. 1<sup>bis</sup>, question étroitement liée à celle de la compétence. L'ATF 13.2.2012, 4A\_428/2011, c. 5.1, admet alors, avec une certaine hésitation, compte tenu de la controverse doctrinale, et « en l'état actuel de la jurisprudence », la recevabilité du recours en tant qu'il est dirigé également contre la décision refusant la suspension, soulignant que cette question ne s'apparente en rien à une ordonnance de procédure susceptible d'être modifiée ou rapportée en cours d'instance. L'argument semble indiquer que si le recours n'avait pas été irrecevable pour une autre raison (comme c'était le cas en l'espèce), le Tribunal fédéral serait entré en matière sur le recours dirigé contre l'ordonnance de procédure du TAS refusant la suspension (incluant une « décision incidente touchant à sa compétence »). Or, si une porte est ainsi entre-ouverte pour recevoir un recours contre une telle ordonnance (cf. art. 190 n° 28a), il ne semble pas cohérent de juger que la conclusion d'une partie (l'une des intimées, en l'espèce) tendant à la suspension de la « cause arbitrale » soit irrecevable en raison de la nature cassatoire du recours (même ATF, c. 1.4). En effet, si le refus de la suspension doit être annulé, il serait vide de sens de prononcer uniquement une telle annulation, sans donner au tribunal arbitral l'instruction de suspendre ou, mieux, sans que le Tribunal fédéral ordonne la suspension directement, comme il peut statuer sur la compétence du tribunal arbitral. En l'espèce, la suspension réclamée par cette partie intimée ne pouvait être reçue en tant que grief, faute pour cette partie d'avoir recouru elle-même contre les sentences litigieuses (c. 1.4). Si elle l'avait fait, cependant, elle se serait trouvée dans la même situation que les recourants dans le cas particulier, qui n'ont pas été éconduits de leur moyen dirigé contre le refus de la suspension au motif de la nature cassatoire du recours. Toutefois, il semble que cette incertitude puisse être considérée comme levée depuis l'ATF cité du 7.7.2014, c. 2.2, qui déclare recevable une conclusion par laquelle le requérant demande au Tribunal fédéral d'ordonner la suspension de la cause arbitrale jusqu'à l'achèvement d'une procédure alternative préalable et obligatoire. Cependant, cet arrêt ne fait aucune allusion à l'ATF du 13.2.2012.*

**56**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 18.10.2011, 4A\_214/2011, c. 1.4 ; ATF 31.1.2012, 4A\_360/2011, c. 6 ; ATF 2.5.2012, 4A\_14/2012, c. 3.1.2 ; ATF 31.5.2012, 4A\_682/2011, c. 2.2.

10<sup>e</sup> ligne : l'ATF 26.5.2010, 4A\_433/2009 se réfère au dispositif n° 3 [non 2]. Puis insérer : sans un tel renvoi, on ne peut fonder légalement l'obligation du tribunal arbitral d'examiner uniquement les questions laissées ouvertes par « l'arrêt de renvoi » et ce en étant lié par les considérants de cet arrêt (comme l'explique judicieusement l'ATF 27.6.2012, 4A\_54/2012, c. 2.2.3). Il en va de même dans l'hypothèse d'une annulation motivée par la violation du droit d'être entendu sur une seule question, mais qui fait partie d'un ensemble fondé sur une seule prétention litigieuse : la sentence est alors annulée dans son entier, étant noté qu'il « va de soi » que seule cette question devait être réexaminée (ATF 17.4.2013, 4A\_669/2012, c. 3.3). La mise au point attendue est venue avec un arrêt du 4.2.2014 (4A\_460/2013, c. 2.3), statuant expressément que l'art. 77 al. 2 LTF n'exclut pas la seconde partie de l'art. 107 al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, permettant ainsi au Tribunal fédéral de renvoyer l'affaire au tribunal arbitral, comme il peut le faire par rapport à l'autorité étatique précédente ; du même coup, la conclusion d'une partie recourante allant dans ce sens n'est pas jugée irrecevable. La jurisprudence s'est ainsi stabilisée en ce sens que le Tribunal fédéral « n'exclut pas » que l'affaire soit renvoyée au tribunal arbitral (cf. ATF 2.11.2020, 4A\_461/2019, c. 2.2, et les références).

*L'affirmation de la nature cassatoire du recours est une constante de la jurisprudence. Elle n'est pourtant que rarement mise en référence à la loi. Elle remonte à la pratique du recours de droit public sous l'ancienne OJF (cf. ATF 124 I 327 ss, 332). Dans la LTF, elle est assurée par l'art. 77 al. 2, qui*

exclut l'art. 107 al. 2 LTF « dans la mesure où cette dernière disposition permet au Tribunal fédéral de statuer sur le fond de l'affaire ». Cela laisse parfaitement intacte la possibilité retenue dans la seconde situation visée par cette même disposition, dans laquelle le Tribunal fédéral renvoie l'affaire à l'autorité précédente « pour qu'elle prenne une nouvelle décision ». Dans l'ATF 2.5.2012, il a été dit qu'en s'abstenant de procéder à un tel renvoi, le Tribunal fédéral se conforme à une pratique bien établie à laquelle il n'a, « semble-t-il », dérogé qu'une seule fois (c. 3.1.2). Il n'en est rien. L'art. 191 n° 56 cite deux autres arrêts et les art. 77 al. 2 et 107 al. 2 LTF qui l'emportent sur une pratique erronée, fût-elle « bien établie ». Dans ATF du 31.5.2012, ces mêmes dispositions ont été citées, constatant correctement que le Tribunal fédéral ne peut statuer sur le fond, mais en y ajoutant faussement que cela signifie que la demande de renvoi à l'autorité précédente soit irrecevable (c. 2.2), ce que permet pourtant la partie de l'art. 107 al. 2 qui n'est pas exclue par l'art. 77 al. 2 LTF.

La méconnaissance des textes légaux a produit un effet curieux dans un arrêt qui déclare, conformément au recours, que « la sentence attaquée est annulée », tout en constatant, sous le même point du dispositif, que « le recours est partiellement admis », ce qui est exacte en ce qui concerne les moyens invoqués, mais faux par rapport à la conclusion admettant le recours dans sa totalité (cf. l'ATF cité du 31.1.2012, c. 6 et dispositif n° 1). Le Tribunal fédéral a ajouté qu'« il va de soi » que dans la nouvelle sentence à rendre, seules devront être réexaminées les prétentions à l'égard desquelles le recours a été admis » (c. 6). Or, en raison de l'imbrication des différentes conclusions, l'arrêt du Tribunal fédéral annule la sentence également par rapport à ces prétentions-là. Il ne contient donc aucune injonction liant le tribunal arbitral, alors que tel ne serait pas le cas si l'affaire était renvoyée aux arbitres avec l'instruction de statuer « dans le sens des considérants », comme le permet l'art. 107 al. 2, 1<sup>er</sup> phrase LTF dans sa seconde branche, non visée par la clause d'exclusion de l'art. 77 al. 2 LTF. Curieuse conclusion également dans l'ATF cité du 17.4.2013, qui se contentait de dire que cela « va de soi », au lieu de reprendre la lecture des art. 77 al. 2 et 107 al. 2 LTF. Le nouvel arrêt du 4.2.2014 remédie à ces confusions. (Cf., par ailleurs, sur le principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, hors arbitrage, l'ATF 4.4.2014, 5A\_488/2013, c. 3 et l'ATF 140 III 466 ss, 470, de même l'ATF 24.11.2014, 4A\_378/2014, c. 1.1, arbitrage CPC).

