

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 ^{re} éd. 2011	Mise à jour Andreas Bucher 28.6.2014
--	---

Chapitre 12 Arbitrage international

Art. 176-194

Législation

Compte tenu du peu d'intérêt actuellement porté aux travaux de réforme du chapitre 12 de la LDIP, cette rubrique est placée à la fin de cette mise à jour.

5

11^e 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^e 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).

14

2^e 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^e 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

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 la proposition de la Commission du 21.6.2012 d'un Règlement sur la gestion de la responsabilité financière de tels différends dans les rapports entre l'UE et les Etats membres (COM[2012]335). 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). Les premiers éléments de la nouvelle politique d'investissement de l'UE sont résumés dans une « fiche d'information » (« fact sheet ») de novembre 2013. Ils seront concrétisés dans l'Accord de libre-échange entre l'UE et le Canada qui se trouve en phase de finalisation. Les mêmes principes sont à 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). Le moment semble venu pour la Suisse de s'y intéresser.

Bibliographie

LDIP :

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 ; 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 ; 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 ; DANIEL GIRSBERGER/NATHALIE VOSER, International Arbitration in Switzerland, 2^e éd. Zurich 2012 ; IDEM (éd.), International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, 2^e 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 ; 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; 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; PAOLO MICHELE PATOCCHI/XAVIER FAVRE-BULLE, Case Notes on International Arbitration, RSDIE 23 (2013) p. 305-334, 541-560 (chronique régulière); STEFANIE PFISTERER/ANTON K. SCHNYDER, International Arbitration in Switzerland, Zurich 2012; MARCO STACHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts in Schiedssachen (2011 und 2012), AJP 22 (2013) p. 102-121; PIERRE-YVES TSCHANZ/ISABELLE FELLRATH, Chronique de jurisprudence étrangère, Suisse, Rev.arb. 2013 p. 1047-1069 (chronique régulière); 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^e éd. Zurich 2013.

Pour un répertoire des décisions du Tribunal fédéral : www.swissarbitrationdecisions.com

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^e éd. Zurich 2013; THOMAS SUTTER-SOMM *et al.* (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^e éd. Zurich 2013; 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 : GARY B. BORN, International Arbitration, Cases and Materials, Alphen aan den Rijn 2011; IDEM, International Arbitration : Law and Practice, Alphen aan den Rijn 2012; NICOLE CONRAD *et al.* (éd.), International Commercial Arbitration, Standard Clauses and Forms, Bâle 2013; 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^e éd. Alphen aan den Rijn 2011; FRANCARBI (éd.), Répertoire pratique de l'Arbitrage Commercial International, Bruxelles 2011; MARGARET L. MOSES, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 2^e 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; ROLF A. SCHÜTZE (éd.), Institutional Arbitration, Article-by-Article Commentary, Baden-Baden 2013; WILLIAM W. PARK, Arbitration of International Business Disputes, 2^e éd. Oxford 2012.

France : LAURE BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, Les principes fondamentaux de l'Arbitrage, Bruxelles 2012; SYLVAIN BOLLÉE, Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, Rev.crit. 100 (2011) p. 553-579; GIOVANNI BONATO, L'ultima riforma francese dell'arbitrato, Rivista dell'arbitrato 22 (2012) p. 490-528; GUIDO CARDUCCI, The Arbitration Reform in France : Domestic and International Arbitration Law, Arb.Int. 28 (2012) p. 125-157; BEATRICE CASTELLANE, The New French Law on International Arbitration, JIA 28 (2011) p. 371-380; THOMAS CLAY (éd.), Le nouveau droit français de l'arbitrage, Paris 2011; IDEM, « Liberté, Egalité, Efficacité » : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage, Clunet 139 (2012) p. 443-532, 815-858; 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^e éd. Bruxelles 2006/2012; DIRK DE MEULEMEESKER/MAUD PIERS, The New Belgian Arbitration Law, ASA 31 (2013) p. 596-602.

Autriche : 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^e éd. Londres 2007.

