

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 31.1.2019
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------

## Chapitre 12 Arbitrage international

### Législation – Réforme du chapitre 12

Le Projet de loi du Conseil fédéral (18.076) est publié dans la Feuille fédérale (FF 2018 p. 7201-7209), accompagné du Message du Conseil fédéral (FF2018 p. 7153-7200). Ce Projet fait suite à la consultation menée par l'Office fédéral de la justice entre janvier et mai 2017, elle-même consécutive à une motion adoptée par les Chambres fédérales en 2012 (n° 12.3012). Les nouvelles dispositions du chapitre 12 telles que proposées ont la teneur suivante :

#### *Art. 176*

<sup>1</sup> Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties à la convention d'arbitrage n'avait, au moment de la conclusion de celle-ci, ni son domicile, ni sa résidence habituelle, ni son siège en Suisse.

<sup>2</sup> Les parties peuvent, par une déclaration dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure, exclure l'application du présent chapitre et convenir de l'application de la troisième partie du CPC. La déclaration doit satisfaire aux conditions de forme de l'art. 178, al. 1.

#### *Art. 178*

III. Convention et clause unilatérale d'arbitrage

<sup>1</sup> Quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte.

<sup>4</sup> Les dispositions du présent chapitre s'appliquent par analogie à une clause d'arbitrage prévue dans un acte juridique unilatéral ou des statuts.

#### *Art. 179*

IV. Tribunal arbitral

1. Nomination et remplacement

<sup>1</sup> Les arbitres sont nommés ou remplacés conformément à la convention des parties. Sauf convention contraire, le tribunal arbitral est composé de trois membres.

<sup>2</sup> A défaut de convention ou si, pour d'autres raisons, les arbitres ne peuvent être nommés ou remplacés, le juge du siège du tribunal arbitral peut être saisi. Si les parties n'ont pas déterminé de siège ou si elles ont seulement convenu que le siège du tribunal arbitral est en Suisse, le premier juge saisi est compétent.

<sup>3</sup> Lorsqu'un juge est appelé à nommer ou à remplacer un arbitre, il donne suite à la demande qui lui est adressée, à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage.

<sup>4</sup> A la demande d'une partie, le juge prend les mesures nécessaires à la constitution du tribunal arbitral si les parties ou les arbitres ne s'acquittent pas de leurs obligations dans les 30 jours à compter de celui où ils ont été appelés à le faire.

<sup>5</sup> Le juge peut nommer tous les arbitres en cas d'arbitrage multipartite.

<sup>6</sup> Toute personne à laquelle est proposé un mandat d'arbitre doit révéler sans retard l'existence des faits qui pourraient éveiller des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité. Cette obligation perdure jusqu'à la clôture de la procédure arbitrale.

#### *Art. 180*

2. Récusation

a. Motifs

<sup>1</sup> Un arbitre peut être récusé:

b. lorsqu'existe un motif de récusation prévu par le règlement d'arbitrage adopté par les parties, ou

c. lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance ou de son impartialité.

<sup>2</sup> Une partie ne peut récuser un arbitre qu'elle a nommé ou qu'elle a contribué à nommer que pour un motif dont, bien qu'ayant fait preuve de la diligence requise, elle n'a pas eu connaissance avant cette nomination.

<sup>3</sup> Si, bien que les parties aient fait preuve de la diligence requise, un motif de récusation n'est découvert qu'après la

clôture de la procédure arbitrale, les dispositions sur la révision sont applicables à défaut d'autre voie de droit.

*Art. 180a*

b. Procédure

<sup>1</sup> Si aucune procédure n'a été convenue, la demande de récusation, écrite et motivée, doit être adressée à l'arbitre dont la récusation est demandée dans les 30 jours qui suivent celui où la partie a pris connaissance du motif de récusation ; la demande est communiquée aux autres arbitres dans le même délai.

<sup>2</sup> La partie requérante peut, dans les 30 jours qui suivent le dépôt de la demande de récusation, demander au juge de récuser l'arbitre. Le juge tranche définitivement.

<sup>3</sup> Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, pendant la procédure de récusation, continuer la procédure et rendre une sentence avec la participation de l'arbitre visé par la récusation.

*Art. 180b*

3. Révocation

<sup>1</sup> Tout arbitre peut être révoqué par convention des parties.

<sup>2</sup> Sauf convention contraire des parties, lorsqu'un arbitre n'est pas en mesure d'accomplir ses tâches en temps utile ou ne s'en acquitte pas avec la diligence requise, une partie peut adresser au juge une demande de révocation écrite et motivée dans les 30 jours à compter de la date à laquelle elle a eu connaissance du motif de révocation. Le juge tranche définitivement.

*Art. 182*

<sup>4</sup> Une partie qui poursuit la procédure d'arbitrage sans faire valoir immédiatement une violation des règles de procédure qu'elle a constatée ou qu'elle aurait pu constater en faisant preuve de la diligence requise ne peut plus se prévaloir de cette violation ultérieurement.

*Art. 183*

<sup>2</sup> Si la partie concernée ne s'y soumet pas volontairement, le tribunal arbitral ou une partie peut requérir le concours du juge; celui-ci applique son propre droit.

*Art. 184*

<sup>2</sup> Si l'aide des autorités judiciaires de l'Etat est nécessaire à l'administration des preuves, le tribunal arbitral, ou une partie d'entente avec lui, peut requérir le concours du juge du siège du tribunal arbitral.

<sup>3</sup> Le juge applique son propre droit. Sur demande, il peut observer ou prendre en considération d'autres formes de procédures.

*Art. 185a*

5. Concours du juge à des procédures arbitrales étrangères

<sup>1</sup> Un tribunal arbitral siégeant à l'étranger ou une partie à une procédure arbitrale étrangère peut requérir le concours du juge du lieu où est exécutée une mesure provisionnelle ou une mesure de sûreté. L'art. 183, al. 2 et 3, s'applique par analogie.

<sup>2</sup> Un tribunal arbitral siégeant à l'étranger, ou une partie à une procédure arbitrale étrangère d'entente avec lui, peut requérir le concours du juge du lieu de l'administration des preuves. L'art. 184, al. 2 et 3, s'applique par analogie.

*Art. 189a*

4. Rectification et interprétation de la sentence; sentence additionnelle

<sup>1</sup> Sauf convention contraire des parties, toute partie peut demander au tribunal arbitral dans les 30 jours qui suivent la communication de la sentence de rectifier toute erreur de calcul ou erreur rédactionnelle entachant la sentence, d'interpréter certains passages de la sentence ou de rendre une sentence additionnelle sur des prétentions exposées au cours de la procédure arbitrale, mais omises dans la sentence. Le tribunal arbitral peut, de son propre chef et dans le même délai, rectifier ou interpréter la sentence ou rendre une sentence additionnelle.

<sup>2</sup> La demande ne suspend pas les délais de recours. Un nouveau délai de recours commence à courir pour le passage de la sentence qui a été rectifié ou interprété et pour la sentence additionnelle.

*Art. 190*

IX. Caractère définitif; recours; révision

1. Recours

<sup>4</sup> Le délai de recours est de 30 jours à compter de la communication de la sentence.

*Art. 190a*

2. Révision

<sup>1</sup> Une partie peut demander la révision d'une sentence:

- a. si elle découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qu'elle n'a pu invoquer dans la procédure précédente bien qu'elle ait fait preuve de la diligence requise; les faits ou moyens de preuve postérieurs à la sentence sont exclus;
- b. si une procédure pénale établit que la sentence a été influencée au préjudice du recourant par un crime ou un délit, même si aucune condamnation n'est intervenue; si l'action pénale n'est pas possible, la preuve peut être administrée d'une autre manière;
- c. si un motif de récusation n'est découvert qu'après la clôture de la procédure arbitrale et qu'aucune autre voie de droit n'est ouverte.

<sup>2</sup> La demande de révision est déposée dans les 90 jours à compter de la découverte du motif de révision. Le droit de demander la révision se périmé par dix ans à compter de l'entrée en force de la sentence, à l'exception des cas prévus à l'art. 190a, al. 1, let. b.

#### *Art. 191*

##### 2. Autorité de recours et de révision

L'unique instance de recours et de révision est le Tribunal fédéral. Les procédures sont régies par les art. 77 et 119b de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral.

#### *Art. 192*

<sup>1</sup> Si les parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni siège en Suisse, elles peuvent, par une déclaration dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure, exclure tout ou partie des voies de droit contre les sentences du tribunal arbitral; elles ne peuvent exclure la révision au sens de l'art. 190a, al. 1, let. b. La convention doit satisfaire aux conditions de forme de l'art. 178, al. 1.

#### *Art. 193*

<sup>1</sup> Chaque partie peut déposer, à ses frais, une expédition de la sentence auprès du juge du siège du tribunal arbitral.

<sup>2</sup> Le juge certifie, sur requête d'une partie, que la sentence est exécutoire.

#### *Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral*

##### *Art. 77*

<sup>1</sup> Le recours en matière civile, indépendamment de la valeur litigieuse, est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux:

<sup>2bis</sup> Les mémoires peuvent être rédigés en anglais.

#### *Chapitre 5a Révision des sentences d'arbitrage international*

##### *Art. 119a*

<sup>1</sup> Le Tribunal fédéral statue sur les demandes de révision des sentences d'arbitrage international aux conditions de l'art. 190a de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.

<sup>2</sup> La procédure de révision est régie par les art. 77, al. 2<sup>bis</sup>, et 126. Le Tribunal fédéral notifie la demande de révision à la partie adverse et au tribunal arbitral pour avis, sauf si la demande est manifestement irrecevable ou infondée.

<sup>3</sup> Si le Tribunal fédéral admet la demande de révision, il annule la sentence et renvoie la cause au tribunal arbitral pour qu'il statue à nouveau ou il fait les constatations nécessaires.

<sup>4</sup> Si le tribunal arbitral ne comprend plus le nombre d'arbitres requis, l'art. 179 de la loi fédérale sur le droit international privé s'applique.

#### *Code de procédure civile*

Des amendements sont proposés aux articles 251a, 353, 356, 358, 363, 369, 370, 388 et 396.

## **Législation - Sociétés anonymes**

Le Conseil fédéral a soumis aux Chambres fédérales son projet de révision relatif au droit de la société anonyme (n° 16.077, FF 2017 p. 625). Celui-ci contient un article 697n CO (FF 2017 p. 652) dont voici la teneur :

#### L. Tribunal arbitral

<sup>1</sup> Les statuts peuvent prévoir que les différends relevant du droit des sociétés sont tranchés par un tribunal arbitral

sis en Suisse. Sauf disposition contraire des statuts, la société, ses organes, les membres des organes et les actionnaires sont liés par la clause d'arbitrage.

<sup>2</sup> La procédure arbitrale est régie par la 3<sup>e</sup> partie du code de procédure civile, à l'exclusion du chapitre 12 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.

Pour l'introduction d'une clause d'arbitrage dans les statuts, une décision de l'assemblée générale recueillant au moins deux tiers des voix exprimées et la majorité des valeurs nominales attribuées aux voix exprimées est nécessaire (art. 704 al. 1, ch. 12 CO).

#### L. Schiedsgericht

<sup>1</sup> Die Statuten können vorsehen, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz beurteilt werden. Wenn die Statuten es nicht anders bestimmen, bindet die Schiedsklausel die Gesellschaft, die Organe der Gesellschaft, die Mitglieder der Organe und die Aktionäre.

<sup>2</sup> Für das Verfahren vor dem Schiedsgericht gelten die Bestimmungen des 3. Teils der Zivilprozessordnung; das zwölfte Kapitel des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht ist nicht anwendbar.

Lors de sa séance du 15.6.2018, le Conseil national a décidé d'approuver cette proposition, sans débat, en y ajoutant un alinéa 3 dont la teneur est la suivante :

<sup>3</sup> Les statuts peuvent régler les modalités, notamment par le biais d'un renvoi à un règlement d'arbitrage. Ils veillent à ce que les personnes qui peuvent être directement concernées par les effets juridiques de la sentence arbitrale soient informées de l'introduction et de la conclusion de la procédure et puissent participer à la constitution du tribunal arbitral et à la procédure en tant qu'intervenants.

<sup>3</sup> Die Statuten können die Einzelheiten regeln, insbesondere durch Verweisung auf eine Schiedsordnung. Sie stellen jedenfalls sicher, dass Personen, die von den Rechtswirkungen des Schiedsspruchs direkt betroffen sein können, über die Einleitung und die Beendigung des Verfahrens informiert werden und sich bei der Bestellung des Schiedsgerichts und als Intervenienten am Verfahren beteiligen können.

Le Message du Conseil fédéral contient une explication de cette proposition, ainsi que les raisons qui ont conduit les auteurs à revoir la proposition initiale soumise en consultation (art. 697l CO ; cf. les observations de Luca Albertoni *et al.* dans ASA 2015 p. 673-687). Dans son principe, ce projet avait été bien accueilli, également par le Tribunal fédéral (cf. ATF 142 III 220 ss, 228 s.).