#### **56a n**

Une autre exception, qualifiée de mineure par rapport au constat sur la compétence, est la déclaration de suspendre la procédure arbitrale jusqu'à l'achèvement d'une procédure préalable et obligatoire de résolution alternative du litige (par la conciliation ou la médiation, notamment) conformément à l'accord des parties (ATF 142 III 296 ss, 314-319 ; ATF 20.9.2016, 4A\_524/2016, c. 2 ; cf. art. 176 n° 3). Cette solution constitue, en règle générale, la sanction la plus adéquate d'une violation d'un mécanisme contractuel convenu entre les parties à l'effet de repousser l'initiation d'une procédure arbitrale tant que la méthode alternative de résolution du litige n'a été ni engagée ni conduite à travers toutes les étapes qu'elle comporte. Pour être pleinement efficace, la suspension est normalement assortie de l'annulation de la décision sujette au recours (et ce même sur des points qui n'ont pas fait l'objet du recours ; cf. ATF 142 III 318 s.). Une sanction par le biais de dommages-intérêts n'est pas une solution satisfaisante dans la plupart des cas, et déclarer la demande arbitrale irrecevable et de clore en conséquence la procédure arbitrale n'est pas appropriée non plus, en particulier du fait qu'elle obligera les parties à reconstituer un tribunal arbitral au cas où la démarche préalable convenue n'aboutit pas à un accord mettant fin au litige. Il n'en demeure pas moins que la solution retenue par la jurisprudence a pour défaut qu'elle requiert le prononcé d'une sentence, pour le moins partielle ou incidente, que le Tribunal fédéral, saisi d'un recours, pourra annuler en y joignant l'ordre de suspension. Tant qu'aucune décision du tribunal arbitral n'a été rendue, ou si les parties sont convenues d'une renonciation au recours en vertu de l'art. 192 al. 1, le Tribunal fédéral n'aura pas d'occasion pour intervenir ; on suggèrera, cependant, que le juge d'appui selon l'art. 185 pourrait alors jouer ce rôle (cf. art. 185 n° 9a). Enfin, si seule la sentence finale sur le fond parvient à l'instance de recours, il n'y a plus de procédure arbitrale à suspendre et cela n'aurait plus de sens d'ailleurs étant donné que les parties connaissent le sort de leur différend. Toutefois, il reste une échappatoire pour la partie confrontée à un tribunal arbitral ne rendant pas de sentence intermédiaire : provoquer une décision arbitrale sur la suspension et, en cas de refus, la porter au Tribunal fédéral au moyen d'un recours dirigé contre une décision ayant statué implicitement sur la compétence (cf. art. 190 n° 28a).

#### **57**

1<sup>re</sup> ligne, ajouter : ATF cité du 2.5.2012, c. 3.1.

3<sup>e</sup> ligne, insérer : Cela suppose toutefois que le tribunal soit invité à reprendre le dossier par l'une ou l'autre des parties (cf. Favre-Bulle, Cahiers 2013 p. 429 s.).

6<sup>e</sup> ligne, insérer : En effet, l'arrêt de renvoi lie le tribunal arbitral comme il lie le Tribunal fédéral lui-même (ATF 4.7.2019, 4A\_462/2018, c. 3.2.1).

7<sup>e</sup> ligne, insérer : Ceux-ci ne doivent cependant pas se mettre en contradiction avec les considérants de l'arrêt du Tribunal fédéral (cf. ATF 11.4.2016, 4A\_426/2015, c. 3).

#### **59**

2<sup>e</sup> ligne, insérer : Il en va de même si la mission d'un arbitre unique a pris fin, les démarches à entreprendre étant alors du ressort des parties, telle la saisine du juge d'appui, qui ne peut être sollicité par le renvoi du dossier de la part du Tribunal fédéral (cf. ATF 28.1.2014, 4A\_490/2013, c. 4.3).

4<sup>e</sup> ligne, ajouter : sauf si l'arbitre a violé manifestement ses obligations en commettant des erreurs particulièrement graves ou répétées (ATF 27.6.2012, 4A\_54/2012, c. 2.2.3).

## **II. Le recours en révision au Tribunal fédéral**

*Cette partie est transférée sous l'art. 190a qui est dorénavant le siège de la matière, cependant sous la réserve de la procédure y relative.*

### **69a n**

Les motifs d'une demande en révision étant dorénavant transférés à l'art. 190a LDIP, ainsi que la détermination du délai, la LTF retient à son compte le règlement de la *procédure* de révision devant le Tribunal fédéral. Auparavant, la matière était régie par les dispositions de la section 1 du chapitre 7 de la LTF. Depuis le transfert des cas de révision et de la fixation du délai à l'art. 190a LDIP, on en a conservé uniquement l'art. 126 LTF, à travers un renvoi de l'art. 191 au nouvel *art. 119a LTF* qui renvoie à son tour, à son alinéa 2, aux « art. 77, al. 2<sup>bis</sup>, et 126 ». Cet art. 126 permet d'accorder l'effet suspensif ou d'ordonner d'autres mesures provisionnelles. Quant à art. 77 al. 2<sup>bis</sup>, il autorise la rédaction des mémoires en anglais.

### **69b n**

L'échange d'écritures n'est plus réglé par l'art. 127 LTF, puisque l'art. 119a al. 2 LTF adresse cette question directement et de façon similaire, la demande de révision étant notifiée à la partie adverse et au tribunal arbitral « pour avis », sauf si elle est manifestement irrecevable ou infondée. Un « avis » étant sollicité, le Tribunal fédéral impartira un délai. On présumera également que la demande soit communiquée à toutes les parties touchées par la sentence et non seulement à la « partie adverse ». On admettra enfin qu'en l'absence de toute référence à l'art. 77 al. 1 ou à l'art. 74 LTF, aucune exigence d'une valeur litigieuse minimale n'est posée.

### **70**

3<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF mentionnés : ATF cité du 21.11.2016, c. 4, puis insérer : Il arrive aussi que la sentence est annulée, le renvoi étant implicite (cf. ATF cité du 22.12.2020, c. 7.9 in fine, non reproduit dans l'ATF 147 III 65 ss, qui prononce également la récusation de l'arbitre à l'origine de la demande de révision). Un recours en annulation déposé en parallèle devient alors sans objet (ATF 22.2.2021, 4A\_192/2020).