Etats-Unis d'Amérique : MARTIN F. GUSY *et al.*, A Guide to the ICDR International Arbitration Rules, Oxford 2011; 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^e 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) :

SANGE ADDISON-AGYEI, Nationality Planning und Treaty Shopping im Internationalen Investitionsrecht, Frankfurt a.M. 2012 ; GIULIA D'AGNONE, L'interpretazione delle clause sui waiting periods nella giurisprudenza dei tribunali ICSID: obliqui 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 ; 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 ; MARINO BALDI, More Modesty and Honesty in International Investment Law!, AJP 22 (2013) p. 728-732 ; 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/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 ; 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.ALR 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, JWJ 14 (2013) p. 286-319 ; 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 DIAJIC/PETAR DJUNDIC, 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^e 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 ; PATRICK DUMBERY, 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 ; PATRICK DUMBERY/GABRIELLE DUMAS-AUBIN, When and How Allegations of Human Rights Violations can be Raised in Investor-State Arbitration, JWJ 13 (2012) p. 349-372 ; PIERRE-EMMANUEL DUPONT, The Notion of ICSID Investment: Ongoing « Confusion » or « Emerging Synthesis »?, JWJ 12 (2011) p. 245-272 ; PIERRE-MARIE DUPUY *et al.* (éd.), Human Rights in International Investment Law and Arbitration, Oxford 2009 ; 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 2012 p. 893-947 (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 ; SIMON GABRIEL, Investment Planning via Switzerland, ASA 31 (2013) p. 11-26 ; ELVIRA R. GADELSHINA, Hermeneutic Reflections on the Specific Purpose of Umbrella Clauses, JWJ 14 (2013) p. 804-828 ; JOHN P. GAFFNEY, « Abus of Process » in International Treaty Arbitration, JWJ 11 (2010) p. 515-538 ; TARCISIO GAZZINI/ATTILA TANZI, Handle with care: Umbrella clauses and MFN treatment in investment arbitration, JWJ 14 (2013) p. 978-994 ; 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 ; 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*, Oxford 2013 ; 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 ; 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.AL.R* 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 ; 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 ; SÉVERINE MENÉTRY, *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 ; SUZY NIKIÈMA, *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 POTESTÀ, *The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws*, *Arb.Int.* 27 (2011) p. 149-169 ; 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 ; 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 ; 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 ; 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 ; 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 ; ANDREA SCHERNBECK, *Der Fair und 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 ; 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^e 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*, JWJ 14 (2013) p. 775-803 ; 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 ; 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 ; J. ROMESH WEERAMANTRY, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford 2012 ; 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 ; 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 ; 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 ; JOHN GAFFNEY/CEDRIC SOULE, *Case Comment - Slovak Republic v. Eureko B.V.*, OLG Frankfurt (10 May 2012), Cahiers 2012 p. 769-781 ; THOMAS HENQUET, *International investment and the European Union : an uneasy relationship*, in *Investment Law within International Law*, Cambridge 2013, p. 375-386 ; 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 ; RAFAEL LEAL-ARCAS, *The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon*, JWJ 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 ; PIERRE MAYER (éd.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, Colloque 2011, Paris 2012 ; 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?*, JWJ 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 :

DAVID D. CARON/LEE M. CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules, A Commentary*, 2^e éd. Oxford 2013 ; CLYDE CROFT *et al.*, *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*, Cambridge 2013 ; 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.

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 140 (2013) p. 203-271 (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 ; 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.