Les règles applicables aux sociétés anonymes le seront par analogie aux sociétés à responsabilité limitée (art. 797a, 808b al. 1 ch. 10<sup>bis</sup> CO). Ces nouvelles dispositions ne sont pas assorties d'une règle spécifique de droit transitoire. L'art. 7 LDIP ne fait pas partie de l'exclusion. La question de savoir si une clause d'arbitrage statutaire peut s'appliquer également à des litiges d'ordre contractuel, liés à la société (question laissée ouverte dans l'ATF 21.12.2017, 4A\_344/2017, c. 3.4, ASA 2018 p. 464), n'est pas abordée. Selon le texte proposé, 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 face à un tribunal arbitral opérant selon deux systèmes d'arbitrage différents.

Le législateur doit assurer un régime uniforme de procédure arbitrale pour de tels litiges. Le Conseil fédéral n'avait ainsi 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. Toutefois, on aurait pu préférer que les art. 697n et 797a CO figurent au CPC plutôt qu'au CO ; en effet, la procédure arbitrale n'a rien à faire dans une réglementation de droit matériel (cf., également, la critique de von der Crone/Angstmann, RSDA 2017 p. 19). Cela permettrait de consacrer un régime général applicable à toutes les personnes morales inscrites au registre du commerce. On pourrait profiter d'une telle approche et englober également les clauses arbitrales figurant dans les statuts de fédérations sportives ayant leur siège en Suisse, améliorant ainsi la sécurité du droit quant à la validité de l'arbitrage sportif.

On relèvera enfin que l'impératif de devoir trancher entre l'arbitrage du CPC et celui de la LDIP aurait disparu entièrement si on avait décidé de fondre les deux régimes dans un seul, consacré par une loi suisse sur l'arbitrage. Ce qui est proposé aboutit à une dispersion malheureuse. Les sociétés ayant leur siège en Suisse

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 siégeant à l'étranger, par contre, seront soumises entièrement à la LDIP, y compris pour l'arbitrage prévue dans leurs statuts (dont le siège peut se trouver en Suisse).

On attendra l'issue des délibérations au Conseil des Etats avant de commenter plus en détail l'adjonction d'un alinéa 3 suggérée par le Conseil national. On regrettera cependant d'ores et déjà que des dispositions de cette importance soient adoptées sans aucun débat. La Commission des affaires juridiques du CE a proposé l'adhésion pure et simple aux nouvelles règles (proposition du 6.11.2018). Dès lors que le projet a été renvoyé par le plénum à cette Commission, le 11.12.2018, celle-ci aura l'occasion de s'y intéresser encore.

**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 (RO 2017 p. 3083, RS 0.975.3).

*Les autorités fédérales ont procédé à la ratification de cette Convention avec une rapidité que l'on observe rarement. On n'a pas voulu mesurer d'abord quels autres Etats sont disposés à s'engager pareillement. Il n'y a pas eu de consultation interne, notamment parmi les entreprises opérant en tant qu'investisseur à l'étranger. Il est vrai, cependant, que la Suisse doit suivre le mouvement, observant que l'Union européenne prépare également l'approbation de la Convention (COM [2015] 20). Néanmoins, la gestion d'un tel arbitrage transparent est lourde et elle implique, dans la phase orale, la disponibilité de moyens techniques que l'on ne trouve que rarement en Suisse. Un premier cas d'application s'est déjà produit (BSG Resources c. Republic of Guinea, ICSID ARB/14/22).*

*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.). S'il en était aussi indispensable de promouvoir l'arbitrage par le biais de la transparence, pourquoi ne pas réformer le chapitre 12 de la LDIP en ce sens, non sans oublier l'exigence que le Tribunal fédéral statue en la matière en audience publique ? Bien évidemment, rien ne va être fait pour ainsi bouleverser l'arbitrage international en Suisse, ce qui montre à quel point les affirmations faites au soutien de la transparence de l'arbitrage d'investissement, respectivement d'une « nouvelle dynamique de l'arbitrage » (FF 2016 p. 3886), sont avancés sans avoir été appuyées par une réflexion solide de la thématique et du service ainsi (non) rendu aux investisseurs suisses opérant à l'étranger. On sait également que la transparence dans l'arbitrage d'investissement sert surtout de plateforme aux milieux d'opposition aux gouvernements représentant les Etats hôtes ; est-ce le rôle de la Suisse de prendre ainsi position ? Comment parler d'une « nouvelle dynamique » alors que l'on commence par avouer que les procédures seront plus lourdes, plus chères et moins propices aux accords à l'amiable ?*

**14**

2<sup>e</sup> phrase, renvoyant au Règlement suisse d'arbitrage international, créé en 2004 : puis révisé en 2012 et administré par la « Swiss Chambers' Arbitration Institution », à laquelle est associée une « Cour d'arbitrage ».

**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**

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 16.10.2018, 4A\_396/2017, c. 4 ; ATF 20.9.2016, 4A\_616/2015, c. 3) 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 »). 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). La voie de recours, certes ouverte en principe mais aussitôt fermée dès que l'on touche au fond, s'avère ainsi être un leurre dont l'effet principal consiste à produire des revenus substantiels aux plaideurs et à la caisse du Tribunal fédéral.

**20b**

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 (cf. la communication de la Commission du 7.7.2010, COM[2010]343, et la Résolution du Parlement européen du 6.4.2011, 2010/2203[INI]). Ce développement se construira par étapes. L'une d'elles est le Règlement établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et Etats mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie (JOUE 2014 L 257, p. 121). Une autre est le Règlement 1219/2012 du 12.12.2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des Etats membres et des pays tiers (JOUE 2012 L 351, p. 40 ; pour une liste de ces accords, cf. JOUE 2014 C 169, p. 1-96). Les premiers éléments de la nouvelle politique d'investissement de l'UE ont été résumés dans une « fiche d'information » (« fact sheet ») de novembre 2013. Ils ont été concrétisés dans l'Accord de libre-échange entre l'UE et le Canada (CETA) dont la négociation a été achevée en février 2016. On y trouve en particulier une définition plus explicite de la notion de « fair and equitable treatment » (cf. Hoffmeister/Alexandru, *JWI* 2014 p. 392 ; Reinisch, *JWI* 2014 p. 691 s.). Les mêmes principes 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* ; cf. Fölsing, *RIW* 2014 p. 500-504) ; les liens avec l'accord du 5.10.2015 sur le *Trans-Pacific Partnership (TPP)* doivent également être observés. Au sein de l'Union européenne, la matière est très controversée, comme le montrent les résultats d'une large consultation sur le « investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDC) » dans le TTIP (cf. SWD [2015] 3 du 13.1.2015). Ce mouvement n'a pas été sans influencer un changement de position de la Commission qui soutient depuis lors, se référant à un « concept paper » du 5.5.2015 et au projet publié le 16.9.2015, l'instauration d'un « Investment Court System » qui ne présentera pas les inconvénients de la pratique arbitrale d'investissement de nos jours. L'UE a pu provoquer un revirement en ce sens dans l'accord CETA avec le Canada ainsi que dans les accords bilatéraux avec le Singapour et le Mexique. Cependant, depuis l'annonce du 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, en dernier lieu, la Proposition soumise par l'UE au UNCITRAL Working Group III le 18.1.2019 en vue de sa séance du 1.-5.4.2019 (« Establishing a standing mechanism for the settlement of international disputes »). On notera par ailleurs une autre démarche tendant à se démarquer de la pratique actuelle de l'arbitrage d'investissement en Amérique du Sud, sous l'égide du « Working Group on Responsible Dispute Investment Settlement of the Union of South American Nations (UNASUR) ».

*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 examinée en Suisse également (com-*

*me le fait Nobel, Handelsgericht Zurich, p. 281-315). Quoi qu'on dise dans les milieux profitant du pragmatisme de l'arbitrage commercial, l'arbitrage institutionnalisé, jouissant de qualités d'expérience et de stabilité, présente des atouts, sans nécessairement l'emporter dans un débat à long terme.*

## 20c

Le régime européen de l'arbitrage international d'investissement vient d'être 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 va créer un certain nombre de 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. 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 des BITs intra-UE (déjà annoncée par les Pays-Bas), suivie de leur remplacement par un régime intra-européen de protection des investissements.

*Dans un paragraphe additionnel 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 pourront se trouver au centre des négociations entre la Suisse et l'Union sur un futur 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*, Alphen aan den Rijn 2013 ; 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 ; HANS CASPAR VON DER CRONE/LUCA ANGSTMANN, Kernfragen der Aktienrevision, *RSDA* 89 (2017) p. 3-24 ; 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* 28 (2018) p. 425-453 (chronique régulière) ; DANIEL GIRSBERGER/NATHALIE VOSER, *International Arbitration in Switzerland*, 3<sup>e</sup> éd. Zurich 2016 ; 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 KNOEPFLER/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 juin 2018 ; STEFANIE PFISTERER/ANTON K. SCHNYDER, International Arbitration in Switzerland, Zurich 2012 ; 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/ISABELLE FELLRATH, Chronique de jurisprudence étrangère, Suisse, Rev.arb. 2014 p. 991-1020 (chronique régulière) ; NATHALIE VOSER (éd.), 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration, Huntington, NY 2014 ; 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 ; 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)*

*Révision du chapitre 12 : FF 2018 p. 7153-7209 ; PETER GEORG PICHT/LENNART CHROBAK, Einseitige Schiedsklauseln in der Schweizer Schiedsrechtsrevision, SJZ 114 (2018) p. 205-215, 233-241 ; MARCO STACHER/CHRISTIAN OETIKER, Kernpunkte der Revision des 12. Kapitels des IPRG, SRIEL 28 (2018) p. 213-224.*

*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 ; FRANÇOIS BOHNET *et al.*, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 ; 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 ; CHRISTIAN OETIKER/PETER HOSTANSKY, Die neue Binnenschiedsgerichtsbarkeit - Gerichtspraxis zu Art. 353-399 ZPO, AJP 22 (2013) p. 203-212 ; ADRIAN STAEHELIN *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 :* GEORGE A. BERMANN, International Arbitration and Private International Law. RCADI 381 (2017), p. 41-484 ; GARY B. BORN, International Commercial Arbitration, 3 vol., 2<sup>e</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2014 ; IDEM, International Arbitration : Law and Practice, 2<sup>e</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2016 ; IDEM, International Arbitration, Cases and Materials, 2<sup>e</sup> éd. Alphen aan den Rijn 2015 ; 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 ; 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 ; FRANCARBI (éd.), Répertoire pratique de l'Arbitrage Commercial International, Bruxelles 2011 ; MAHUTODJI JIMMY VITAL KODO, Aperçu général de l'actuel régime de l'arbitrage OHADA, ASA 36 (2018) p. 846-865 ; MARGARET L. MOSES, The Principles and Paractice of International Commercial Arbitration, 2<sup>e</sup> éd. Cambridge 2012 ; EMILIA ONYEMA, Arbitration under the OHADA Regime, IntALR 11 (2008) p. 205-218 ; MICHAEL OSTROVE *et al.* (éd.), Choice of Venue in International Arbitration, Oxford 2014 ; MAURO RUBINO-SAMMARTANO, International Arbitration, Law and Practice, 3<sup>e</sup> éd. Huntington, NY 2014 ; 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 ; CASSIUS JEAN SOUSSOU BIADJA, L'acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale, Genève 2016 ; HELLWIG TORGLER *et al.* (éd.), Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Deutschland – Österreich – Schweiz, 2<sup>e</sup> éd. Zurich 2017.

*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 ; 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 ; 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 ; CHRISTOPHE SERAGLINI/JÉRÔME ORTSCHIEDT, Droit de l'arbitrage interne et international, Paris 2013 ; 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* : SIEGRIED H. ELSING/ALEXANDER SHCHAVELEV, Die neue DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018, IPRax 38 (2018) p. 461-473 ; REINMAR WOLFF, Empfiehlt sich eine Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts ?, SchiedsVZ 14 (2016) p. 293-306.

*Autriche* : 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 ST. JOHN SUTTON *et al.*, Russell on Arbitration, 23<sup>e</sup> éd. Londres 2007.

*Etats-Unis d'Amérique* : 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 Gruppenschiedsverfahren 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 ; TIBOR VÁRADY *et al.*, International Commercial Arbitration, A Transnational Perspective, 5<sup>e</sup> éd. St. Paul, MN 2012.

*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.

*Convention de New York de 1958* :

ALBERT JAN VAN DEN BERG, Court Decisions on the New York Convention 1958, YCA 38 (2013) p. 275-544 (chronique annuelle) ; DIETMAR CZERNICH, Das New Yorker Schiedsübereinkommen und die Schiedsgerichtsbarkeit in Stiftungssachen, LJZ 33 (2012) p. 59-65 ; WEI SHEN, Rethinking the New York Convention, A Law and Economics Approach, Cambridge 2013 ; REINMAR WOLFF (éd.), New York Convention, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958, Commentary, Munich 2012 [NYC, Commentary].