In fine, ajouter : Le Tribunal fédéral maintiendra sa jurisprudence sur ce point en la fondant dorénavant sur l'art. 119a al. 3 LTF. En cas de renvoi au tribunal arbitral qui ne comprend plus le nombre d'arbitres requis, l'art. 179 LDIP s'applique (art. 119a al. 4 LTF) ; cela montre qu'en attendant que toute éventualité d'une révision ne soit écartée, le tribunal arbitral continue d'exister comme s'il était mis en veilleuse.

## **III. L'interprétation et la rectification de la sentence**

*Cette partie est transférée sous l'art. 189a qui est dorénavant le siège de la matière.*

## **Art. 192**

### **1**

In fine, ajouter : Pourtant, il a été décidé que la renonciation anticipée au recours au Tribunal fédéral dirigé contre un arrêt étatique était exclu, l'art. 192 restant ainsi un cas isolé, fondé sur l'idée qu'il s'agissait de droits dont les parties peuvent disposer librement (ATF 141 III 596 ss, 600-607). S'agissant d'un arbitrage volontaire consenti librement, il ne se pose guère de problème sur le terrain de l'art. 6 CEDH (CEDH, Tabbane, 24.3.2016, § 27-36).

### **3**

In fine, ajouter : cf. ATF 143 III 157 ss.

**5**

13<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité: suivi par l'ATF 143 III 589 ss, 597-599, qui accepte le principe sur le fondement des règles de la bonne foi.

**8 n**

La renonciation au recours doit figurer en termes *clairs et nets* dans la convention d'arbitrage ou dans un accord spécial qui peut être conclu, en la forme écrite conforme à l'art. 178 al. 1, jusqu'au jour de la communication de la sentence.

**8a n**

Depuis la réforme de 2020, cette déclaration ne doit plus se trouver dans l'accord des parties de manière expresse, formulée en autant de mots qu'exige son contenu. Il suffit que l'on puisse dégager la volonté de renoncer au recours par l'interprétation des volontés exprimées, clairement mais pas nécessairement de manière explicite, ou, à défaut, dégager cette volonté en suivant le principe de la confiance. Certes, les résultats vont correspondre très souvent à ceux de la jurisprudence d'avant la réforme, mais ce n'est pas certain et surtout, il en résulte une insécurité déplorable dans les relations entre les parties et dans la perspective de l'évolution de la jurisprudence qui devra élaborer les nouveaux repères. Cette modification est le résultat d'une confusion entre l'exigence de forme et le mode d'expression employé. Le Message invoque l'opportunité d'unifier la forme écrite en l'expliquant à propos de l'art. 176 al. 2 (FF 2018 p. 7163, 7176 s.), sans remarquer que la situation à l'art. 192 al. 1 n'est pas la même. L'adjectif « exprès » répond à l'art. 176 al. 2 à un besoin de clarté. A l'art. 192 al. 1, le même mot sert, en plus, à un besoin de protection. En biffant ce terme à l'art. 192 al. 1, on a privé l'auteur de la renonciation d'une incitation à plus de retenue et d'attention que s'il s'agissait d'un simple écrit.

**8b n**

Ce changement affaiblit la protection des parties devant un choix inconsidéré de se priver de tout moyen de recours. Il crée pour quelque temps une insécurité dans la pratique. Il semble bien que la jurisprudence qui avait exclu la validité de renonciation à recours sous la forme d'un renvoi à un règlement d'arbitrage ou une clause statutaire prévoyant une telle solution ne puisse plus être conservée (cf. ATF 1.12.2004, 4P.62/2004, c. 1.2 ; ATF 6.6.2007, 4A\_18/2007, c. 3.2 ; ATF 11.12.2012, 4A\_414/2012, c. 1.2 ; ATF 29.5.2015, 4A\_633/2014, c. 2.2.1, non reproduit dans l'ATF 141 III 229 ss). Aussi est-ce incertain si le moyen de recours auquel il est fait référence doit être désigné directement, comme ce fut le cas autrefois (cf. ATF 116 II 639 ss, 640 s. ; ATF 25.8.2020, 4A\_248/2019, c. 4.2.2, non reproduit dans l'ATF 147 III 49 ss ; ATF 16.12.2020, 4A\_244/2020, c. 3.2.2).

**9**

Au début : Il n'empêche que, sans être expresse, la déclaration doit clairement désigner son objet.

11<sup>e</sup> ligne, biffer le mot « expresse »

In fine, ajouter aux arrêts cités : ATF 29.10.2013, 4A\_93/2013, c. 3 ; ATF 4.2.2014, 4A\_460/2013, c. 2.2.

**10**

8<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF 131 III 173 ss : 145 III 266 ss, 274 s.

19<sup>e</sup> ligne, insérer : Donner à l'expression « appel » un sens large, excluant tout recours, est d'autant plus approprié lorsque les parties devaient savoir qu'un appel ordinaire était de toute façon impossible à l'encontre d'une sentence (cf. ATF 4.1.2012, 4A\_238/2011, c. 2 ; ATF 143 III 589 ss, 590-596). Une combinaison maladroite de diverses expressions peut également s'avérer suffisante pour conclure à l'exclusion de tout recours (cf. ATF 3.4.2014, 4A\_577/2013, c. 3.3).

**11**

3<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 143 III 55 ss, 57 s.

11<sup>e</sup> ligne, insérer : puis il a reconnu que cette question devait être examinée (ATF 9.12.2011, 4A\_631/2011, c. 3.1, dans le cas d'une clause arbitrale signée par un représentant). Ensuite biffer tout ce qui suit et reprendre dans un nouveau paragraphe :

**11a n**

S'il est reproché aux arbitres de s'être arrogés une compétence qu'ils n'avaient pas, le recourant doit se voir opposer la clause de renonciation au recours, si la même extension *ratione materiae* peut lui être donnée. Cependant, pour accepter une telle extension, l'autorité de recours ne doit pas s'en remettre à l'interprétation faite par le tribunal arbitral au sujet de sa compétence, sans méconnaître la nature propre de l'engagement à renoncer à tout recours même par rapport à la question de la compétence. En effet, la portée de la clause de renonciation peut être plus large que celle de la clause arbitrale. Ainsi, même si une partie voulait contester une compétence trop extensive adoptée par le tribunal arbitral, elle ne peut demander son annulation en présence

d'une renonciation à recourir contre toute décision des arbitres sur leur compétence (ATF 134 III 265 s.). On ne saurait introduire à l'art. 192 al. 1 une condition dépendant de la décision du tribunal arbitral sur sa compétence. L'examen de la validité de la renonciation au recours doit donc avoir lieu préalablement au grief relatif à la compétence du tribunal arbitral (cf., en ce sens, l'ATF 31.10.2005, 4P.198/2005, c. 1, Motorola, ASA 2006 p. 339). La renonciation selon l'art. 192 est à ce prix, sous réserve d'une objection d'inarbitrabilité qui doit être observée d'office et peut affecter la clause de renonciation elle-même. Cependant, un récent arrêt renverse cette manière de procéder, sans autre examen et sans mentionner l'ATF cité, en concluant que la question de la compétence du tribunal arbitral doit être examinée préalablement à celle de la validité d'une clause de renonciation à recours, tout au moins si les deux engagements figurent dans la même disposition (cf. ATF 18.5.2020, 4A\_418/2019, c. 2.2). L'art. 192 al. 1 est ainsi rendu inopérant par rapport à la décision du tribunal arbitral sur sa compétence. Ce n'est pas ce que le législateur a voulu. Dans l'arrêt cité, l'inversion des questions était sans conséquence, étant donné que la clause litigieuse n'avait pas fait, sur ces deux points, l'objet d'un accord de volonté concordante des parties contractantes.