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 ; 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 ; VALENTINE GÉTAZ KUNZ, Cassius Belly et clauses compromissaires pathologiques, in Panorama en droit du travail, Berne 2009, p. 887-908 ; 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 ; 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 ; 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 ; ERIC LOQUIN, Tribunal arbitral du sport, Chronique des sentences arbitrales, Clunet 140 (2013) p. 273-331 (chronique annuelle) ; MATHIEU MAISONNEUVE, L'arbitrage des litiges sportifs, Paris 2011 ; MATHIEU MAISONNEUVE *et al.*, Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive, Rev. arb. 2013 p. 789-808 (chronique régulière) ; STEPHAN NETZLE, Die Beschwerde gegen Schiedssprüche des CAS, SpuRt, Zeitschrift für Sport und Recht 18 (2011) p. 2-7 ; HENRY PETER *et al.* (éd.), The 33rd America's Cup Judicial and Arbitral Decisions, Alphen aan den Rijn 2012 ; CHARLES PONCET, The Independance of the Court of Arbitration for Sport, EUJA 1 (2012) p. 31-56 ; DANIEL RIETIKER, Introduire une requête en matière de sport à la Cour européenne des droits de l'homme, obstacles et perspectives, 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) ; 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

3

In fine : l'ATF 16.5.2011, 4A_46/2011, c. 3.4, est publié in ASA 2011 p. 643.

4

10^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 5.7.2011, 4A_254/2011, c. 4, ASA 2012 p. 127, pour un cas interne.

20^e ligne : l'ATF 17.11.2008, 4A_438/2008, c. 3.2, est publié in ASA 2011 p. 379.

10

5^e 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.

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 indécidée 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).

15

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

16

In fine, ajouter : comme on accepte la situation inverse d'un tribunal étranger procédant à la nomination d'un arbitre dans de telles conditions, avant que le siège de l'arbitrage ne soit fixé en Suisse (cf. ATF 10.1.2013, 4A_146/2012, c. 3.3, 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).

27

In fine, ajouter : 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 ? 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). 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^e ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 19.11.2013, 4A_254/2013, c. 1.2.

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 : 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, 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.

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 28.5.2014, 4A_35/2014, c. 2.

Bibliographie

LDIP :

CHRISTOPHE IMHOOS, La médiation commerciale en lien avec l'arbitrage, in La médiation dans l'ordre juridique suisse, Bâle 2011, p. 113-148.

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 ; 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.

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 ; 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 ; PHILIPP LANDOLT, The Application of EU Competition Law in International Arbitration in Switzerland, *in* EU and US Antitrust Arbitration, vol. 1, p. 545-565..

Droit international privé étranger et comparé :

CHRISTIAN AUFDERMAUER, Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz in Deutschland, Frankfurt a.M. 2013 ; MASSIMO V. BENEDETTELLI, Cross-Border Insolvency and International Arbitration in the EU: a Playing Field for Regulated Forum Shopping?, Cahiers 2012 p. 783-820 ; GORDON BLANKE/PHILIPP LANDOLT (éd.), EU and US Antitrust Arbitration, 2 vol., Alphen aan den Rijn 2011 ; TREVOR COOK/ALEJANDRO I GARCIA, International intellectual Property Arbitration, Alphen aan den Rijn 2010 ; 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 ; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, Arbitration and Competition Law : The Position of the Courts and of Arbitrators, Arb.Int. 27 (2011) p. 1-25 ; 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 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^e ligne : l'ATF 27.10.2005, 4P.174/2005, c. 1, est publié *in* ASA 2011 p. 350.

98

6^e ligne : l'ATF 17.11.2008, 4A_438/2008, c. 3, est publié *in* ASA 2011 p. 379.

110

5^e 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 :*

BERNHARD BERGER, Konkurrierende, optionale und asymmetrische Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, Jusletter, 13.5.2013 ; 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 ; MICHAEL GÜNTNER, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz, Zurich 2011 ; 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 ; CHRISTOPH HURNI, Parteifähigkeit in Schiedsverfahren nach dem 12. Kapitel IPRG, ZBJV 148 (2012) p. 992-994 ; 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 ; 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 ; DENIS PIOTET, La clause arbitrale fondée sur l'acte à cause de mort et la nouvelle procédure civile, *Successio* 5 (2011) p. 164-169 ; 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 ; 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, Ascertaining 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. BERMAN, Les questions liminaires en arbitrage commercial international, *Travaux* 2010-2012 p. 81-145 ; 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 ; REINHOLD GEIMER, Dritte als weitere Parteien im Schiedsverfahren, *in* Balancing of Interests, *Liber Amicorum Peter Hay*, Frankfurt a.M. 2005, p. 163-180 ; 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 ; 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 ; 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 ; 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 7.4.2014, 4A_450/2013 (*La portée subjective de la convention d'arbitrage, respectivement la question de la compétence razione 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 razione materiae est déterminé par la loi désignée par l'art. 178 al. 2 - c. 3.1 ; principes d'interprétation - c. 3.2 ; portée de la clause arbitrale figurant dans un contrat de licence, dont elle régit également les droits résultant de sa terminaison - c. 3.3*)