*Convention européenne des droits de l'homme* :

FILIP DE LY, Arbitration and the European Convention on Human Rights, in *Liber Amicorum Serge Lazareff*, Paris 2011, p. 181-205 ; 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 clausole 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 ; 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 ; 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 ; JESSICA BEESS UND CHROSTIN, Sovereign Debt Restructuring and Mass Claims Arbitration before the ICSID, The Abaclat Case, Harvard International Law Journal 53 (2012) p. 505-517 ; 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 ; KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, Aktuelle Probleme der Investitions-Schiedsgerichtsbarkeit aus der Sicht eines Schiedsrichters, SchiedsVZ 10 (2012) p. 113-120 ; 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, JWJ 12 (2011) p. 671-687 ; DAVID COLLINS, ICSID Annulment Committee Appointments: Too Much Discretion for the Chairman?, Arb.Int. 30 (2013) p. 333-343 ; 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, *JWI* 14 (2013) p. 286-319 ; ALEXANDRA DIEHL, The Core Standard of International Investment Protection, Fair and Equitable Treatment, *Alphen aan den Rijn* 2012 ; 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 ; 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 (éd.), *The Foundation 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 ; PATRICK DUMBERRY, The Fair and Equitable Treatment Standard, A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105, *Alphen an 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 Treatification of International Investment Law, *ASA* 34 (2016) p. 41-61 ; PATRICK DUMBERRY/GABRIELLE DUMAS-AUBIN, When and How Allegations of Human Rights Violations can be Raised in Investor-State Arbitration, *JWI* 13 (2012) p. 349-372 ; PIERRE-EMMANUEL DUPONT, The Notion of ICSID Investment: Ongoing "Confusion" or "Emerging Synthesis"?, *JWI* 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 ; 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) ; MARK FELDMAN, Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration, *ICSID Review* 27 (2012) p. 281-302 ; 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 STAMPALIIA, 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, *JWI* 14 (2013) p. 804-828 ; JOHN P. GAFFNEY, "Abus of Process" in International Treaty Arbitration, *JWI* 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 ; 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, *JWI* 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 ; JÖRN GRIEBEL/YUN-I KIM, Zwischen Aufbruch, Stillstand und Rückschritt : Überlegungen zur Zukunft des internationalen Investitionsrechts, *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, *JWI* 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, *JWI* 14 (2013) p. 114-146 ; 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 ; ABHIMANYU GEORGE JAIN, Consent to Counterclaims in Investor-State Arbitrations: A Post-Roussalis Analysis, *Int.ALR* 16 (2013) p. 135-147 ; 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?, *JWI* 12 (2011) p. 397-409 ; 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 ; 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 ; 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 ; 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 ; 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 ; SOPHIE LEMAIRE/MALIK LAAZOUZI, Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, *Rev.arb.* 2014 p. 417-474 ; 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 ; 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) ; IRMGARD MARBOE, Calculation of Compensation and Damages in International Investment Laws, *Oxford* 2009 ; 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 ; SÉVERINE MENÉTREY, La transparence dans l'arbitrage d'investissement, *Rev.arb.* 2012 p. 33-64 ; 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 ; ARNAUD DE NANTEUIL, Droit international de l'investissement, Paris 2014 ; IDEM, L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement, Paris 2012 ; 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 ; MICHELE POTESÀ, 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 ; 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* 143 (2016) p. 173-256 (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 ; 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 ; BORZU SABAHI, 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 ; MAVLUDA SATTOROVA, Denial of Justice Disguised ?, *ICLQ* 61 (2012) p. 223-246 ; KARL P. SAUVENT (éd.), Appeals Mechanism in International Investment Disputes, *Oxford* 2008 ; 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, Inventory of Arbitration Proceedings Based on Swiss Bilateral Investment Treaties (BIT), *ASA* 33 (2015) p. 66-79 ; ANDREA SCHERNBECK, Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen, Baden-Baden 2013 ; 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 ; 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 ; 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, Reconciling Policy and Principle*, 2<sup>e</sup> éd. Oxford 2012 ; DAISAKU SUGIHARA, Investment Chapter of the Japan-Switzerland Free Trade Economic Partnership Agreement (JSFTEPA), *Japanese Yearbook of International Law* 53 (2010) p. 122-148 ; 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 ; MARTIN J. VALASEK/PATRICK DUMBERRY, 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 ; 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 ; 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 ; 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 :*

GEORGE A. BERMAN, 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 (2017) p. 812-836 ; 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 ; 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 ; 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 ; MARCO BUNGENBERG *et al.* (éd.), *EU and Investment Agreements, Open Questions and Remaining Challenges*, Baden-Baden 2013 ; CHRISTIAN DUVE/KARL ÖMER RÖSCH, Lösen internationale Gerichte die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ab?, *ZvglRW* 114 (2015) p. 387-406 ; 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 ; 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 ; 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, *JWI* 15 (2014) p. 379-401 ; 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 ; IÑIGO IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, El capítulo sobre inversiones del Acuerdo Económico y Comercial Global de la Unión Europea y Canada (CETA): análisis crítico de una iniciativa inacabada, *Arbitraje* 10 (2017) p. 41-107 ; RAFAEL LEAL-ARCAS, The European Union’s Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon, *JWI* 11 (2010) p. 463-514 ; 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 ; 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 ; 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 ; AUGUST REINISCH, Putting the Pieces Together ... an EU Model BIT ?, *JWI* 15 (2014) p. 679-704 ; JÖRG RISSE/NICOLAS GREMMINGER, The Truth about Investment Arbitration (not only) under TTIP – Four Case Studies, *ASA* 33 (2015) p. 465-484 ; WERNER SCHROEDER, Bitte ein BIT für die Europäische Union, *RIW* 57 (2011) p. 684-690 ; 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 ; 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.

#### *Tribunal des différends irano-américains :*

ALI Z. MAROSS, 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.

*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 ; 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 ; PIERRE PIC/IRÈNE LEGER, *Le nouveau Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* (2010), *Rev.arb.* 2011 p. 99-118 ; 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 ; 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, 2008-2011*, Alphen aan den Rijn 2013 ; ANDREA CARLEVARIS *et al.*, *Cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale, Chronique des sentences arbitrales*, *Clunet* 137 (2010) p. 1337-1461 ; 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 ; EMMANUEL JOLIVET *et al.*, *Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, Chronique des sentences arbitrales*, *Clunet* 143 (2016) p. 605-671 (chronique annuelle) ; 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 ; ANKE SESSLER/NATHALIE VOSER, *Die Revidierte ICC-Schiedsgerichtsordnung - Schwerpunkte*, *SchiedsVZ* 10 (2012) p. 120-129 ; 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*, 3<sup>e</sup> éd. Londres 2014 ; 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 :*

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 ; 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 ; FLORIAN EICHEL, *Schiedsklauseln in Athletenvereinbarungen aus dem Blickwinkel des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts*, *IPRax* 36 (2016) p. 305-310 ; ELLIOTT GEISINGER/ELENA TRABALDO-DE MESTRAL (éd.), *Sports Arbitration : A Coach for Other Players ?*, Huntington, NY 2015 ; VALENTINE GÉTAZ KUNZ, *Cassius Belly et clauses compromissaires 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* 143 (2016) p. 257-333 (chronique annuelle) ; 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 Treacherouse 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 ; PETER W. HEERMANN, *Freiwilligkeit von Schiedsvereinbarungen in der Sportschiedsgerichtsbarkeit*, *SchiedsVZ* 12 (2014) p. 66-79 ; PATRICK LAFRANCHI, *Ein Einblick in die Sportschiedsgerichtsbarkeit*, *Revue de l'avocat* 20 (2017) p. 119-126 ; 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 ; MATHIEU MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, Paris 2011 ; MATHIEU MAISONNEUVE *et al.*, *Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive*, *Rev.arb.* 2014 p. 667-697 (chronique régulière) ; DESPINA MAVROMATI/MATTHIEU REEB, *The Code of the Court of Arbitration for Sport*, Alphen aan den Rijn 2015 ; 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 Usfulness 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 Independence 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, en 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 ; 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 (chronique régulière) ; 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 ; KARSTEN THORN/CAROLINE LASTHAUS, Das Pechstein-Urteil des BGH - ein Freibrief für die Sportschiedsgerichtsbarkeit ?, IPRax 36 (2016) p. 426-431 ; ANDREW VAITIEKUNAS, 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.

## Art. 176

2

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

3

In fine : l'ATF 16.5.2011, 4A\_46/2011, c. 3.4, est publié in ASA 2011 p. 643, puis ajouter: ATF 7.7.2014, 4A\_124/2014, c. 3, ASA 2014 p. 826. 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, ASA 2012 p. 127, pour un cas interne.

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

20<sup>e</sup> ligne : l'ATF 17.11.2008, 4A\_438/2008, c. 3.2, est publié in ASA 2011 p. 379.

9

19<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 144 III 120 ss., 1124-129, FIFA.

In fine, ajouter à l'ATF 119 II 276 : ATF 144 III 122 s. ; ATF 2.2.2018, 4A\_490/2017, c. 3.3.4.

*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 et que l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral dans la même affaire est en attente de jugement devant la CEDH. 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.*

**10**

5<sup>e</sup> ligne : l'ATF 19.4.2011, 4A\_404/2010, c. 4.2.2, est publié *in* ASA 2012 p. 408. Puis ajouter aux ATF cités : ATF 138 III 29 ss, 35 ; ATF 17.4.2013, 4A\_515/2012, c. 5.2, ASA 2017 p. 464 ; ATF 140 III 134 ss, 138 ; ATF 142 III 239 ss, 247 s. ; ATF 22.1.2018, 4A\_432/2017, c. 3.2.

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, ASA 2013 p. 608, 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). Celle-ci 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**

15<sup>e</sup> ligne, insérer : L'art. II par. 3 CNY entre également en ligne de compte (cf. Tribunal 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, ASA 2013 p. 383, qui constitue l'écho suisse à la jurisprudence française citée).

**18**

In fine, ajouter : Lorsque les parties sont nombreuses, il suffit que l'une d'elles n'avait ni son domicile ni sa résidence habituelle en Suisse (ATF 15.7.2013, 4A\_188/2013, c. 1, ASA 2013 p. 853).

**21**

In fine, ajouter : Le Tribunal fédéral semble hésiter et envisager l'application du chapitre 12 dans des hypothèses dans lesquelles une partie domiciliée à l'étranger serait liée par la convention d'arbitrage sans être impliquée dans la procédure arbitrale qui n'engage que des parties « suisses » (ATF 14.7.2015, 4A\_143/2015, c. 1.1, ASA 2016 p. 158). Il n'empêche que l'art. 176 al. 1 vise uniquement les cas dans lesquels le domicile étranger est au moins celui d'une « partie » à l'arbitrage. Cela dit, on pourrait juger autrement dans la situation, également envisagée par le Tribunal fédéral, d'une simulation, une partie « suisse » s'étant abusivement substituée à une partie « étrangère ».

**23a**

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, ASA 2017 p. 982).

**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**

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, « en théorie du moins » (ATF 9.10.2012, 4A\_110/2012, c. 3.2.2, ASA 2013 p. 174 ; 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 ».

### **30**

16<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 19.11.2013, 4A\_254/2013, c. 1.2, ASA 2014 p. 586.

### **32**

In fine, ajouter : 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. ; ATF cité du 19.11.2013, c. 1.2.4).

### **33**

*Un premier arrêt où l'art. 178 aurait théoriquement pu jouer un rôle est l'ATF 8.3.2012, 4A\_627/2011, s'agissant du contrat sur la participation de clubs à la Champions Hockey Ligue, expressément soumis au droit suisse, mais impliquant un arbitrage « interne ». En l'espèce, aucune controverse n'a pu se développer au sujet de la loi applicable à la question de savoir si la clause arbitrale devait être comprise comme une stipulation pour autrui parfaite, en faveur des clubs admis à y participer.*

### **35**

In fine, ajouter : Un simple renvoi à un règlement sur l'arbitrage international ne suffit pas (ATF 3.3.2015, 4A\_536/2014, c. 1.1, ASA 2015 p. 388).

### **35a**

La volonté des parties de passer du régime du CPC à celui de la LDIP doit leur permettre également de rendre arbitral 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 l'est du fait d'être de nature patrimoniale (cf. ATF 17.4.2013, 4A\_515/2012, c. 4.2, ASA 2017 p. 464, 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, ce n'est pas toujours suffisant. 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 arbitral 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).

### **36**

In fine, ajouter : cf., par ailleurs, sur cette notion telle qu'elle figure à l'art. 390 al. 1 CPC sur la « convention par délégation » à l'autorité cantonale de recours : ATF 140 III 267 ss, 273-277.



## Bibliographie

### LDIP :

BERNARD BERGER, Insolvence und Schiedsvereinbarung in der Schweiz, ASA 36 (2018) p. 834-845 ; Dominique BROWN-BERSET/DIANE GRISSEL, Switzerland, *in* Choice of Venue in International Arbitration, Oxford 2014, p. 415-444 ; CHRISTOPHE IMHOOS, La médiation commerciale en lien avec l'arbitrage, *in* La médiation dans l'ordre juridique suisse, Bâle 2011, p. 113-148 ; PETER NOBEL, Das Handelsgericht als Schiedsgericht ?, *in* Handelsgericht Zürich 1866-2016, Zurich 2016, p. 281-315 ; 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..