#### **11b n**

La clause de renonciation figurant dans des statuts d'une société ou d'une association ne lie pas leurs membres à défaut d'avoir été acceptée clairement par eux. Ainsi, le règlement d'une fédération internationale s'impose certes aux fédérations nationales qui en sont les membres, mais la renonciation au recours contre une sentence du TAS qui y figure est inopérante à leur égard, sauf en cas d'approbation spéciale (ATF 25.8.2020, 4A\_248/2019, c. 4.2.4, non reproduit dans l'ATF 147 III 49 ss, se référant à l'exigence antérieure d'une déclaration « expresse »).

#### **12**

Aucun droit étranger n'étant désigné, le droit comparé peut tout au plus servir à mieux comprendre, le cas échéant, les réelles intentions des auteurs de la clause de renonciation (cf. n° 10 et l'ATF cité du 4.1.2012, c. 2).

#### **13**

17<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 25.8.2020, 4A\_248/2019, c. 4.2.2 ; ATF 27.1.2021, 4A\_600/2020, c. 5.5.1

33<sup>e</sup> ligne, insérer : Sans vouer aucune attention à de tels cas posant manifestement un problème sérieux, le Tribunal fédéral a conclu « à la conformité de l'art. 192 al. 1 LDIP avec l'art. 6 par. 1 CEDH » (ATF 4.1.2012, 4A\_238/2011, c. 3.2). Force est de constater que cela ne peut clore le débat.

#### **13a n**

Le recours d'une partie qui plaide l'inexistence du contrat pour échapper à la clause de renonciation à recourir (en soi valable) et l'existence du même contrat pour obtenir le paiement réclamé de son co-contractant est empreinte d'une contradiction irréductible, violant les règles de la bonne foi et rendant dès lors le recours irrecevable (ATF 143 III 62-64). A y regarder de plus près, ce raisonnement est insuffisant. Car en l'espèce, l'intimée s'est placée dans une contradiction du même ordre, mais en sens inverse : elle soutient l'inexistence du contrat pour échapper à l'obligation de payer (ce que l'arbitre lui a accordé), tout en invoquant la clause de renonciation à recours comme si le contrat était valable. Lorsque l'intimée avait fait le choix d'entrer en matière et de lever son exception d'incompétence, elle a accepté d'être liée par la clause arbitrale contenue dans le contrat et invoquée par la demanderesse (art. 186 al. 2). L'arbitre a admis sa compétence sur cette base. Il n'avait pas besoin de s'appuyer, en plus, sur le principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage (art. 178 al. 3). Il n'en demeure pas moins que l'antagonisme des positions respectives des parties devait subsister : la demanderesse invoque un contrat qu'elle prétend valable, tandis que la défenderesse conclut à l'inexistence du contrat dont la signature aurait été falsifiée. Or, on ne saurait soutenir en pareille hypothèse un comportement contraire à la bonne foi d'une partie qui accepte d'être liée par une clause arbitrale contenue dans un contrat dont elle dit qu'il n'existe pas. Le principe de la séparabilité a précisément pour but de couper court à un tel raisonnement circulaire. La réflexion est la même par rapport à l'accord de renonciation à recours qui constitue l'accessoire à l'engagement à l'arbitrage. Lorsque la validité de la clause de renonciation est en jeu, une partie ne doit pas se faire reprocher un comportement contraire à la bonne foi si elle prétend, quant au fond, que le contrat est valable, et inversement. Si l'on voulait suivre l'arrêt du Tribunal fédéral, la clause de renonciation ne saurait jamais valable pour une partie qui invoque la nullité ou l'inexistence du contrat. Si cela devait être la solution, elle ne découle pas du principe de la bonne foi, puisque dans l'hypothèse comparable d'une partie invoquant une clause arbitrale figurant dans un contrat dont elle conteste la validité, le même principe n'a pas sa place. La question que le Tribunal fédéral aurait dû examiner (suggérée d'ailleurs par la recourante, c. 3.3.4) est celle de savoir si le principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage selon l'art. 178 al. 3 s'applique

également à l'accord de renonciation à recours figurant dans le contrat. Au lieu de se rabattre sur le reproche de manquer de bonne foi, le Tribunal fédéral aurait mieux fait de justifier sa solution en référence à ce principe.

#### **14a n**

On notera à ce propos l'incertitude sur la signification de l'expression « tout recours ». Depuis l'insertion dans la renonciation, lors de la réforme de 2020, tant du recours en réforme que de la révision (à l'exception du cas de l'art. 190 al. 1 lit. b), on aurait pu penser que « tout recours » comprend l'un et l'autre. On ne peut discerner aucune volonté du législateur sur ce point. L'alinéa 2 n'a subi aucune modification. Il utilise le terme « recours », et plus clairement encore en allemand, le mot « Anfechtung », et en italien : « impugnabilità ». Cela doit être compris comme un renvoi exclusif au moyen de l'art. 190 al. 2, avec les notes marginales qui y correspondent. En conséquence, une objection fondée sur la Convention de New York est possible même si seul le recours de l'art. 190 al. 2 et non la révision selon l'art. 190a a été exclu.

#### **Bibliographie**

DAVID CUENDET/MICHAEL DAPHINOFF, Vers une renonciation tacite au recours contre une sentence arbitrale (art. 192 al. 1 LDIP) ?, ASA 35 (2017) p. 860-871 ; NORA KRAUSZ, Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal : Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR, Article 6, JIA 28 (2011) p. 137-162 ; PHILIPPE PINSOLLE, La renonciation au recours en annulation en matière d'arbitrage international, in Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer, Paris 2015, p. 697-710 ; CHARLES PONCET, Obtaining Revision of « Swiss » International Arbitral Awards : Whence after Thales ?, Stockholm International Arbitration Review 2009 n° 2 p. 39-53 ; PASCAL RUCH, Zum Rechtsmittelverzicht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Zurich 2013 ; MARTE KNIGGE/PAULINE RIBBERS, Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?, JIA 34 (2017) p. 775-793.

#### **Art. 193**

**2**

3<sup>e</sup> ligne, lire : contra : Mabillard, BSK-IPRG, Art. 193 n° 9

16<sup>e</sup> ligne, remplacer le contenu de la parenthèse par : cf. Habegger, ASA 2020 p. 569

In fine, ajouter : S'il est procédé autrement, l'avis fourni doit être soumis à la partie requérante (ATF 18.4.2013, 4A\_660/2012, c. 2).