ATF 2.10.2013, 4A_305/2013, c. 3.2.1 (*définition de la convention d'arbitrage, dont la renonciation peut avoir lieu en tout temps et sans exigence de forme*), c. 3.2.2 (*interprétation d'une clause arbitrale en suivant la volonté concordante et de fait des parties*)

ATF 30.9.2013, 4A_232/2013, c. 3.3.2 (*droit grec inapplicable à la validité au fond de la convention d'arbitrage, la question litigieuse, découlant d'un contrat de distribution, étant régie par le droit anglais choisi par les parties*)

ATF 20.6.2013, 4A_682/2012, c. 4.4.1, *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 »).*

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

NB :

Landesgericht Munich I, 26.2.2014 (*Jugement qui déclare sans effet la clause arbitrale conclue par Claudia Pechstein avec sa fédération. Curieusement, statuant au fond, le tribunal s'est considéré lié par la sentence rendue par le TAS au fond, déboutant l'athlète de toutes ses conclusions. On s'attend à un appel devant l'Oberlandesgericht Munich.*)

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.

Droit international privé étranger et comparé

Jurisprudence récente

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*)

Bibliographie

LDIP :

JEAN MARQUERAT, Indépendance et impartialité de l'arbitre: le devoir de révéler de l'arbitre éclipsé, Jusletter, 15.4.2013 ; 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.

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 ; 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 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, et ATF 139 III 433 ss, 436-440, visant un juge suppléant dont le cabinet représente une partie*)

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.*)

Décision rendue par Peter Tomka, Président de la Cour internationale de justice, 30.9.2013, CC/Devas and others v. India (*récusation d'un arbitre dans un arbitrage Uncitral, motif pris de ses prises de position dans des arbitrages antérieurs et dans un article scientifique sur un argument important que la défenderesse soulèvera dans la procédure arbitrale en cours*)

Cette décision, rapportée par IAREporter (21.3.2014), ne manquera pas d'animer des débats, portant à la fois sur son contenu et les développements qu'elle pourra entraîner dans la pratique de l'arbitrage international. La défenderesse a fondé sa demande de récusation de l'arbitre Francesco Orrego Vicuna sur la position adoptée par celui-ci dans trois arbitrages du CIRDI et dans un article scientifique sur la portée de la clause de « essential security » dans l'art. 11 du BIT USA-Argentine, qu'il conviendrait de lire, selon lui, dans le sens étroit de « état de nécessité » d'après le droit international coutumier. Le Président Tomka, autorité compétente pour statuer sur la récusation, observait que l'arbitre n'avait pas simplement exprimé un point de vue sur l'argument dont il été rendu crédible qu'il allait être soulevé par la défenderesse, mais qu'il l'a fait de façon ferme et constante, même à la suite de l'annulation des sentences auxquelles il avait participé. Jugeant sous l'angle du standard de « objective reasonableness of the challenging party's concern », le Juge Tomka accepte le point de vue de la défenderesse en ce sens qu'un observateur raisonnable ne pourrait croire qu'elle puisse avoir une chance de convaincre le prof. Orrego Vicuna de changer d'opinion.