## Art. 177

## 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 ; 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 ; PHILIPP LANDOLT, The Application of EU Competition Law in International Arbitration in Switzerland, *in* EU and US Antitrust Arbitration, vol. 1, p. 545-565 ; 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 ; MASSIMO V. BENEDETTI, 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 ; TREVOR COOK/ALEJANDRO I GARCIA, International intellectual Property Arbitration, Alphen aan den Rijn 2010 ; PETER CHROZIEL *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 ; 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 ; GERHARD WAGNER, Schiedsgerichtsbarkeit in Kartellsachen, ZvglRW 114 (2015) p. 494-515 ; JACQUES DE WERRA, Arbitration International Intellectual Property Disputes: Time to Think Beyond the Issue of (Non-)Arbitrability, RDAI 2012 p. 299-317.

## Jurisprudence récente

ATF 144 III 235 ss, 243-246, ASA 2018 p. 384 (*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.*)

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, Sem.jud. 2014 I p. 436 (*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, ASA 2013 p. 625 (*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, ASA 2013 p. 635 (*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.*)

19

7<sup>e</sup> ligne : l'ATF 27.10.2005, 4P.174/2005, c. 1, est publié *in* ASA 2011 p. 350.

98

6<sup>e</sup> ligne : l'ATF 17.11.2008, 4A\_438/2008, c. 3, est publié *in* ASA 2011 p. 379.

110

5<sup>e</sup> ligne : l'ATF 17.11.2008, 4A\_438/2008, c. 3.2.1, est publié *in* ASA 2011 p. 379.

136

In fine : L'ATF 19.4.2011, 4A\_44/2011, c. 2.4, est publié *in* ASA 2012 p. 659.

181

In fine : l'ATF 11.1.2011, 4A\_579/2010, c. 2.2.2, est publié *in* ASA 2011 p. 716.

## Bibliographie

### LDIP :

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 BURGHERR, Entscheide von Exekutivorganen im Verein als Gegenstand der Anfechtungsklage von Art. 75 ZGB, Zurich 2010 ; 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 ; CHRISTIAN DUVE, Der Fall Pechstein: Kein Startschuss für eine Neugestaltung der Sportschiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 12 (2014) p. 216-227 ; 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 ; CHRISTOPH HURNI, Parteifähigkeit in Schiedsverfahren nach dem 12. Kapitel IPRG, ZBJV 148 (2012) p. 992-994 ; 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 NAEGELI, The Capacity of a Bankrupt Party to Be or Remain a Party to International Arbitral Proceedings, ASA 31 (2013) p. 372-382 ; 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 ; MICHAEL SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, Zurich 2011, même titre *in* Schiedsgerichte in Erbsachen, Zurich 2012, p. 215-229 ; 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, Jusletter 25.6.2012.

### Droit international privé étranger et comparé :

PASCAL ANCEL, Arbitrage et compensation, Rev.arb. 2012 p. 3-32 ; ARDAVAN ARZANDEH/JONATHAN HILL, Ascertainning the Proper Law of an Arbitration Clause under English Law, JPIL 5 (2009) p. 425-445 ; 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 ; ALEXANDER J. BÉLOHLÁVEK, The law applicable to the arbitration agreement and the arbitrability of a dispute, YIA III (2013) p. 27-57 ; GEORGE A. BERGMANN, 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 ; DIETMAR CZERNICH, Die Bestimmung des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts in Liechtenstein, ZvglRW 111 (2012) p. 428-441 ; 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 ; MYRIAM GSTÖHL, Die Schiedsvereinbarung im liechtensteinischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung der Schiesklausel in Stiftungsdokumenten, Schaan 2011 ; 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 gerichtstandsgebundener Forderungen, Frankfurt a.M. 2013 ; 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 ; 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 ; 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 ; OTTO SANDROCK, Die Erstreckung von Schiedsvereinbarungen auf Staaten, RIW 58 (2012) p. 9-20 ; 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 ; 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 ; KARIM YOUSSEF, Consent in Context : Fulfilling the Promise of International Arbitration, Multiparty, Multi-contract and non-contract arbitration, [U.S.] 2012.

### Jurisprudence récente

ATF 16.10.2018, 4A\_396/2017, 4A\_398/2017, c. 4 (*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, ASA 2018 p. 738 (*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 caractérisée 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, exprimée 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 (« Wohllollen ») – 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, ASA 2018 p. 464 (*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, ASA 2018 p. 474 (*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, ASA 2018 p. 116 (*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, ASA 2018 p. 996 (*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, ASA 2018 p. 145 (*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 Chamber of Commerce Geneva » désigne la CCI et non la SCAI.*)

ATF 19.1.2017, 4A\_459/2016, c. 2.1, ASA 2017 p. 418, 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, ASA 2017 p. 145 (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, ASA 2017 p. 115 (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 un 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, ASA 2016 p. 725, RSPC 2016 p. 63 (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 est parfaitement incohérente.

ATF 3.6.2015, 4A\_676/2014, ASA 2015 p. 548 (*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, ASA 2015 p. 126 (*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, ASA 2015 p. 95 (*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, ASA 2014 p. 826 (*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, ASA 2015 p. 160, Sem.jud. 2014 I p. 376 (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, ASA 2015 p. 558, RSPC 2014 p. 47 (*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, ASA 2014 p. 305, Egyptian Football Association, RSPC 2013 p. 423 (*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, ASA 2013 p. 625 (*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, ASA 2013 p. 608 (*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, ASA 2013 p. 383 (*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, ASA 2010 p. 104.*)

ATF 20.8.2012, 4A\_240/2012, c. 4, ASA 2013 p. 100 (*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., ASA 2013 p. 112 (*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, ASA 2012 p. 864 (*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, ASA 2012 p. 647 (*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, ASA 2012 p. 431 (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, ASA 2012 p. 383 (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, ASA 2012 p. 449 (portée de la convention d'arbitrage)

ATF 18.4.2011, 4A\_640/2010, c. 3, ASA 2012 p. 144 (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'observation 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'observation 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<sup>os</sup> 40575/10 et 67474/10, 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 tels 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 était composé 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)

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 débattue 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 révoqués 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). On ne sera pas étonné de constater dans quelques semaines ou mois que cet appui soutiendra efficacement le renvoi de l'affaire devant la *Grande Chambre*. Une telle demande est en cours d'examen.

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.).

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. L'affaire y figure sur la « Jahresvorausschau 2018 », 1 BvR 2103/16.) La curiosité dans l'attente de l'arrêt constitutionnel allemand (comme de celui de la CEDH, qui vient d'être rendu) 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 ?*

**Art. 179**

## **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 :*

ROMAIN DUPEYRÉ, Les arbitres et centres d'arbitrage face à leurs responsabilités : le droit française à son point d'équilibre, ASA 32 (2014) p. 265-285.

## **Jurisprudence récente**

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.*)

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, ASA 2017 p. 737 (*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, ASA 2015 p. 879 (*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 vue 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 (*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.*)

**Art. 180**

## **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 ; 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.

## **Jurisprudence récente**

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, ASA 2018 p. 434 (*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, ASA 2018 p. 208 (*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, ASA 2015 p. 614 (*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, ASA 2014 p. 57 (*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, ASA 2013 p. 174 (*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 attaquant.*)

ATF 8.9.1999, 4P.108/1999, c. 2, ASA 2017 p. 645 (*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.*)

#### Art. 181

#### 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.*)

#### Art. 182

5

In fine : L'ATF 4.10.2010, 4 ASA A\_124/2010, c. 6.1 et 6.2, est publié in ASA 2012 p. 76.

10

In fine, ajouter aux ATF cités : ATF 15.4.2015, 4A\_554/2014, c. 2.2, ASA 2015 p. 406 ; ATF 2.3.2017, 4A\_405/2016, c. 3.3, ASA 2017 p. 680 ; ATF 6.3.2017, 4A\_490/2016, c. 3.2, ASA 2017 p. 428.

#### **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, ASA 2014 p. 137 ; ATF 12.7.2012, 4A\_150/2012, c. 4.2, ASA 2013 p. 138 ; ATF 30.1.2013, 4A\_335/2012, c. 2, ASA 2014 p. 570.

15<sup>e</sup> ligne, insérer : Le tribunal arbitral 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, ASA 2013 p. 128). Il peut fixer des limites à la durée de l'interrogatoire par les parties (ATF 24.2.2015, 4A\_544/2014, c. 3.4, ASA 2017 p. 443).

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, ASA 2013 p. 863).

#### **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, ASA 2016 p. 928).

#### **14**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 20.7.2011, 4A\_162/2011, c. 2.1.2, ASA 2012 p. 177.

#### **16**

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

#### **17a**

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, ASA 2014 p. 782 ; ATF 9.2.2017, 4A\_690/2016, c. 5.1, ASA 2017 p. 670). 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).

#### **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, ASA 2013 p. 78).

#### **30a**

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).

#### **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, ASA 2013 p. 128 ; ATF 23.4.2013, 4A\_672/2012, c. 3.1, ASA 2013 p. 884 ; ATF 15.7.2015, 4A\_246/2014, c. 6.1, ASA 2016 p. 190.

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, ASA 2013 p. 112 ; ATF 12.7.2012, 4A\_150/2012, c. 3.1, ASA 2013 p. 138 ; ATF 29.4.2013, 4A\_730/2012, c. 3.1, ASA 2014 p. 68 ; ATF 6.10.2015, 4A\_34/2015, c. 4.1 ; ATF 10.12.2015, 4A\_568/2015, c. 3, ASA 2016 p. 178 ; ATF 16.12.2015, 4A\_520/2015, c. 3.3.1, ASA 2017 p. 729.

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, ASA 2014 p. 356 ; 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 : L'ATF 17.3.2011, 4A\_600/2010, c. 4, est publié in ASA 2012 p. 119. Puis 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, ASA 2012 p. 634). 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, ASA 2013 p. 149 ; cf., par ailleurs, ATF 141 III 433 ss ; 141 IV 369 ss, 373-375).

#### 39

6<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 8.10.2014, 4A\_199/2014, c. 6.2.3, ASA 2015 p. 360 ; 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).

#### 39a

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

23<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 14.6.2011, 4A\_617/2010, c. 3, ASA 2012 p. 138 ; ATF 3.10.2011, 4A\_530/2011, c. 2.2, ASA 2012 p. 424 ; ATF 2.5.2012, 4A\_16/2012, c. 3.3 ; ATF 31.5.2012, 4A\_682/2011, c. 3.1, ASA 2014 p. 137 ; ATF 20.2.2013, 4A\_407/2012, c. 3, ASA 2013 p. 659 ; ATF 19.6.2014, 4A\_597/2013, c. 2.1, 3, ASA 2014 p. 799 ; ATF 24.2.2015, 4A\_544/2014, c. 3.3, ASA 2017 p. 443 ; ATF 29.4.2015, 4A\_70/2015, c. 3.2.1, ASA 2016 p. 147 ; 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, ASA 2013 p. 608).

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, ASA 2013 p. 149).

*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, ASA 2014 p. 305). 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, ASA 2014 p. 68 ; ATF 24.7.2017, 4A\_668/2016, c. 3.2.2, ASA 2018 p. 133).

**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) ; 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, ASA 2014 p. 118).

In fine, ajouter à l'ATF cité : ATF 18.10.2011, 4A\_214/2011, c. 5.2, ASA 2012 p. 677 ; ATF 11.6.2014, 4A\_178/2014, c. 5.3.4, ASA 2014 p. 782.

**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, ASA 2013 p. 174 ; ATF 5.2.2014, 4A\_446/2013, c. 3, ASA 2014 p. 367.

**47**

15<sup>e</sup> ligne : L'ATF 9.11.2010, 4A\_428/2010, c. 4.2, est publié in ASA 2011 p. 931, et l'ATF 12.1.2011, 4A\_392/2010, c. 5.1, in ASA 2012 p. 397 ; ATF 24.5.2013, 4A\_476/2012, c. 4.2, ASA 2014 p. 148 ; ATF 15.7.2013, 4A\_188/2013, c. 2, 3.2.2, ASA 2013 p. 853 ; ATF 142 III 362 ; ATF 8.1.2018, 4A\_220/2017, c. 3.1, ASA 2018 p. 956 ; ATF 9.8.2018, 4A\_525/2017, c. 3.1 ; ATF 19.11.2018, 4A\_301/2018, c. 4 ; cf. art. 190 n° 114.

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, ASA 2013 p. 659).

14<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité du 9.6.2009 : ATF 15.4.2015, 4A\_554/2014, c. 2, ASA 2015 p. 406 ; 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, ASA 2013 p. 853). 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, ASA 2015 p. 157). 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, ASA 2017 p. 648).

In fine : l'ATF 20.12.2010, 4A\_10/2010, c. 2.2, est publié in ASA 2011 p. 682. Puis 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, ASA 2014 p. 367, 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, ASA 2015 p. 879).