**4**

6<sup>e</sup> ligne, insérer : Si l'instance de recours est de nature arbitrale, la sentence ne peut être attestée d'être exécutable (Tribunale d'appello TI, RtiD 2017 II n° 43c p. 875).

11<sup>e</sup> ligne : biffer Berti

#### **Art. 194**

**1**

In fine, ajouter : De l'avis du Tribunal fédéral, celle-ci l'emporte même au point d'empêcher le respect de la Convention à l'encontre d'un Etat étranger contre lequel une sentence étrangère est invoquée (cf. ATF 144 III 411 ss, 419, 422 s., Ouzbekistan, arrêt limité à l'examen de l'arbitraire d'une ordonnance de séquestre exigeant une condition de lien avec la Suisse, mais réservant l'hypothèse d'une mainlevée définitive). Le Tribunal fédéral, qualifiant cette condition de procédurale, estime qu'elle relève du droit national en vertu de l'art. III, dont il méconnaît cependant les termes. En effet, un Etat contractant ne doit pas imposer de règles de procédure sensiblement plus rigoureuses que celles qui sont imposées pour la reconnaissance ou l'exécution de sentences arbitrales nationales. Or, pour celles-ci, la condition dite de la « Binnenbeziehung » est normalement réalisée. L'on ne saurait donc comprendre l'art. III en ce sens qu'il permettrait de réserver cette condition aux sentences étrangères (cf. art. 1 n° 57a).

**3**

In fine, ajouter : Inversement, une sentence peut être invoquée afin de faire valoir l'extinction de la dette, notamment par le biais de la compensation (cf. ATF 25.10.2019, 5A\_877/2018, c. 2).

**4**

3<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 30.4.2020, 4A\_543/2019, c. 2

**9**

In fine, ajouter : La sentence arbitrale étrangère constitue un titre de mainlevée définitive ouvrant l'accès au séquestre en vertu de l'art. 271 al. 1 ch. 6 LP (ATF 139 III 139 ss).

**10**

Il convient de biffer la seconde phrase (cf. n° 48).

## 11

3<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 18.12.2014, 5A\_467/2014, c. 2.3.

7<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'arrêt cité : ATF 4.2.2016, 5A\_441/2015, c. 3.3.

9<sup>e</sup> ligne, insérer : Interprétant cette condition dans un sens « non formaliste » et « généreux », le Tribunal fédéral a décidé qu'il ne convient pas d'exiger la traduction des considérants d'une sentence en anglais, même si l'appréciation d'un motif de refus de l'art. V en dépend (ATF 138 III 520 ss, 523-527 ; ATF cité du 4.2.2016, c. 3.2).

15<sup>e</sup> ligne, confirmant l'ATF du 9.1.1995 : ATF 10.10.2011, 5A\_427/2011, c. 5 ; ATF cité du 4.2.2016, c. 3.2 ; puis ajouter après l'arrêt genevois : cf. art. 29 n° 7 s.

*L'arrêt du 2.7.2012 (ATF 138 III 520 ss) est excellent, très richement motivé, soutenu par une volonté de faire progresser l'arbitrage suisse par l'adaptation à l'internationalité des relations commerciales de la Suisse. Un seul petit regret : l'arrêt ne porte que sur le « cas particulier à considérer » (c. 5.5) dans lequel une traduction du dispositif et de la partie querellée de la sentence sur les coûts a été produite. Le Tribunal fédéral sera donc sans doute appelé à préciser encore si la traduction du dispositif est indispensable. Par ailleurs, on se demandera si le même esprit créatif rejaillira dans le contexte de la production d'une sentence en langue anglaise à l'appui d'un recours selon les art. 190/191 (cf. 191 n° 18). Le Tribunal fédéral souligne en effet ceci : « Nach heutigen Verhältnissen kann davon ausgegangen werden, dass die Gerichte bei englischen Schiedssprüchen in der Regel nicht auf eine Übersetzung angewiesen sind und so der Zweck von Art. IV Abs. 2 NYÜ genau so gut erreicht wird. » (c. 5.5)*

18/19<sup>e</sup> lignes, biffer Patocchi/Jermini

## 11a n

Toutefois, lorsque les exigences de l'art. II par. 2 CNY ne sont pas remplies, le comportement des parties peut, dans des circonstances particulières et conformément au principe de la bonne foi, pallier l'absence de forme. Ainsi, la partie défenderesse ne peut, lorsque l'issue du litige lui est défavorable et notamment au stade de l'exécution se prévaloir pour la première fois d'un vice de forme qu'elle aurait pu soulever à un stade antérieur de la procédure, devant le tribunal arbitral (ATF cité du 4.2.2016, c. 3.5, 4.1, 4.2).

## 13

3<sup>e</sup> ligne, compléter le renvoi à l'art. 29 n° 15 par : l'ATF 2.7.2012, 5A\_754/2011, c. 3.3, non publié in ATF 138 III 520 ss, n'en fait pas mention. Lorsqu'un acte de défaut de biens a été délivré pour une créance accordée par une sentence arbitrale étrangère, le délai de prescription est déterminé par l'art. 149 al. 1 LP (ATF 144 III 360 ss).

## 20

3<sup>e</sup> ligne, insérer : Dans les deux hypothèses, il doit s'agir d'une décision arbitrale comparable à celle d'un tribunal étatique (ATF 26.2.2015, 4A\_374/2014, c. 4.3.2.1, qui renvoie ainsi à la jurisprudence relative au champ d'application du chapitre 12, cf. art. 176 n° 9).

## 20a n

La discussion de la notion d'organe d'arbitrage *permanent* est devenue d'actualité sous un autre angle, à savoir au sujet du sort réservé aux décisions rendues par une future Cour multilatérale d'investissement, dont la création est soutenue surtout par l'Union européenne et mise en place dans les relations avec le Canada dans le CETA (cf. art. 176-194 n° 20b). Malgré le fait que la composition d'une telle autorité échappe à l'influence des parties, l'applicabilité de la CNY pourrait être fondée sur l'accord des parties de s'y soumettre, au sens de l'art. I par 2 CNY, à travers leur acceptation de l'arbitrage prévu dans un Traité bilatéral d'investissement. La question attend cependant encore de substantielles clarifications (cf. Bungenberg/Reinisch, p. 231-250 ; Bertolini, p. 79-86).

## 21

In fine, ajouter : Il n'empêche que le cas peut se présenter d'une juridiction du siège de l'arbitrage qui atteste que la sentence est efficace, sans l'incorporer formellement ; il n'est alors pas arbitraire d'accepter ce jugement en tant que titre de mainlevée, la sentence n'étant alléguée que par référence (cf. ATF 11.4.2018, 5A\_953/2017, c. 3.2.3).