Ce cas de récusation ouvre une porte vers des récusations fondées, non sur les liens de l'arbitre avec une partie, mais sur les opinions exprimées dans des décisions antérieures et dans des publications. Au-delà de ce champ, on voit se pointer des demandes pressantes des parties de révéler des prises de position exprimées par les arbitres dans des décisions jusqu'alors inaccessibles, afin de permettre aux parties de prendre toute la mesure du champ d'argument dont il sera difficile de convaincre un arbitre de changer d'avis. Et en arrière-fond, on sentira le mouvement vers davantage de transparence dans l'arbitrage international. Cela ne risque-t-il pas de faire implorer le système ?

Art. 181

Art. 182

5

In fine : L'ATF 4.10.2010, 4A_124/2010, c. 6.1 et 6.2, est publié in ASA 2012 p. 76.

11

11^e 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.

15^e 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).

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).

14

5^e 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.

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).

33

10^e 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.

34

5^e 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.

8^e 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).

14^e ligne, ajouter aux ATF mentionnés : ATF cité du 23.4.2013, c. 3.1.2.

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).

40

23^e 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.

23^e-25^e 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^e 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, au regard du dernier ATF du 20.2.2013, il devient difficile de savoir 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

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).

43

5^e ligne, 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.

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^e 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.

21^e 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).

49

12^e 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^e ligne, 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).

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 à 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 que de l'art. 187).

51

9^e ligne, ajouter à l'ATF du 18.11.2004 : ATF 31.1.2012, 4A_360/2011, c. 4, ASA 2012 p. 634.

12^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 14.12.2012, 4A_198/2012, c. 3.2.1, RSPC 2013 p. 160.

22^e 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 (ATF 20.7.2011, 4A_162/2011, c. 2.3, ASA 2012 p. 177).

In fine, ajouter : Dans les limites de sa pertinence, le principe d'égalité couvre uniquement la phase d'instruction, à l'exclusion de la délibération du tribunal arbitral (ATF 18.6.2012, 4A_488/2011, c. 4.4.1, ASA 2013 p. 112).

Bibliographie

LDIP :

BERNHARD BERGER, Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations, ASA 31 (2013) p. 244-261 ; SIMON GABRIEL, Dealing With « Challenged Documents », ASA 29 (2011) p. 823-837 ; 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 GÜNTNER, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz, Zurich 2011 ; RETO M. JENNY, Jura Novit Arbitrator - A Swiss Perspective, *in* Selected Papers on International Arbitration, vol. 2, Berne 2012, p. 71-103 ; FRANZ KELLERHALS/STEFANIE PFISTERER, Wer bestimmt das Honorar der Schiedsrichter ?, *in* Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis, Munich 2012, p. 449-467 ; FRANÇOIS KNOEPFLER, La règle de l'estoppel est-elle utile à l'arbitrage international en Suisse ?, *in* Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, Bâle 2011, p. 621-632 ; THOMAS ROHNER/MICHAEL LAZOPOULOS, Respondent's Refusal to Pay its Share of the Advance on Costs, ASA 29 (2011) p. 549-573 ; 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 ; 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.

Droit international privé étranger et comparé :

CHRISTIAN AUFDERMAUER, Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz in Deutschland, Frankfurt a.M. 2013 ; DÖRTE DOELZIG, Parteiinsolvenz in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, ZZPInt 14 (2009) p. 393-441 ; BERND EHLE, Emergency Arbitration in Practice, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2013, Zurich 2013, p. 87-109 ; PHILIPP FÖLSING, US-Richter als Helfer in internationalen Schiedsverfahren, RIW 59 (2013) p. 340-344 ; 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 ; 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 ; 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^e siècle, Liber Amicorum Christian Dominicé, Leiden 2012, p. 269-278 ; 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 ; 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 ; 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 ; ANDREAS REINER, Schiedsrichterhaftung im österreichischen Recht, *in* Festschrift für Helmut Koziol, Vienne 2010, p. 1273-1291 ; 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 ; 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 ; PHILIPP WAGNER, When two worlds collide – the dilemma between insolvency and arbitration, *YIA II* (2011) p. 119-129 ; JEFFREY WAICYMER, Procedure and Evidence in International Arbitration, Alphen aan den Rijn 2012 ; 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^e 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 ! 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 :

ULRICH HAAS, Das Verhältnis von schiedsgerichtlichem und staatlichem vorläufigen Rechtsschutz, ZZPInt 17 (2012) p. 347-370 ; 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 ; 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 ; 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

Art. 184

2

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

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

Bibliographie

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.