9<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF du 18.11.2004 : ATF 31.1.2012, 4A\_360/2011, c. 4, ASA 2012 p. 634.

12<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 14.12.2012, 4A\_198/2012, c. 3.2.1, ASA 2014 p. 580.

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, ASA 2016 p. 749. Il en va de même d'une prolongation de délai (ATF 2.3.2017, 4A\_405/2016, c. 3.3, ASA 2017 p. 680).

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, ASA 2012 p. 177 ; ATF 24.11.2017, 4A\_236/2017, c. 4.2.2, ASA 2018 p. 434).

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, ASA 2013 p. 112 ; 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 ; 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 Insolvenz, 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 KNOEPLER, 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 ; 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 ; 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 ; 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 ; 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.

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

CHRISTIAN AUFDERMAUER, Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz in Deutschland, Frankfurt a.M. 2013 ; WALID BEN HAMIDA/THOMAS CLAY (éd.), *L'argent dans l'arbitrage*, Paris 2013 ; BERNHARD BERGER/MICHAEL E. SCHNEIDER (éd.), *Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions*, Huntington, NY 2014 ; OLIVIER CAPRASSE/ROLAND ZIADÉ, La confidentialité dans la procédure arbitrale, *Rev.arb.* 2014 p. 593-616 ; 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 ; BERND EHLE, Emergency Arbitration in Practice, in *New Developments in International Commercial Arbitration 2013*, Zurich 2013, p. 87-109 ; STEGFRIED 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 ; PHILIPP FÖLSING, US-

Richter als Helfer in internationalen Schiedsverfahren, RIW 59 (2013) p. 340-344 ; 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 ; 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 ; 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 ; 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 ; 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 ; 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 ; 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 ; 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 ; 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 ; JÖRG RISSE/MAX OEHM, Vertraulichkeit und Nicht-Öffentlichkeit in Schiedsverfahren, ZvgIRW 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 ; KLAUS SACHS/TILMAN NIEDERMAIER, Die Durchsetzung von Document Production Orders in internationalen Schiedsverfahren, ZvgIRW 114 (2015) p. 449-468 ; SILJA SCHAFFSTEIN, The Doctrine of Res Judicata before International Commercial Arbitral Tribunals, Oxford 2016 ; 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 ; S.I. STRONG, Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law, Oxford 2013 ; 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.

## Art. 183

### 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, alors que le premier auteur a jugé la pratique « laxiste » ; cf. Kaufmann/Rigozzi, n° 368), 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.

## Bibliographie

### LDIP :

SÉBASTIEN BESSON, Les mesures provisoires et conservatoires dans la pratique arbitrale, in *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles 2014, p. 37-59 ; ULRICH HAAS, Das Verhältnis von schiedsgerichtlichem und staatlichem vorläufigen Rechtsschutz, *ZZPInt* 17 (2012) p. 347-370 ; 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. BENEDETTI, 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.

**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, ASA 2016 p. 190).

**2**

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

**18**

In fine, ajouter : ATF 6.10.2015, 4A\_34/2015, c. 4.3.2.

## **Bibliographie**

*LDIP* :

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* :

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 ; 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 ; 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 ; NATHAN D. O'MALLEY, Rules of Evidence in International Arbitration, Londres 2012 ; 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 ; 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**

**9a**

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**

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. 186

58

5/6<sup>e</sup> lignes : l'ATF 7.2.2011, 4A\_482/2010, c. 4.3.1, est publié *in* ASA 2011 p. 721.

## 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 ; 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 KASOŁOWSKY, *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 ; GRETTA 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 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, ASA 2016 p. 718 (*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, ASA 2016 p. 449 (*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, ASA 2015 p. 548 (*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, ASA 2014 p. 799 (*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, ASA 2014 p. 305, Egyptian Football Association, RSPC 2013 p. 423 (*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, ASA 2013 p. 344 (*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

### 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. Yüksel, JPIL 2011 p. 160-173 ; Mankowski, RIW 2011 p. 30-44 ; idem, Festschrift von Hoffmann, p. 1022-1024 ; 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). 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).

### 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, ASA 2017 p. 982). 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).

### 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.

### 45

In fine : l'ATF cité est publié *in* ASA 2011 p. 457.

### 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, ASA 2018 p. 172), 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.

*Droit international privé étranger et comparé :*

*Droit applicable en général :* 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 ; 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 ; 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 ; ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, The Application of the CISG in the World of International Commercial Application, RabelsZ 77 (2013) p. 131-157 ; 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 Privat- und Verfahrensrechts, *in* Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, p. 1012-1028 ; 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 PÖRNACHER/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, JPIL 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 ; 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 Jaquet, Paris 2013, p. 215-234 ; 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, JPIL 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 ; THOMAS SCHULTZ, Transnational Legality, Stateless Law and International Arbitration, Oxford 2014 ; 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 ; ANTON V.M. STRUYCKEN, Arbitration and State Contracts, RCADI 374 (2015) p. 9-52.

*Aspects particuliers :* BERNHARD BERGER/ELLEN MOLTZAHN, Interest in International Arbitration – An Overview, RDAI 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, RDAI 2012 p. 621-648 ; PENELOPE NEVILL, Awards of Interest by International Courts and Tribunals, BYIL 78 (2007) p. 255-341 ; 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 Athanassios 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, ASA 2014 p. 580.

6

3<sup>e</sup> ligne : l'ATF 18.3.2010, 4A\_584/2009, c. 3.3, est publié *in* ASA 2011 p. 426.

5<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 5.1.2016, 4A\_319/2015, c. 4.2.2, ASA 2016 p. 744 ; ATF 27.6.2016, 4A\_322/2015, c. 2.2.1, ASA 2018 p. 686.

6a

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 ; 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. 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, ASA 2016 p. 760 ; ATF 2.2.2018, 4A\_490/2017, c. 2.5.

3

5<sup>e</sup> ligne : l'ATF 12.1.2011, 4A\_392/2010, c. 2.3.1, est publié *in* ASA 2012 p. 397 ; puis ajouter : ATF 20.2.2015, 4A\_609/2014, c. 2, ASA 2015 p. 373.

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, préciser que l'ATF 11.4.2011, 4A\_604/2010, c. 1.3, est publié *in* ASA 2013 p. 89 ; puis 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, ASA 2012 p. 431 ; ATF 18.6.2012, 4A\_636/2011, c. 2, ASA 2013 p. 877 ; ATF 1.10.2012, 4A\_312/2012, c. 2, ASA 2013 p. 863 ; ATF 9.10.2012, 4A\_110/2012, c. 1, ASA 2013 p. 174 ; ATF 28.2.2013, 4A\_576/2012, c. 2, ASA 2014 p. 543 ; ATF 20.4.2017, 4A\_692/2016, c. 4, ASA 2017 p. 657 ; ATF 26.9.2018, 4A\_40/2018, c. 2.2.

4

In fine, ajouter : l'ATF 16.5.2011, 4A\_46/2011, c. 3.3.1, est publié *in* ASA 2011 p. 643 ; ATF 3.3.2014, 4A\_304/2013, c. 2.1, ASA 2014 p. 384 ; ATF 8.3.2016, 4A\_510/2015, c. 2, ASA 2016 p. 928 ; ATF 17.2.2017, 4A\_444/2016 ; ATF 29.6.2017, 4A\_600/2016, c. 1.3, Platini, ASA 2017 p. 982. 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, ASA 2014 p. 68). 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).

*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 ; ATF 143 III 462 ss, 464.

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

**11**

In fine, remplacer le contenu entre parenthèses par : cf. ATF 9.3.2016, 4A\_618/2015, c. 4, ASA 2017 p. 362, et les arrêts cités, arbitrage CPC, et sur la notion de décision nulle en général, ATF 138 II 501 ss, 503. 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).

**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.

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

**12a**

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 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, ASA 2017 p. 657 ; ATF 12.9.2018, 4A\_238/2018, c. 2.2).

**14**

10/11<sup>e</sup> lignes : l'ATF 18.3.2010, 4A\_584/2009, c. 2.2, est publié in ASA 2011 p. 426.

**17**

In fine, ajouter : 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.

12<sup>e</sup> ligne : l'ATF 17.11.2008, 4A\_438/2008, c. 2.3, est publié in ASA 2011 p. 379.

17/18<sup>e</sup> lignes : l'ATF 3.1.2011, 4A\_386/2010, c. 5.2, Belmonte, est publié in ASA 2011 p. 688.

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).

**20a**

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**

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, ASA 2014 p. 89, 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, ASA 2016 p. 760 ; ATF 4.10.2017, 4A\_384/2017, c. 1.2, ASA 2018 p. 197). 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, ASA 2013 p. 383.

**22**

14<sup>e</sup> ligne : l'ATF 17.11.2008, 4A\_438/2008, c. 2.3, est publié *in* ASA 2011 p. 379.

**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.

**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.

**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, ASA 2017 p. 370 ; ATF cité du 28.1.2016, c. 3.1.1. Puis insérer : ou encore celles portant sur l'administration des preuves (ATF 15.4.2013, 4A\_596/2012, c. 3.3-3.5, ASA 2014 p. 335).

**28a**

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, ASA 2012 p. 431). 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 querrellée 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, ASA 2009 p. 309, 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 : l'ATF 6.4.2011, 4A\_614/2010, c. 2.3.2, est publié in ASA 2013 p. 71. Puis 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, ASA 2016 p. 760).

**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, ASA 2014 p. 586 ; cf., également en ce sens, BGH 28.3.2012, SchiedsVZ 2012 p. 154.

**36**

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 revant aux arbitres, car c'est ce montant qui est ensuite réparti entre les parties dans la sentence.

**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.*

*Il est certain que ces interprétations d'une rigidité d'une autre époque vont 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.*

#### **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, ASA 2014 p. 826).

#### **41**

4<sup>e</sup> ligne : ATF 142 III 360 ss, 362 ; ATF 15.7.2015, 4A\_246/2014, c. 7.2.2, ASA 2016 p. 190 ; ATF 11.6.2014, 4A\_178/2014, c. 2.4, ASA 2014 p. 782 ; puis préciser : l'ATF 19.4.2011, 4A\_404/2010, c. 3.5.3 (et non c. 3.5.2), est publié in ASA 2012 p. 408 ; ATF 4.10.2017, 4A\_384/2017, c. 4.2, ASA 2018 p. 197.

10<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 20.7.2011, 4A\_162/2011, c. 2.1.2, ASA 2012 p. 177 ; ATF 2.11.2011, 4A\_424/2011, c. 2.2, ASA 2012 p. 779 ; ATF 4.1.2012, 4A\_238/2011, ASA 2012 p. 369 ; ATF 14.12.2012, 4A\_198/2012, c. 3.1, ASA 2014 p. 580.

#### **42**

4<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF mentionnés les ATF cités du 4.1.2012 et du 14.12.2012.

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

**43**

Lignes 7/8, ajouter à l'ATF cité : ATF 24.11.2017, 4A\_236/2017, c. 3.1.2, ASA 2018 p. 434.

**44a**

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, ASA 2018 p. 193).

**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.

**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, ASA 2015 p. 406.

**78**

4<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 26.7.2018, 4A\_404/2017, c. 3.2.1.

7<sup>e</sup> ligne : L'ATF 9.11.2010, 4A\_428/2010, c. 3.1, est publié *in* ASA 2011 p. 931.

In fine, ajouter : ATF 2.7.2015, 4A\_684/2014, c. 3, ASA 2015 p. 565 ; ATF 28.10.2015, 4A\_218/2015, c. 3.1, ASA 2016 p. 165. 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, ASA 2014 p. 305).

**79**

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).

**80**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 28.10.2015, 4A\_218/2015, c. 2.1, ASA 2016 p. 165.

7<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 4.10.2017, 4A\_384/2017, c. 3, ASA 2018 p. 197, 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, ASA 2014 p. 609, 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, ASA 2017 p. 634.

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, RtiD 2013 II n° 66c p. 930).

*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, ASA 2014 p. 68 ; ATF 24.7.2017, 4A\_668/2016, c. 3.2.2, ASA 2018 p. 133). 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, ASA 2016 p. 400.

**86**

In fine, ajouter à l'ATF cité : ATF 21.3.2013, 4A\_522/2012, c. 3.2.2, ASA 2013 p. 842. 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, ASA 2015 p. 160 ; ATF 25.2.2015, 4A\_486/2014, c. 4, ASA 2015 p. 347).

**87**

12<sup>e</sup> ligne : l'ATF 26.5.2010, 4A\_433/2009, c. 2.4, est publié *in* ASA 2011 p. 673 ; puis ajouter : ATF 15.7.2015, 4A\_246/2014, c. 6.3, ASA 2016 p. 190 ; ATF 30.5.2017, 4A\_532/2016, c. 4.3, ASA 2018 p. 972.

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, ASA 2014 p. 108).