## 22

In fine, ajouter : Ainsi, le désistement d'action est assimilé à un jugement dès lors qu'il consiste en l'abandon par le demandeur des conclusions prises et bénéficie de l'autorité de la chose jugée, par opposition au désiste-



ment d'instance ou retrait de la demande, qui n'empêche pas, en principe, la réintroduction de l'action (cf. ATF 26.2.2015, 4A\_374/2014, c. 4.3.2.2).

#### **22a n**

En ce qui concerne les effets qu'une sentence étrangère est susceptible de produire en Suisse, la situation est la même que celle applicable aux jugements étrangers (cf. art. 25 n° 32-36).

*Cela implique, hélas, qu'une confusion récemment introduite par l'ATF 140 III 278 ss, 280 s. s'étend dorénavant à l'arbitrage. En effet, selon cet arrêt, « un jugement reconnu n'a en Suisse que l'autorité qui serait la sienne s'il émanait d'un tribunal suisse ». Cela correspond au principe de la « Wirkungs-gleichstellung » qui n'accepte pas que le jugement étranger puisse jouir en Suisse des effets attachés à l'autorité de la chose jugée telle que reçue dans l'Etat d'origine, ainsi que la jurisprudence l'a accepté auparavant de manière constante. A en croire le récent ATF 26.2.2015, 4A\_374/2014, c. 4.2.2, in fine, suivi de l'ATF 141 III 229 ss, 235 s., ce revirement jurisprudentiel devrait s'étendre aux sentences arbitrales. A vrai dire, il n'est pas certain si, dans ces nouveaux arrêts, le Tribunal fédéral a bien compris le sens des principes en jeu. Car à l'appui de l'extension de l'ATF 140 III 278 ss aux sentences arbitrales, ces ATF mentionnent l'ATF 14.2.2011, 4A\_508/2010, c. 3.3, qui cite la jurisprudence antérieure, notamment les arrêts prononçant un « effet exécutoire contrôlé » (cf. art. 25 n° 33), acceptant les effets du jugement tel que consacrés en vertu du droit d'origine, cependant moyennant leur adaptation aux institutions équivalentes du droit suisse. Les mêmes ATF renvoient par ailleurs à des auteurs qui disent s'appuyer sur l'ATF du 14.2.2011, cependant sans le citer correctement (Patocchi/Jermini, art. 194 n° 136, expliquant que la sentence étrangère ne pourrait produire « keine weitergehenden Wirkungen », tandis que l'ATF cité, s'appuyant sur la jurisprudence, explique que le jugement étranger ne peut jouir de « wesentlich [sic] weitergehenden Wirkungen » comparé à un jugement suisse). Compte tenu de la nature des condamnations prononcées à travers une sentence, normalement sous la forme d'un paiement en argent, on ne devrait pas s'attendre à ce que cette controverse vienne troubler l'exécution des sentences étrangères en pratique.*

#### **23**

8<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 26.7.2013, 5A\_68/2013, c. 4.2 ; ATF 26.2.2015, 4A\_374/2014, c. 4.2.2.

In fine, ajouter: ATF 141 III 210 ss, 216 s. L'ATF cité du 26.2.2015, c. 4.2.2, note que la question est disputée et qu'il convient donc d'opter, en l'espèce, pour une approche concrète ; dans le même sens que l'ATF du 4.10.2010 : BGH 16.12.2010, IPRax 2012 p. 249.

#### **26**

In fine, ajouter : Ce motif de refus est rarement réalisé. Il l'a été dans un cas où la clause arbitrale a désigné une autorité de nomination inexistante, conduisant à une procédure de substitution qui n'a pas été menée en consultation avec les deux parties et à laquelle la partie défenderesse n'a pas consenti, même implicitement (Obergericht ZH, CAN 2014 n° 57 p. 171).

#### **27**

4<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 26.7.2013, 5A\_68/2013, c. 4.2.1.

14<sup>e</sup> ligne, citer avant l'ATF publié dans la Sem.jud. : ATF 26.2.2015, 4A\_374/2014, c. 4.2.2.

In fine, ajouter : Dans des cas de défaut de comparaître, des précautions doivent être prises afin d'établir clairement dans la sentence que la notification de l'arbitrage a été faite dans les règles (cf. Beffa, ASA 2013 p. 761-772).

#### **27a n**

La notification des actes de procédure doit également répondre à certaines exigences minimales. L'observation de règles nationales n'est pas requise. Plusieurs formes différentes sont suffisantes, tels le courrier et la télécopie. La notification effectuée conformément au droit de l'Etat de domicile du destinataire suffit dans tous les cas. La communication faite à la dernière adresse connue d'une partie est suffisante. Ce qui compte en définitive est de s'assurer que toute partie a eu, ou a pu se procurer une connaissance suffisante de la procédure d'arbitrage pour faire valoir ses moyens (cf. ATF 15.9.2014, 5A\_409/2014, c. 5.2).

#### **28**

In fine, ajouter à l'ATF mentionné : ATF cité du 26.7.2013, c. 4.2.1. La jurisprudence ne s'en tient pas toujours à cet ordre d'examen (cf. ATF 26.2.2015, 4A\_374/2014, c. 4.2.2, 4.3.2.3).

#### **31**

In fine, ajouter : Si l'accord des parties de se soumettre à un tribunal arbitral composé de trois membres n'a pas

été respecté, un arbitre unique ayant été désigné et rendu la sentence, le grief est réalisé ; on doutera cependant que tel soit le cas lorsque les vices constatés n'affectent pas réellement la constitution du tribunal arbitral (cf. ATF 139 III 511 ss, 514 s.).

**36**

8<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 27.5.2020, 5A\_1046/2019, c. 5.1.

13<sup>e</sup> ligne, ajouter après l'art. VI : cf. ATF 25.9.2014, 5A\_165/2014, c. 7.

**40**

In fine, ajouter: Le Tribunal fédéral estime l'art. 177 applicable (ATF 1.3.2021, 5A\_910/2019, c. 3.5). Cependant, lors d'un conflit entre la faillite du débiteur et un arbitrage portant sur les prétentions de créanciers du failli, ce sont les exigences spécifiques de l'administration de la faillite qui sont décisives ; l'art. 177 n'est pas déterminant. Si l'action tendant à la collocation d'une créance dans la faillite n'est en principe pas arbitrable, la réponse est différente lorsque l'instance arbitrale est déjà en cours lors de l'ouverture de la faillite. Il convient de préférer une solution dans laquelle il est tenu compte de cette procédure arbitrale dans le contexte de la faillite, à condition que le tribunal arbitral accepte de suivre les indications figurant à l'art. 207 LP (même arrêt, c. 3).

**42**

In fine, ajouter : Tribunale d'appello TI, RtiD 2018 II n° 39c p. 816.

**43**

3<sup>e</sup> ligne, ajouter au renvoi à l'art. 27 n° 3-8 : ATF 26.2.2015, 4A\_374/2014, c. 4.2.2.

11<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF 101 Ia 526 : ATF 27.5.2019, 4A\_663/2018, c. 3.3.2, 3.4.2.