Art. 186

58

5/6^e lignes : l’ATF 7.2.2011, 4A_482/2010, c. 4.3.1, est publié *in* ASA 2011 p. 721.

Bibliographie

LDIP :

CHARLES PONCET, La perception suisse de la Kompetenz-Kompetenz, Cahiers 2013 p. 27-35.

Droit international privé étranger et comparé :

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 ; BORIS KASOLOWSKY, Dallah v. Pakistan, Umfang und Grenzen der Kompetenz-Kompetenz von Schiedsgerichten, IPRax 32 (2012) p. 179-183 ; RICHARD KREINDLER, Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements, RCADI 361 (2012) p. 131-482 ; PIERRE MAYER, Conflicting Decisions in International Commercial Arbitration, YPIL 14 (2012/13) p. 37-50 ; GRETTE L. WALTERS, Fitting a Square Peg into a Round Hole : Do Res Judicata Challenges in International Arbitration Constitute Jurisdictional or Admissibility Problems, JIA 29 (2012) p. 651-680.

Jurisprudence récente

ATF 27.5.2014, 4A_508/2013, c. 3.4 (L’art. 186 al. 1^{bis} 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 *ratione 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^{bis} 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).

30

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

45

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

55

10^e ligne, insérer : Dans un arrêt récent, 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).

56

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

57

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

Bibliographie

LDIP :

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 : 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 ; 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 ; 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 ; 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

<p>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 Jacquet, 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.</p> <p><i>Contrats d'Etat</i> : MATHIAS AUDIT (éd.), Contrats publics et arbitrage international, Bruxelles 2011.</p> <p><i>Aspects particuliers</i> : CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, Set-Off Defences in International Commercial Arbitration, A Comparative Analysis, Oxford 2011 ; 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.</p> <p><i>Arbitrage en équité</i> : 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.</p>	Art. 188
<p style="text-align: right;">Art. 189</p> <p>4 8^e ligne, ajouter à l'arrêt Provenda SA : ATF 14.12.2012, 4A_198/2012, c. 2.2, RSPC 2013 p. 160.</p> <p>6 3^e ligne : l'ATF 18.3.2010, 4A_584/2009, c. 3.3, est publié in ASA 2011 p. 426.</p> <p>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 <i>a posteriori</i> des sentences qui n'a pas été envisagé par le législateur.</p> <p>Bibliographie <i>LDIP</i> : CHRISTIAN KUNZ, Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration Proceedings in Switzerland, in Selected Papers on International Arbitration, vol. 3, Berne 2013, p. 1-39. <i>Droit international privé étranger et comparé</i> : 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.</p>	Art. 190
<p>3 5^e ligne : l'ATF 12.1.2011, 4A_392/2010, c. 2.3.1, est publié in ASA 2012 p. 397. 22^e ligne, préciser que l'ATF 11.4.2011, 4A_604/2010, c. 1.3, est publié in ASA 2013 p. 89 ; puis ajouter aux ATF cités : 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.</p> <p>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. 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 (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). 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).</p> <p>11 In fine, ajouter à l'ATF cité : sur la notion de décision nulle en général, cf. ATF 138 II 501 ss, 503. Puis</p>	

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).

14

10/11^e lignes : l'ATF 18.3.2010, 4A_584/2009, c. 2.2, est publié *in* ASA 2011 p. 426.

20

12^e ligne : l'ATF 17.11.2008, 4A_438/2008, c. 2.3, est publié *in* ASA 2011 p. 379.

17/18^e lignes : l'ATF 3.1.2011, 4A_386/2010, c. 5.2, Belmonte, est publié *in* ASA 2011 p. 688.