17<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 16.5.2011, 4A\_46/2011, c. 4.3.2, ASA 2011 p. 643 ; ATF 31.1.2012, 4A\_360/2011, c. 5.1, ASA 2012 p. 634 ; ATF 12.7.2012, 4A\_150/2012, c. 3.1, ASA 2013 p. 138 ; ATF 4.2.2014, 4A\_460/2013, c. 3.1, ASA 2014 p. 356 ; ATF 6.10.2015, 4A\_34/2015, c. 4.1.3 ; ATF 26.10.2015, 4A\_69/2015, c. 3.1, ASA 2017 p. 382 ; ATF 16.12.2015, 4A\_520/2015, c. 3.3.1, ASA 2017 p. 729. 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**

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). 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**

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, ASA 2018 p. 186).

#### **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, ASA 2014 p. 68), 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, ASA 2014 p. 108).

#### **89**

6<sup>e</sup> ligne : l'ATF 18.3.2010, 4A\_584/2009, c. 3.3, est publié in ASA 2011 p. 426, puis ajouter : ATF 31.5.2012, 4A\_682/2011, c. 4.1, ASA 2014 p. 137 ; 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 : l'ATF 3.1.2011, 4A\_386/2010, c. 7, Belmonte, est publié in ASA 2011 p. 688. 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, ASA 2014 p. 57).

#### **92**

6<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 20.7.2011, 4A\_162/2011, c. 2.1, ASA 2012 p. 177 ; ATF 142 III 361 ; ATF 6.3.2017, 4A\_490/2016, c. 3.1, ASA 2017 p. 428 ; ATF 11.1.2018, 4A\_56/2017, c. 3.1.

#### **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**

8<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 18.6.2012, 4A\_488/2011, c. 5.1, ASA 2013 p. 112 ; ATF 9.10.2012, 4A\_110/2012, c. 3.1.2, ASA 2013 p. 174 ; ATF 29.4.2013, 4A\_730/2012, c. 3.3, ASA 2014 p. 68 ; ATF 8.5.2013, 4A\_439/2012, c. 5.2.1, arbitrage CPC ; ATF 2.9.2014, 4A\_606/2013, c. 4.1, ASA 2015 p. 614 ; ATF 16.12.2015, 4A\_520/2015, c. 3.3.1, ASA 2017 p. 729 ; ATF 19.11.2018, 4A\_301/2018, c. 3.2.

*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, ASA 2016 p. 760).*

*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 pertinente 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, ASA 2016 p. 760). 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 irrilevante 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, RtiD 2013 II n° 66c p. 930 ; 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, ASA 2014 p. 580.

*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, ASA 2017 p. 370), 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, ASA 2016 p. 469), 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'une arbitrage LDIP, une telle sentence, non motivée, aurait-elle survécue 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, ASA 2018 p. 208). 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

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, ASA 2011 p. 643, 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, ASA 2018 p. 972 ; puis préciser que l'ATF 29.1.2010, 4A\_550/2009, c. 5.1, est publié *in* ASA 2012 p. 808.

## 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, ASA 2014 p. 77 ; ATF 26.4.2016, 4A\_342/2015, c. 5.1 ; ATF 1.10.2018, 4A\_550/2017, c. 7.2).

16<sup>e</sup> ligne : l'ATF 3.1.2011, 4A\_386/2010, c. 6.2, Belmonte, est publié *in* ASA 2011 p. 688. Confirmant cet arrêt : ATF 3.10.2011, 4A\_530/2011, c. 3.3.2, ASA 2012 p. 424 ; 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, ASA 2015 p. 95 ; ATF 4.10.2017, 4A\_384/2017, c. 4.2.3, ASA 2018 p. 197.

18<sup>e</sup> ligne, ajouter après l'ATF 129 III 445 ss : ou 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, ASA 2014 p. 137 ; ATF 24.2.2015, 4A\_544/2015, c. 3.2.1, ASA 2017 p. 443).

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, ASA 2018 p. 727) ; 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, ASA 2016 p. 190). 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, ASA 2017 p. 657 ; ATF 12.9.2018, 4A\_238/2018, c. 5). 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 intrinsèque : 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, ASA 2015 p. 614.

## 104

9<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 141 III 229 ss, 234.

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, ASA 2015 p. 576.

In fine : il s'agit de l'ATF cité [sous n° 103] du 3.1.2011 [et non du 3.1.2004]. 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).

#### **105**

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, ASA 2014 p. 384. 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, ASA 2013 p. 635 ; ATF 11.10.2012, 4A\_76/2012, c. 4.1, ASA 2013 p. 128 ; ATF 21.3.2013, 4A\_522/2012, c. 4.2.2, ASA 2013 p. 842 ; ATF 18.4.2013, 4A\_524/2012, c. 3.2, ASA 2014 p. 344 ; ATF 19.6.2014, 4A\_597/2013, c. 4.1, ASA 2014 p. 799 ; ATF 29.9.2015, 4A\_172/2015, c. 5.1, ASA 2016 p. 438 ; ATF 10.12.2015, 4A\_568/2015, c. 4.1, ASA 2016 p. 178 ; ATF 30.6.2016, 4A\_132/2016, c. 3.2.1, ASA 2017 p. 623 ; ATF 3.4.2017, 4A\_470/2016, c. 4.1, ASA 2017 p. 693 ; ATF 30.5.2017, 4A\_532/2016, c. 3.1, ASA 2018 p. 972 ; ATF 29.1.2018, 4A\_508/2017, c. 4.3 ; ATF 26.7.2018, 4A\_125/2018, c. 3.2.1). Cependant, depuis plus récemment, cette adjonction est ignorée le plus souvent (ATF 21.5.2015, 4A\_634/2014, c. 5 ; ATF 21.5.2015, 4A\_709/2014, c. 6.1, ASA 2015 p. 879 ; ATF 6.10.2015, 4A\_34/2015, c. 5.1 ; ATF 5.1.2016, 4A\_319/2015, c. 4.1, ASA 2016 p. 744 ; ATF 26.4.2016, 4A\_342/2015, c. 5.1 ; ATF 26.10.2016, 4A\_536/2016, c. 4.3.1, ASA 2017 p. 138 ; ATF 3.11.2016, 4A\_136/2016, c. 4.1, ASA 2017 p. 129 ; 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, ASA 2017 p. 708 ; ATF 20.12.2016, 4A\_32/2016, c. 4.1, ASA 2017 p. 473 ; ATF 144 III 120 ss, 130, FIFA ; ATF 27.11.2018, 4A\_474/2018, c. 3.1) ; 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, insérer : avec l'exception notable de l'ATF 138 III 322 ss, *Matuzalem*.

#### **108**

19<sup>e</sup> ligne : l'ATF 3.1.2011, 4A\_386/2010, c. 8.3.1, *Belmonte*, est publié *in* ASA 2011 p. 688.

#### **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*, ASA 2017 p. 982).

#### **112**

5<sup>e</sup> ligne : l'ATF 16.12.2009, 4A\_240/2009, c. 2, est publié *in* ASA 2011 p. 457.

6<sup>e</sup> ligne : l'ATF 9.11.2010, 4A\_428/2010, c. 2, est publié *in* ASA 2011 p. 931.

12<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF 128 III 234 ss : ATF 29.4.2013, 4A\_730/2012, c. 3.3.2, ASA 2014 p. 68 ; 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, ASA 2017 p. 729).

#### **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, ASA 2018 p. 686 ; ATF 26.1.2017, 4A\_716/2016, c. 3.1, ASA 2018 p. 505 ; ATF 25.4.2017, 4A\_34/2016, c. 4.1, ASA 2018 p. 996 ; ATF 11.1.2018, 4A\_56/2017, c. 3.3 ; ATF 9.8.2018, 4A\_525/2017, c. 3.1). 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**

9<sup>e</sup> ligne : l'ATF 24.11.2009, 4A\_284/2009, c. 3, est publié *in* RSDIE 2011 p. 356.

10<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 12.7.2012, 4A\_150/2012, c. 5.1, ASA 2013 p. 138 ; ATF 6.5.2015, 4A\_426/2014, c. 5.1.3, ASA 2016 p. 659.

**123**

4<sup>e</sup> ligne, après l'ATF 120 III 167 : ATF 138 III 327 ; ATF cité du 20.12.2016, c. 4.1.

5/6<sup>e</sup> lignes : l'ATF 16.12.2009, 4A\_240/2009, c. 4.1, est publié *in* ASA 2011 p. 457.

**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.

**131**

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

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

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, ASA 2017 p. 129 ; ATF 11.7.2017, 4A\_50/2017, c. 4.3, ASA 2018 p. 714.

**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 : l'ATF 3.1.2011, 4A\_386/2010, c. 9.3.1, Belmonte, est publié *in* ASA 2011 p. 688. Puis ajouter : ATF 16.10.2014, 4A\_324/2014, c. 6.2, ASA 2016 p. 400.

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, ASA 2016 p. 928 ; ATF 27.11.2017, 4A\_312/2017, c. 3.3.3 ; ATF 29.1.2018, 4A\_508/2017, c. 4.4), et ce même s'il est combiné avec encore deux autres intérêts conventionnels (ATF 26.10.2016, 4A\_536/2016, c. 4.3.2, ASA 2017 p. 138). 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).

**135**

In fine, ajouter : 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, ASA 2013 p. 635 ; ATF 5.1.2016, 4A\_319/2015, c. 4.2.2, ASA 2016 p. 744.

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, ASA 2017 p. 657).

In fine, ajouter aux ATF cités : ATF 15.4.2015, 4A\_554/2014, c. 2.2, ASA 2015 p. 406 ; 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. 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, ASA 2017 p. 623).

**137**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF mentionnés : ATF 13.12.2016, 4A\_116/2016, c. 4.2.3, ASA 2017 p. 708 ; ATF cité du 20.12.2016, c. 4.1.

In fine, ajouter : Cela est confirmé par le premier arrêt qui admet 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, ASA 2013 p. 842). 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, ASA 2013 p. 112). 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, ASA 2018 p. 727 ; ATF 29.6.2017, 4A\_600/2016, c. 7, Platini, ASA 2017 p. 982). 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).

*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) ?*

### 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, ASA 2014 p. 305).

### 140

2<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 2.9.2014, 4A\_606/2013, c. 5.3, ASA 2015 p. 614 ; 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 ; 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, ASA 2013 p. 112).

**141**

Ajouter aux ATF mentionnés : ATF 144 III 131.

**142**

5<sup>e</sup> ligne : l'ATF 15.3.2011, 4A\_481/2010, c. 4, est publié *in* ASA 2012 p. 393, puis ajouter : ATF 23.5.2012, 4A\_654/2011, c. 4.2, ASA 2013 p. 635 ; ATF 12.7.2012, 4A\_150/2012, c. 5.2.1, ASA 2013 p. 138 ; ATF 6.12.2012, 4A\_276/2012, c. 3.2, ASA 2014 p. 77 ; ATF 15.7.2013, 4A\_188/2013, c. 3.2.2, ASA 2013 p. 853.

In fine : l'ATF 3.1.2011, 4A\_386/2010, c. 8.3.1, Belmonte, est publié *in* ASA 2011 p. 688. Puis 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, ASA 2018 p. 505).

**147**

12<sup>e</sup> ligne : l'ATF 15.3.2011, 4A\_481/2010, c. 3.1, est publié *in* ASA 2012 p. 393.

13<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 6.12.2012, 4A\_276/2012, c. 3.1, ASA 2014 p. 77 ; 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, ASA 2018 p. 972 ; ATF 11.7.2017, 4A\_50/2017, c. 4.2.1, ASA 2018 p. 714 ; ATF 11.1.2018, 4A\_56/2017, c. 4.1 ; ATF 26.7.2018, 4A\_404/2017, c. 4.1.

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).

21<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 13.12.2016, 4A\_116/2016, c. 4.1, ASA 2017 p. 708.

**148**

In fine, ajouter aux ATF cités : ATF 11.10.2012, 4A\_76/2012, c. 4.2, ASA 2013 p. 128.

**149**

6<sup>e</sup> ligne : l'ATF 26.5.2010, 4A\_433/2009, c. 3.2, est publié *in* ASA 2011 p. 673.

**151**

11<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 1.10.2012, 4A\_312/2012, c. 6.2, ASA 2013 p. 863.

**152**

8<sup>e</sup> ligne : l'ATF 15.3.2011, 4A\_481/2010, c. 3.1, est publié *in* ASA 2012 p. 393, puis ajouter : ATF 12.7.2012, 4A\_150/2012, c. 5.1, ASA 2013 p. 138 ; 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, ASA 2016 p. 744 ; ATF cité du 2.12.2016, c. 3.2.2.

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 ; ATF 143 II 224 ss, 229 s. ; 143 II 628 ss, 637). 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).

**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, Israël, ASA 2013 p. 383), 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

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.