In fine, ajouter : L'ordre public ne peut servir à invoquer le droit des gens pour soutenir que l'impossibilité, consacrée par un embargo, de payer la dette fondée sur une sentence arbitrale libérerait le débiteur de son obligation (ATF 21.1.2014, 4A\_250/2013, c. 3).

*On regrettera le raisonnement et la rédaction peu clairs de l'arrêt du 27.5.2019 au sujet de l'ordre public. Certes, le considérant 3.3.2 reprend la définition classique de l'ordre public atténué, applicable en matière de reconnaissance et d'exécution, qui repose sur les « règles fondamentales de l'ordre juridique suisse ». Mais avant cela, on a fait figurer un considérant 3.3.1 qui proclame que l'ordre public n'est lésé uniquement si des valeurs fondamentales de droit sont heurtées au point d'être incompatibles avec les valeurs de toute l'ordre juridique. On a ainsi repris la définition de l'ordre public applicable en tant que motif de recours selon l'art. 190 al. 2 lit. e. Or, si cet ordre public là était décisif, il ne saurait laisser place à l'ordre public spécifique en matière de reconnaissance, qui est plus large, fondé sur les dispositions fondamentales du droit suisse. Comment pouvait-il échapper aux rédacteurs de l'arrêt que l'ordre public d'après l'art. 190 al. 2 lit. e est placé au niveau de la loi applicable et non à celui de la reconnaissance et de l'exécution ? Et comment intégrer le caractère « atténué » de cet ordre public dans une notion aussi étroite que celle du motif de recours de l'art. 190 al. 2 lit. e ?*

**44**

In fine, ajouter : Le comportement délictueux d'une partie en cours d'arbitrage ne provoque l'ordre public qu'à la condition de démontrer l'influence sur le contenu de la sentence (ATF 25.9.2014, 5A\_165/2014, c. 6.2). De nos jours, les risques de conflit qu'un arbitre rencontre au sein de son cabinet sont parmi les situations les plus délicates et fréquentes (cf. l'ATF cité du 27.5.2019, c. 3). Le principe de la bonne foi qu'une partie ne peut plus invoquer la composition irrégulière du tribunal arbitral si elle ne l'a pas fait immédiatement s'applique dans ce contexte également (ATF 27.5.2020, 5A\_1046/2019, c. 4.2.3).

**46**

4<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 26.7.2013, 5A\_68/2013, c. 4.2.2.

**48**

Biffer le texte dès la 3<sup>e</sup> phrase et le remplacer par : Par rapport à la Convention de 1927, cette situation est venue à exister à partir du 20.3.2007 (RO 2009 p. 4239).

**52**

2<sup>e</sup> ligne, insérer : Cependant, une telle situation ne se présente pas, en règle générale.

7<sup>e</sup> ligne, ajouter après l'art. 7 du Traité avec l'Italie : Tribunale d'appello TI, ASA 2013 p. 675.

**55**

11<sup>e</sup> ligne, insérer : et Ryanair (8.7.2015, Clunet 2016 p. 568).

22<sup>e</sup> ligne, insérer : La Cour de cassation italienne s'en tient à l'art. V CNY (RDIPP 2016 p. 789).

In fine, ajouter: Cette hypothèse mise à part, l'annulation de la sentence prive la reconnaissance et l'exécution de celle-ci de son objet (BGH 23.4.2013, SchiedsVZ 2013 p. 229). Dans la pratique américaine, la décision d'annulation est prise en compte dans l'examen de la sentence dont l'exécution est requise, sans que l'on puisse parler d'une priorité donnée à l'une ou à l'autre (cf. Leventhal, Cahiers 2018 p. 281-292).

### 3. L'application par analogie

#### 56 n

En ce qui a trait aux sentences fondées sur une clause arbitrale contenue dans un acte juridique unilatéral, le Message sur la réforme du chapitre 12 relève que la Convention entre en jeu dès l'instant où l'acte unilatéral produit des effets à l'égard de tiers et qu'il est accepté par la personne visée, auquel cas on est en présence d'un accord arbitral conforme à l'art. II (FF 2018 p. 7198). Cette disposition, en effet, n'assure que le respect d'une convention d'arbitrage écrite conclue entre deux ou plusieurs parties. Il semble donc que le législateur n'ait pas songé à se servir de la Convention pour accepter la reconnaissance et l'exécution de sentences émanant d'un tribunal arbitral étranger saisi en vertu d'une clause arbitrale unilatérale. Cependant, l'interprétation de la clause d'analogie de l'art. 178 al. 4 justifie une autre réponse. La LDIP connaît d'autres règles qui déclarent applicables un traité à une matière qu'il ne régit pas, en soi, mais que l'on peut lui attribuer à travers une clause d'analogie (art. 83 al. 2, 93 al. 2). Sans être aussi explicite, l'art. 178 al. 4 présente la même structure, en déclarant applicable par analogie les dispositions du chapitre 12 dont l'art. 194 fait partie. La Convention de New York s'appliquera ainsi en tant que droit national aux sentences fondées sur un acte juridique comparable à la définition de l'art. 178 al. 4.

#### 57 n

On comparera cette situation à celle visée par l'art. 192 al. 2 qui rend la Convention applicable lorsque les parties ont exclu tout recours contre la sentence et que celle-ci doit être exécutée en Suisse. En soi, la Convention n'est pas applicable dans une telle hypothèse. Elle s'applique donc en vertu d'une extension fondée sur le droit suisse national. Cela signifie que son application par analogie est commandée par l'art. 178 al. 4 également dans l'hypothèse d'une clause arbitrale unilatérale, sans qu'il y ait lieu d'invoquer son art. VII al. 1.

### Bibliographie

*LDIP et Convention de New York de 1958 :*

BERNARD BERGER, *Insolvenz und Schiedsvereinbarung in der Schweiz*, ASA 36 (2018) p. 834-845 ; ANDREA BONOMI/ELZA REYMOND-ENIAEVA, *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the application of the New York Convention by Swiss Courts*, in *Rapports suisses présentés au XIX<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Zurich 2014, p. 37-75 ; IDEM, *Interpretation and Application of the New York Convention in Switzerland*, in *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, p. 911-944 ; FELIX BOOR, *Der aufgehobene ausländische Schiedsspruch als "rechtliches nullum"?*, Berlin 2016 ; DANIELE FAVALLI/ROXANE SCHMIDGALL, *The Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Switzerland under the New Code of Civil Procedure and Debt Enforcement Act*, in *New Developments in International Commercial Arbitration 2013*, Zurich 2013, p. 65-86 ; SANDRINE GIROUD, *Enforcement against State Assets and Execution of ICSID Awards in Switzerland: How Swiss Courts Deal with Immunity Defenses*, ASA 30 (2012) p. 758-766 ; KARIN GRAF/BRIGITTE UMBACH-SPAHN, *Berücksichtigung ausländischer Schiedsurteile in der Insolvenz - Lehren aus den Bundesgerichtsentscheiden in Sachen Swissair*, ASA 36 (2018) p. 822-833 ; CATHERINE A. KUNZ, *Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention in Switzerland*, ASA 34 (2016) 836-865 ; MATTHIAS CLAUDIUS LERCH, *Recognition/Enforcement of Annulled Awards under Special Consideration of the Amsterdam Court of Appeal's decision of 28 April 2009*, in *Selected Papers on International Arbitration*, vol. 1, Berne 2011, p. 101-127 ; BLAISE STUCKI/LOUIS BURRUS, *Sentence arbitrale étrangère, séquestre et exequatur*, ASA 31 (2013) p. 429-438.