25^e ligne, insérer : Le Tribunal fédéral a noté la question, mais n'a pas eu besoin de la trancher (ATF 11.12.2012, 4A_414/2012, c. 3.2, ASA 2013 p. 344).

20a

Une irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral ne doit pas toujours résulter d'une sentence ou d'une décision incidente. Elle peut être le fait de l'*institution* ayant procédé à la constitution du tribunal, telle que la Cour d'arbitrage de la CCI ou la Chambre arbitrale du TAS. Une telle décision ne s'apparente pas à une ordonnance de procédure, car elle statue définitivement sur la composition du tribunal arbitral. Sans trancher la question, le Tribunal fédéral a estimé que cette décision aurait pu ou même dû lui être déférée (ATF 13.11.2013, 4A_282/2013, c. 5.3.2, non reproduit dans l'ATF 139 III 511 ss). Il n'est pas certain que cette position sera confirmée. Le Tribunal fédéral a déjà noté qu'il y aurait quelque incohérence si l'on ne revient 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.

21

3^e 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^e ligne : l'ATF 17.11.2008, 4A_438/2008, c. 2.3, est publié *in* ASA 2011 p. 379.

25

6^e ligne, 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^{bis}, le Tribunal fédéral a admis récemment 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^{bis} 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 ce nouvel arrêt ne correspond à l'hypothèse querellée en l'espèce. L'ATF 130 III 600 prononce qu'une décision de sursis ne peut faire l'objet d'un recours, sauf dans l'hypothèse où le tribunal arbitral a également statué, implicitement, sur sa compétence. L'ATF 29.10.2008, 4A_210/2008, c. 2.1, 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^{bis} 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^{bis} 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^{bis} » et relatif à la suspension était irrecevable du fait de l'échec du recours dirigé contre la compétence du TAS (c. 4).

29

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 constitution implicite de la compétence du tribunal arbitral (ATF cité du 15.4.2013, c. 3.6).

32

19^e 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 ; cf., également en ce sens, BGH 28.3.2012, SchiedsVZ 2012 p. 154.

36

11^e ligne, insérer : Dans son arrêt confirmatif, le Tribunal fédéral met l'accent sur l'absence d'une disposition autorisant le tribunal arbitral de 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^e 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^{er} 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.

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.

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 sera alors 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). En attendant, les tribunaux civils, dont le Tribunal fédéral, vont fixer leur frais et dépens comme ils l'entendent, sans que l'on vienne les importuner par des remarques sur une violation imaginée de droits constitutionnels et de l'homme.

41

4/5^e lignes : 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.

10^e 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, RSPC 2013 p. 160.

42

4^e ligne, ajouter aux ATF mentionnés les ATF cités du 4.1.2012 et du 14.12.2012.

8^e ligne : il faut lire « art. 182 al. 3 ».

76

In fine, ajouter à l'ATF cité : ATF 2.5.2012, 4A_14/2012, c. 3.2.2.

78

7^e ligne : L'ATF 9.11.2010, 4A_428/2010, c. 3.1, est publié in ASA 2011 p. 931.

In fine, ajouter : 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

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

7^e ligne, insérer : Ce grief ne peut servir à critiquer la sentence qui avait tranché une question sans le faire sous tous les angles juridiques possibles (ATF 27.2.2014, 4A_511/2013, c. 2.2.2, arbitrage CPC).

81

3^e ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 7.3.2012, 4A_652/2012, c. 3.2 ; ATF 16.10.2012, 4A_314/2012, c. 5.

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).

On a pu observer que 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 stéréotype », 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). 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.

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).

87

12^e ligne : l'ATF 26.5.2010, 4A_433/2009, c. 2.4, est publié in ASA 2011 p. 673.

15^e 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^e 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.