## Bibliographie

### LDIP :

DIANA AKIKOL, Review of the Recent Case Law of the Swiss Federal Tribunal, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2011, Zurich 2011, p. 119-193 ; 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 ; ANDREAS BUCHER, Que devient le droit (civil) international au Tribunal fédéral?, Jusletter, 8.5.2017 ; 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 restituer, 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 Schwenger, Berne 2011, p. 647-667 ; PHILIPPE HOVAGUIMIAN, Non-reviewable Facts in Swiss Annulment Proceedings Undermining the Safeguards of Art. 190 PILA, ASA 36 (2018) p. 89-108 ; FRANZ KELLERHALS/STEFANIE PFISTERER, Wer bestimmt das Honorar der Schiedsrichter ?, *in* Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis, Munich 2012, p. 449-467 ; 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 ; CHRISTOPHER KOCH, The Limits of Arbitrators' Powers to Adjudicate Fees and Expenses, Arb.Int. 27 (2011) p. 233-248 ; CHRISTIAN LUCZAK, Beschwerde gegen Schiedsgerichtsentscheide, *in* Prozessieren vor Bundesgericht, 4<sup>e</sup> éd. Bâle 2014, p. 305-355 ; 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 ; CHARLES PONCET, When is a “Swiss” “award” appealable?, Cahiers 2012 p. 135-155 ; 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 ; 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 ; 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 ; 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 ; HANS VAN HOUTTE, Revision of Awards Revisited, *in* Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, p. 987-995 ; 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 Schiessprüchen, *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.

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

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, ASA 2018 p. 474 (*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, ASA 2017 p. 452 (*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, ASA 2015 p. 879 (*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, ASA 2016 p. 465, RSPC 2015 p. 175 (*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, ASA 2015 p. 126 (*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, ASA 2014 p. 826 (*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. 635-644.*

ATF 13.11.2013, 4A\_282/2013, ASA 2014 p. 89 – 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, ASA 2014 p. 57 (*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, ASA 2013 p. 625, 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, ASA 2013 p. 383 (*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, ASA 2013 p. 344 (*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, ASA 2016 p. 456 (*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, ASA 2012 p. 779 (*récusation d'un expert, l'art. 393 lit. a CPC correspondant à l'art. 190 al. 2 lit. a LDIP)*

## Art. 191

### 1a

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 le refus du Tribunal fédéral d'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.

### 5

3<sup>e</sup> ligne, dire : « un sur quinze » au lieu de « un sur vingt ».

4<sup>e</sup> ligne, remplacer les mots « aucun recours » par « deux recours ».

In fine, remplacer le contenu de la parenthèse par : cf. Dasser/Wójtowicz, ASA 2018 p. 279-281.

### 6

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, ASA 2014 p. 54 ; ATF 10.12.2015, 4A\_392/2015, c. 2, ASA 2016 p. 449.



**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, ASA 2015 p. 576.

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

7<sup>e</sup> ligne : l'ATF 25.3.2011, 5A\_59/2011, c. 4, est publié *in Sem.jud.* 2011 I p. 349.

9<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF du 7.10.2008 : ATF 21.10.2013, 4A\_468/2013, c. 3, ASA 2014 p. 323.

11<sup>e</sup> ligne : l'ATF 12.1.2011, 4A\_392/2010, c. 2.3, est publié *in* ASA 2012 p. 397.

**9**

In fine, ajouter : cf. ATF 9.12.2015, 4A\_596/2015, ASA 2017 p. 950.

**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, ASA 2018 p. 208 ; ATF 144 III 120 ss, 131 s., FIFA ; AF 22.5.2018, 4A\_170/2017, c. 3.2.

11<sup>e</sup> ligne, insérer : La même règle est suivie lorsque l'acte de recours a été soumis en anglais et qu'il manque la traduction dans une langue officielle, sauf si ce défaut a été causé pour gagner du temps (ATF 9.11.2017, 4A\_510/2017, ASA 2018 p. 498).

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, ASA 2013 p. 608). 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, ASA 2013 p. 383).

**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, ASA 2012 p. 634 ; ATF 27.6.2012, 4A\_54/2012, c. 1.7, ASA 2016 p. 456 ; ATF 10.1.2013, 4A\_146/2012, c. 2.4, Israël, ASA 2013 p. 383 ; ATF 3.6.2013, 4A\_666/2012, c. 2, RSPC 2013 p. 428.

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 suisse 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 raisonnement 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) ?*

**16**

7<sup>e</sup> ligne : l'ATF 22.3.2010, 4A\_566/2009, est publié *in* ASA 2011 p. 433.

9<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 18.6.2012, 4A\_636/2011, c. 2.3, ASA 2013 p. 877, 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). 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, ASA 2018 p. 714). 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, préciser : l'ATF 11.4.2011, 4A\_604/2010, c. 2, est publié *in* ASA 2013 p. 89 ; puis 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). 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, ASA 2014 p. 543). 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, ASA

2014 p. 305). 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., ASA 2017 p. 473). 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).

#### 16a

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

4<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 26.3.2012, 5A\_73/2012, c. 1.2, arbitrage CPC ; ATF 9.10.2012, 4A\_110/2012, c. 1, ASA 2013 p. 174 ; ATF 28.2.2013, 4A\_576/2012, c. 2, ASA 2014 p. 543 ; ATF 16.3.2016, 4A\_422/2015, c. 1.2, non reproduit dans l'ATF 142 III 284 ss ; ATF 2.11.2016, 5A\_294/2016, c. 1.2.

In fine, ajouter : Le Tribunal fédéral préfère que le législateur règle la question (ATF 142 III 521 ss, 535).

#### 18

4<sup>e</sup> ligne, insérer : Il peut s'agir de la traduction d'une écriture présentée en anglais (ATF 11.1.2017, 4A\_188/2016, c. 1, ASA 2017 p. 162 ; ATF 20.4.2017, 4A\_692/2016, c. 4, ASA 2017 p. 657). Un délai est fixé à l'auteur du mémoire pour traduire celui-ci (ATF 14.3.2018, 4F\_8/2018, c. 3, réservant les cas d'abus).

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, ASA 2015 p. 160 ; 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.*

#### 22

In fine, ajouter : Pour faire face aux difficultés pratiques de l'intimé qui ne sait pas toujours si la situation financière, actuelle ou à venir, présente un risque, le Tribunal fédéral recommande de former « par précaution » une demande de sûretés en garantie de ses dépens avant de déposer sa réponse (ATF 6.1.2016, 4A\_572/2015, c. 5, ASA 2016 p. 171), respectivement avant le dépôt d'un recours (ATF 141 III 554 ss, 558 s.).

*Curieux, tout de même, de se faire suggérer par la plus Haute Cour du pays de former une demande « par précaution », sans être certain de son fondement, et avec le risque de devoir payer les frais de justice en cas d'échec, lorsque le conseil ainsi fourni par les Juges fédéraux s'est révélé erroné puisque la « précaution » n'avait pas lieu d'être. Un moment de réflexion serait opportun. L'arrêt du 6.1.2016*

*ignore celui rendu le 21.12.2015 (ATF 141 III 554 ss, rendu par la même Cour) et renvoie à un arrêt du 20.8.2012 (4A\_261/2012) qui ne présente aucun intérêt si ce n'est de mentionner l'ATF 132 I 134 ss, 138, qui recense des pratiques divergentes dans les cantons en ce qui concerne la couverture pour des frais déjà subis, relevant que la jurisprudence du Tribunal fédéral « ne semble donc pas correspondre à un principe fondamental et généralement reconnu de la procédure civile ». Ce que le Tribunal fédéral fait dire à l'art. 62 al. 2 LTF ne s'y trouve nullement, comme ce que l'ATF du 21.12.2015 fait dire à l'art. 99 al. 1 CPC n'y a pas de fondement dans le texte. L'argument principal avancé dans cet arrêt est celui de l'égalité des armes, étant donné que le dépôt anticipé d'une demande de sûretés a pour effet que le recours n'est pas communiqué à l'intimé, de sorte que le délai légal pour fournir sa réponse est respecté dès lors qu'il ne commence à courir qu'une fois les sûretés versées et le recours communiqué. L'intimé ne profitera donc pas d'une possibilité de faire allonger son délai de réponse par le dépôt d'une demande de sûretés après avoir pris connaissance du recours. Cependant, rien n'empêcherait de laisser à l'intimé le choix, soit de demander des sûretés avant d'avoir reçu le recours (ou même avant de savoir s'il a été remis au tribunal), soit d'attendre le recours et demander alors des sûretés en connaissance de cause, sachant qu'une telle demande n'allongera pas le délai pour répondre au recours. La première hypothèse, qui correspond à celle retenue exclusivement par le Tribunal fédéral, a pour défaut que la demande de sûretés (qui ne doit pas être chiffrée, cf. ATF 140 III 444 ss, 446-449) est examinée par le Tribunal fédéral en connaissance d'un recours auquel l'intimé n'a pas accès, et sans donner l'occasion à cette partie de préciser sa requête en ce qui a trait à ses frais futurs. Par ailleurs, cette solution écarte toute prise en considération de circonstances constituant un cas de garantie (tels le déplacement du domicile à l'étranger ou l'insolvabilité) survenant postérieurement à la communication du recours à l'intimé. Enfin, le recourant peut court-circuiter l'intimé en déposant son recours bien avant l'échéance du délai des 30 jours.*

**23**

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, Sem.jud. 2012 I p. 229).

**24**

In fine, ajouter : L'assistance judiciaire peut être demandée (ATF 9.2.2017, 4A\_690/2016, c. 5, ASA 2017 p. 670). 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).

**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, ASA 2017 p. 169 ; 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.)

**28**

8<sup>e</sup> ligne : l'ATF 26.5.2010, 4A\_433/2009, c. 2.1, est publié in ASA 2011 p. 673.

9<sup>e</sup> ligne : l'ATF 16.5.2011, 4A\_46/2011, c. 4.3.1, est publié in ASA 2011 p. 643. Puis ajouter aux ATF cités : ATF 31.1.2012, 4A\_360/2011, c. 5.1, ASA 2012 p. 634 ; 18.6.2012, 4A\_488/2011, c. 5.1 ; 12.7.2012, 4A\_150/2012, c. 3.1, ASA 2013 p. 138 ; ATF 17.1.2013, 4A\_538/2012, c. 5.2 ; ATF 8.10.2014, 4A\_199/2014, c. 5, ASA 2015 p. 360 ; ATF 15.7.2015, 4A\_246/2014, c. 6.1, ASA 2016 p. 190 ; ATF 16.12.2015, 4A\_520/2015, c. 3.3.1, ASA 2017 p. 729 ; ATF 30.5.2017, 4A\_532/2016, c. 4.1, ASA 2018 p. 972 ; ATF 19.11.2018, 4A\_301/2018, c. 3.2.

15<sup>e</sup> ligne, insérer à la suite de la mention de l'ATF 133 III 25 : 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, ASA 2014 p. 356) ; il a cependant déjà pu rendre irrecevable le recours contre une décision incidente (ATF 28.1.2016, 4A\_222/2015, c. 3.3.4, ASA 2016 p. 760).

## 29

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 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, ASA 2011 p. 80, 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, ASA 2018 p. 686), 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 doit pouvoir être attribuée à la majorité des arbitres ; à défaut, celles-ci ne sont pas prises en considération pour statuer sur le recours. La force de l'argument montre qu'il doit 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 résulte en pratique que le président qui reçoit l'invitation du Tribunal fédéral de fournir des observations doit 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 coarbitres 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 sont donc confectionnées comme le sont les sentences. Cette assimilation est cependant trompeuse. Les observations du tribunal arbitral ont été préparées à la seule vue du recours communiqué par le Tribunal fédéral, et 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, ASA 2017 p. 473 ; ATF 2.5.2018, 4A\_478/2017, partie C, c. 3.3.1) ; elle l'est même 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, ASA 2018 p. 396).

## 30

4<sup>e</sup> ligne, ajouter : cf. ATF 13.2.2012, 4A\_428/2011, c. 2.2, ASA 2012 p. 431 ; ATF 7.3.2012, 4A\_652/2011, c. 3.2 ; ATF 10.1.2013, 4A\_146/2012, c. 2.7, 3.3.2, Israël, ASA 2013 p. 383 ; ATF 8.10.2014, 4A\_199/2014, c. 3, ASA 2015 p. 360 ; ATF 16.10.2014, 4A\_324/2014, c. 2.5, ASA 2016 p. 400 ; ATF 15.4.2015, 4A\_554/2014, c. 1, ASA 2015 p. 406 ; 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, ASA 2017 p. 708 ; ATF 3.4.2017, 4A\_470/2016, c. 2.5, ASA 2017 p. 693 ; ATF 25.4.2017, 4A\_34/2016, c. 2.2, ASA 2018 p. 996 ; ATF 30.5.2017, 4A\_532/2016, c. 2.7, ASA 2018 p. 972 ; ATF 29.6.2017, 4A\_600/2016, c. 1.2, Platini, ASA 2017 p. 982 ; ATF 11.12.2018, 4A\_65/2018, c. 2.2.

19<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 138 I 484 ss, hors arbitrage.

26<sup>e</sup> ligne, insérer : 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, ASA 2012 p. 677 ; ATF 142 III 521 ss, 524).

27<sup>e</sup> ligne, insérer : 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).

29<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF 132 I 42 ss : ATF 137 I 195 ss, 197 ; 138 I 154 ss, 157, arrêt qui distingue entre un « droit à répliquer » au sens étroit, fondé sur l'art. 29 al. 2 Cst.féd., et le « droit de prendre connaissance et de se déterminer sur les allégations des autres participants à la procédure », fondé sur l'art. 6 par. 1 CEDH, ce dernier droit ne dépendant pas, contrairement au premier, de la pertinence de l'allégation pour la décision à rendre ; ATF 138 I 486 s.).