*Droit international privé étranger et comparé (Convention de New York de 1958) :*

ASLI BAYATA CANYAŞ, *Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Turkey*, ASA 31 (2013) p. 537-557 ; LUCA BEFFA, *Enforcement of "Default Awards"*, ASA 31 (2013) p. 756-773 ; WALID BEN HAMILA, *L'incidence des intérêts moratoires sur l'exécution des sentences arbitrales dans les pays arabes*, *Rev. arb.* 2012 p. 539-559 ; ALBERT JAN VAN DEN BERG, *Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia*, JIA 28 (2011) p. 617-641 ; GEORG A. BERMANN (éd.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Cham 2017 ; SÉBASTIEN BESSON, *La portée internationale des « jugements sur sentence »*, in *International Arbitration and the Rule of Law*, Alphen aan den Rijn 2017, p. 675-690 ; LUKASZ BLASZCZAK/JOANNA OLBER, *Annulment and enforcement of arbitral awards in Poland*, ASA 30 (2012) p. 564-584 ; VICTOR BONNIN REYNES, *Forum non conveniens : A Hidden Ground to Refuse Enforcement of Arbitral Awards in the United States*, JIA 30 (2013) p. 165-175 ; SERGIO M. CARBONE, *Il riconoscimento degli effetti dei lodi arbitrale nella convenzione di New York del 1958 : risultati e prospettive*, RDIPP 47 (2011) p. 879-894 ; DANIEL COHEN, *Immunités d'exécution des Etats et arbitrage international*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Paris 2015, p. 159-171 ; PARFAIT DIÉDHIYOU, *La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, Paris 2013, p. 491-501 ; VAN DAI DO, *La protection du tiers lésé par une sentence arbitrale*, RIDC 91 (2019) p. 265-293 ; TALIA EINHORN, *The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on International Commercial Arbitral Awards*, YPIL 12 (2010) p. 43-65 ; CASPAR FEEST, *Enforcement of Awards Set Aside at the Seat of the Arbitration*, in *Selected Papers on International Arbitration 4* (2018) p. 1-26 ; MAXIMIN DE FONTMICHEL/JÉRÉMY JOURDAN-MARQUES (éd.), *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, Issy-les-

Moulineaux 2017 ; ALDO FRIGNANI, The application of the New York Convention by Italian courts, Riv.arb. 24 (2014) p. 303-328 ; EMMANUEL GAILLARD, La vision américaine des sentences annulées au siège, Rev.arb. 2017 p. 1147-1165 ; EMMANUEL GAILLARD/GEORG A. BERMANN, Guide sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), Paris 2017 ; OMAR GARCÍA-BOLÍVAR/HERNANDO OTERO, Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitral Awards in Latin America, Leiden 2015 ; JONATHAN HILL, The Significance of Foreign Judgments in relation to an Arbitral Award in the Context of an Application to Enforce the Award in England, JPIL 8 (2012) p. 159-193 ; PHILIPPE HOVAGUIMIAN, The Res Judicata Effects of Foreign Judgments in Post-Award Proceedings : To Bind or Not to Bind ?, JIA 34 (2017) p. 79-106 ; BEN JURATOWITCH, Fora Non Conveniens for Enforcement of Arbitral Awards against States, ICLQ 63 (2014) p. 477-490 ; THOMAS KENDRA, La portée internationale des sentences arbitrales annulées dans leur pays d'origine : vers une approche internationale commune?, RDAI 2012 p. 35-52, version anglaise, YIA II (2011) p. 151-165 ; ANNE-MARIE LACOSTE, Corruption as a Bar to Award Enforcement in France, ASA 36 (2018) p. 31-52 ; ALEXANDER G. LEVENTHAL, Le juge de l'exequatur devant la sentence internationale et la décision d'annulation: une lecture de la jurisprudence récente aux Etats-Unis, Cahiers 2018 p. 273-292 ; ANTON G. MAURER, The Public Policy Exception under the New York Convention, éd. rév., Huntington, NY 2013 ; HANNO MERKT, Zur sogenannten Präklusionsrechtsprechung des BGH bei der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche, in Festschrift für Rolf Stürner, t. 2, Tübingen 2013, p. 1303-1320 ; LE NGUYEN GIA THIEN, Time limit to file petition for the recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a comparative perspective, ASA 35 (2017) p. 95-107 ; MICHAEL NUEBER, Die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Liechtenstein, LJZ 39 (2018) p. 192-195 ; CHORALAMBOS PAMBOUKIS, The Annulled Arbitral Award, YPIL 17 (2015/16) p. 83-110 ; MARIKE R.P. PAULSSON, The New York Convention: Can We Finally Move Forward from 1958 to 1953?, EIAR 1 (2012) p. 1-17 ; MAXI SCHERER, Les effets des jugements étrangers relatifs aux sentences arbitrales, Travaux 2012-2014 p. 101-135 ; IDEM, Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards : Is the « Judgment Route » the Wrong Road ?, JIDS 4 (2013) p. 587-628 ; ROLF A. SCHÜTZE, Der Abschied von der Präklusionsrechtsprechung bei der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche, RIW 57 (2011) p. 417-419 ; CHRISTIAN STEGER, Die Präklusion von Versagungsgründen bei der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Tübingen 2015 ; MANU THADIKKARAN, Enforcement of Annulled Arbitral Awards : What Is and What Ought to Be ?, JIA 31 (2014) p. 575-608 ; FRANÇOIS-XAVIER TRAIN, Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères : le droit français au prisme de la Convention de New York, RIDC 66 (2014) p. 249-282 ; TIBOR VÁRADY, Chapter 25 : Can Proceeding « Not in Accordance with the Agreement of the Parties » Be Condoned ?, in International Arbitration and International Commercial Law, Liber amicorum Eric Bergsten, Alphen aan den Rijn 2011, p. 467-487 ; PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, La sentence arbitrale étrangère contraire à une loi d'ordre public du for, Clunet 141 (2014) p. 813-829 ; GUIDO WASSMUTH, Richtigkeitskontrolle und Rechtskraft des Schiedspruchs mit vereinbartem Wortlaut, Köln 2013 ; MICHAEL WIETZOREK, Luxembourg's Rejection of the French Approach to the Recognition and Enforcement of Annulled Arbitral Awards, ASA 37 (2019) p. 316-335 ; CLARISU VON WUNSCHHEIM, Enforcement of Commercial Arbitral Awards in China, Eagan, MN 2011.