In fine, ajouter : En pratique, le double échange d'écritures est devenu la règle (ATF 143 III 462 ss, 468). Il serait donc expédient de le fixer d'emblée et de se dispenser de toutes ces subtilités pour le solliciter.

*Les ATF du 18.10.2011 et du 22.3.2012 cachent à peine l'incohérence du régime adopté. On dit aux parties que la réponse de l'intimé ne serait pas de nature à rendre un second échange « necessario », mais on répond au recourant que sa réplique spontanée sera néanmoins prise en considération « in quanto necessario » (ATF 18.10.2011). Et on fixe au recourant une date précise pour fournir ses « observations » au plus tard, tout en affirmant qu'il ne s'agirait pas de fixer un délai, et on conclut que du moment que ces « observations » sont parvenues au Tribunal fédéral à temps, il n'y a pas de raison de refuser la « réplique » [sic !], ce alors que le second échange d'écritures, débutant par une réplique, a été refusé (ATF 22.3.2012). 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, SJZ 2016 p. 280, FamPra.ch 2016 n° 40 p. 739). 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 quadriplique de l'intimé (ATF 28.2.2013, 4A\_576/2012, partie C, ASA 2014 p. 543 ; ATF 3.6.2013, 4A\_666/2012, partie C, RSPC 2013 p. 428 ; ATF 4.11.2013, 4A\_255/2013, partie C ; ATF 20.9.2016, 4A\_616/2015, partie C), respectivement une prise de position complémentaire (ATF 27.9.2016, 4A\_102/2016, partie C, ASA 2017 p. 115). 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

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, ASA 2013 p. 174 ; ATF 29.5.2013, 4A\_620/2012, ASA 2014 p. 57 ; ATF 11.1.2018, 4A\_56/2017) et reprise dans des affaires commerciales (ATF 20.2.2013, 4A\_407/2012, partie C, ASA 2013 p. 659 ; 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.*

**32**

4<sup>e</sup> ligne : l'ATF 26.5.2010, 4A\_433/2009, c. 1.3, est publié in ASA 2011 p. 673.

**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, ASA 2015 p. 406). 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, ASA 2018 p. 451).

**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). 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, ASA 2015 p. 160 ; ATF 142 III 524 s.

**38**

5<sup>e</sup> ligne, ajouter : Ordonnance 9.11.2010, 4A\_500/2012, ASA 2013 p. 80.

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, ASA 2017 p. 618).

**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, ASA 2013 p. 82).

**42**

In fine, ajouter : La suspension peut cependant également être ordonnée par le Tribunal fédéral (cf. Ordonnance 10.10.2010, 4A\_614/2010, ASA 2013 p. 78).

**42a**

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, ASA 2013 p. 884.

**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, ASA 2013 p. 659).

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 (ATF 20.8.2012, 4A\_240/2012, c. 2.3, ASA 2013 p. 100 ; ATF 140 III 477 ss, 479 ; 140 III 520 ss, 525 ; ATF 2.9.2014, 4A\_606/2013, c. 2, ASA 2015 p. 614 ; ATF 15.7.2015, 4A\_246/2014, c. 3, ASA 2016 p. 190 ; ATF 142 III 239 ss, 244 ; ATF 3.8.2016, 4A\_202/2016, c. 2, ASA 2017 p. 648 ; ATF 20.12.2016, 4A\_32/2016, c. 3, ASA 2017 p. 473 ; 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 ; ATF 11.12.2018, 4A\_65/2018, c. 2.3 ; ATF 19.12.2018, 4A\_394/2018, c. 2.4).

In fine, ajouter aux arrêts cités : ATF 7.4.2014, 4A\_450/2013, c. 2.3, ASA 2015 p. 160 ; ATF 16.10.2014, 4A\_324/2014, c. 2.3, ASA 2016 p. 400 ; ATF 20.7.2018, 4A\_578/2017, c. 3.3.1.2, ASA 2018 p. 936. 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).

#### 45

3<sup>e</sup> ligne : l'ATF 3.1.2011, 4A\_386/2010, c. 3.2, Belmonte, est publié in ASA 2011 p. 688.

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, ASA 2016 p. 760).

*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, ASA 2013 p. 344.

#### 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, ASA 2015 p. 126 ; ATF 26.2.2015, 4A\_374/2014, c. 4.2.3, 4.3.2.2, ASA 2015 p. 576 ; ATF 142 III 296 ss, 301.

#### 48

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

11<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 13.2.2012, 4A\_428/2011, c. 5.2, ASA 2012 p. 431 ; ATF 9.7.2014, 4A\_90/2014, c. 3.2.3.3, ASA 2015 p. 95 ; ATF 26.4.2016, 4A\_342/2015, c. 2.2.

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, ASA 2013 p. 635.

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, ASA 2018 p. 474).

#### 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, ASA 2016 p. 190.

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, ASA 2017 p. 428 ; ATF 4.10.2017, 4A\_150/2017, c. 2.3, ASA 2018 p. 116).

10<sup>e</sup> ligne, ajouter après l'arrêt Elektrim : ATF 7.4.2014, 4A\_450/2013, c. 3.6, ASA 2015 p. 160.

In fine, ajouter : Depuis un récent arrêt, 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, ASA 2014 p. 826).

54

4<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 27.6.2012, 4A\_54/2012, c. 1.4, ASA 2016 p. 456.

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 : l'ATF 16.12.2009, 4A\_240/2009, c. 1.2 [et non 2.2], est publié in ASA 2011 p. 457. Puis, ajouter aux ATF cités : ATF 18.10.2011, 4A\_214/2011, c. 1.4, ASA 2012 p. 677 ; ATF 31.1.2012, 4A\_360/2011, c. 6, ASA 2012 p. 634 ; ATF 2.5.2012, 4A\_14/2012, c. 3.1.2, ASA 2013 p. 322 ; ATF 31.5.2012, 4A\_682/2011, c. 2.2, ASA 2014 p. 137.

10<sup>e</sup> ligne : l'ATF 26.5.2010, 4A\_433/2009, est publié in ASA 2011 p. 673, se référant 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, ASA 2016 p. 456). 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, ASA 2014 p. 108). La mise au point attendue est venue avec un arrêt du 4.2.2014 (4A\_460/2013, c. 2.3, ASA 2014 p. 356), 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 ne sera plus jugée irrecevable.

*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, ASA 2015 p. 378, arbitrage CPC).*

## **56a**

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, ASA 2017 p. 703 ; 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.).

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, ASA 2016 p. 469).

**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, ASA 2016 p. 456).

**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**

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.

**64**

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, RSPC 2014 p. 52.

8<sup>e</sup> ligne, ajouter : pour un tel cas, cf. ATF 22.8.2011, 4A\_222/2011, ASA 2013 p. 83.

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 : 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, ASA 2013 p. 831 ; ATF cité du 9.10.2013, c. 4.3, 5.3.3).

**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, RSPC 2013 p. 428.

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).

**69**

2<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> lignes : remplacer « lit. b » par « lit. a ».

In fine, ajouter : 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).

**70**

3<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF mentionnés : ATF cité du 21.11.2016, c. 4.

**74**

4<sup>e</sup> ligne, ajouter : ATF 3.6.2013, 4A\_466/2012, c. 3.2, RSPC 2013 p. 428 ; ATF 11.4.2016, 4A\_426/2015, c. 1.2, ASA 2016 p. 469 (arbitrage CPC).

**75**

2<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : 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.

4<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 26.7.2012, 4A\_318/2012.

15<sup>e</sup> ligne : l'ATF 26.5.2010, 4A\_433/2009, c. 2, est publié *in* ASA 2011 p. 673.

**76**

12<sup>e</sup> ligne : l'ATF 26.5.2010, 4A\_433/2009, c. 4 et dispositif n° 2, est publié *in* ASA 2011 p. 673, puis ajouter : ATF 17.4.2013, 4A\_669/2012, c. 4, ASA 2014 p. 108. 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).

15<sup>e</sup> ligne : l'ATF 3.1.2011, 4A\_386/2010, Belmonte, est publié *in* ASA 2011 p. 688.

In fine : l'ATF 3.1.2011, 4A\_420/2010, c. 3, Belmonte, est publié *in* ASA 2011 p. 712.

**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. 192**

Au début du **texte français** de l'art. 192 al. 1, il faut lire : « Si les deux parties ... » (ATF 143 III 55 ss, 57).

**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.

**6**

13<sup>e</sup> ligne : l'ATF 21.3.2011, 4A\_486/2010, c. 2, est publié *in* ASA 2012 p. 365.

**8**

8<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 11.12.2012, 4A\_414/2012, c. 1.2, ASA 2013 p. 344 ; ATF 29.5.2015, 4A\_633/2014, c. 2.2.1, non reproduit dans l'ATF 141 III 229 ss.

**9**

In fine, ajouter aux arrêts cités : ATF 29.10.2013, 4A\_93/2013, c. 3, ASA 2014 p. 351 ; ATF 4.2.2014, 4A\_460/2013, c. 2.2, ASA 2014 p. 356.

**10**

13<sup>e</sup> ligne : L'ATF 1.3.2011, 4A\_514/2010, c. 4, est publié *in* ASA 2012 p. 355.

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, ASA 2012 p. 369 ; 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, ASA 2014 p. 575).

**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 la portée subjective de la clause arbitrale (signée en l'espèce par un représentant) devait être examinée (ATF 9.12.2011, 4A\_631/2011, c. 3.1, ASA 2012 p. 383). Ensuite biffer la phrase qui suit.

**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**

Sans vouer aucune attention à de tels cas posant manifestement un problème sérieux, le Tribunal fédéral vient de conclure « 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, ASA 2012 p. 369). Force est de constater que cela ne peut clore le débat.

**13a**

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 acceptée 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.

**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.

**Art. 193****2**

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, ASA 2014 p. 319).

**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., 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.

**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 : L'ATF 14.2.2011, 4A\_508/2010, c. 3.2, est publié in ASA 2012 p. 108 ; puis 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, ASA 2016 p. 482.

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, ASA 2013 p. 404 ; 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)*

**11a**

Totuefois, 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).

**12**

7<sup>e</sup> ligne : L'ATF 14.2.2011, 4A\_508/2010, c. 3, est publié in ASA 2012 p. 108.

**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.

**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, ASA 2015 p. 576, qui renvoie ainsi à la jurisprudence relative au champ d'application du chapitre 12, cf. art. 176 n° 9).

**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 désistement 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, ASA 2015 p. 576).

**22a**

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, ASA 2015 p. 576, 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, ASA 2012 p. 108, 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, ASA 2014 p. 326 ; ATF 26.2.2015, 4A\_374/2014, c. 4.2.2, ASA 2015 p. 576.

In fine : L'ATF 4.10.2010, 4A\_124/2010, c. 6.3.3.1, est publié in ASA 2012 p. 76, puis 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, ASA 2014 p. 326.

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, ASA 2015 p. 576.

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**

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, ASA 2016 p. 1015).

**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, ASA 2015 p. 576).

**29**

3<sup>e</sup> ligne : L'ATF 14.2.2011, 4A\_508/2010, c. 3.2, est publié in ASA 2012 p. 108.

**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**

13<sup>e</sup> ligne, ajouter après l'art. VI : cf. ATF 25.9.2014, 5A\_165/2014, c. 7, ASA 2015 p. 393.

**39**

2<sup>e</sup> ligne : L'ATF 28.7.2010, 4A\_233/2010, c. 3.2.1, est également publié *in* ASA 2012 p. 97.

**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, ASA 2015 p. 576.

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, ASA 2018 p. 697).

**44**

In fine, ajouter : Le comportement délictuel 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, ASA 2015 p. 393).

**46**

4<sup>e</sup> ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 26.7.2013, 5A\_68/2013, c. 4.2.2, ASA 2014 p. 326.

**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.

**54**

In fine : L'ATF 4.10.2010, 4A\_124/2010, c. 6.3.3, est publié *in* ASA 2012 p. 76.

**55**

11<sup>e</sup> ligne, insérer : et Ryanair (8.7.2015, Clunet 2016 p. 568).

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).

## **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 ; 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 CANYAS, 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 ; 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 DIÉDHIU, 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 ; TALIA EINHORN, The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on International Commercial Arbitral Awards, YPIL 12 (2010) p. 43-65 ; ALDO FRIGNANI, The application of the New York Convention by Italian courts, Riv.arb. 24 (2014) p. 303-328 ; 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 ; 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 ; ANTON G. MAURER, The Public Policy Exception under the New York Convention, Huntington, NY 2012 ; HANNO MERKT, Zur sogenannten Präklusionsrechtsprechung des BGH bei der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche, *in* Festschrift für Rolf Stürmer, 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 ; 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, 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 ; 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 ; CLARISU VON WUNSCHHEIM, Enforcement of Commercial Arbitral Awards in China, Eagan, MN 2011.