Il n'empêche que le cap ne semble pas toujours facile à tenir. Dans l'ATF 29.4.2013, 4A_730/2012, c. 3.3.2, ASA 2014 p. 68, le Tribunal fédéral a bien constaté que le recourant avait raison de soulever le grief d'une violation par le tribunal arbitral de son droit d'être entendu, mais il s'en est alors remis entièrement aux explications de l'intimé pour juger que l'argument subsidiaire que le tribunal arbitral avait ignoré n'était pas pertinent pour résoudre le cas concret. Or, le tribunal arbitral n'en avait pas traité, ni donné au recourant l'occasion de s'exprimer sur la position qui ne fut présentée par l'intimé que devant le Tribunal fédéral, aussi convaincante soit-elle.

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^e 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.

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^e ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 20.7.2011, 4A_162/2011, c. 2.1, ASA 2012 p. 177.

95

8^e 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.

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 ?

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

96

Il semble bien que le Tribunal fédéral s'achemine à atteindre encore un autre pallier : au recourant qui faisait grief au tribunal arbitral d'avoir statué infra petita, il fut répondu que non seulement la sentence disait que « all other claims are dismissed », mais également qu'en invoquant les motifs de la sentence pour démontrer l'oubli du tribunal, le recourant méconnaissait l'absence d'une obligation de motiver la sentence, raison pour laquelle la motivation ne peut servir à faire cette démonstration (« è irrelevante che dalla motivazione del lodo non risulti la trattazione della domanda che ritiene essere stata ignorata », ATF 10.12.2012, 4A_635/2012, c. 4.2 ; cf. n° 81). Si cette réflexion était à prendre au sérieux et rendue d'application générale, cela voudrait dire qu'aucun motif de recours selon l'art. 190 al. 2 ne pourrait trouver de fondement dans les motifs de la sentence, étant donné que le tribunal arbitral n'avait aucune obligation de les fournir. Belle perspective !

97

In fine, citer comme illustration: ATF 14.12.2012, 4A_198/2012, c. 2.2 et 3.1, RSPC 2013 p. 160.

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). Et un autre arrêt récent 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).

98

9^e 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^e ligne, ajouter avant les ATF cités en allemand : ATF cités du 18.6.2012, c. 5.1, et du 9.10.2012, c. 3.1.2, et

préciser que l'ATF 29.1.2010, 4A_550/2009, c. 5.1, est publié in ASA 2012 p. 808.

103

10^e 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).

16^e 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.

18^e 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).

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) ; ces motifs devraient cependant être traités sous l'angle du droit d'être entendu même si le recourant invoque l'ordre public.

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.

104

11^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 27.5.2014, 4A_508/2014, c. 3 et 4.

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

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).

106

3^e ligne, insérer : avec l'exception notable de l'ATF 138 III 322 ss, Matuzalem.

108

19^e ligne : l'ATF 3.1.2011, 4A_386/2010, c. 8.3.1, Belmonte, est publié in ASA 2011 p. 688.

112

5^e ligne : l'ATF 16.12.2009, 4A_240/2009, c. 2, est publié in ASA 2011 p. 457.

6^e ligne : l'ATF 9.11.2010, 4A_428/2010, c. 2, est publié in ASA 2011 p. 931.

12^e ligne, ajouter à l'ATF 128 III 234 ss : ATF 29.4.2013, 4A_730/2012, c. 3.3.2, ASA 2014 p. 68.

118

In fine, ajouter, confirmant l'ATF 132 III 395: ATF 138 III 322 ss, 327, Matuzalem.

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^e ligne : l'ATF 24.11.2009, 4A_284/2009, c. 3, est publié in RSDIE 2011 p. 356.

10^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 12.7.2012, 4A_150/2012, c. 5.1, ASA 2013 p. 138.

123

4^e ligne, après l'ATF 120 III 167 : ATF 138 III 327.

5/6^e lignes : l'ATF 16.12.2009, 4A_240/2009, c. 4.1, est publié in ASA 2011 p. 457.

129

3^e ligne, après l'ATF 132 III 392 : ATF 138 III 322 ss, 327, Matuzalem.

131

In fine, ajouter : ATF 17.1.2013, 4A_538/2012, c. 6.

134

12^e ligne : l'ATF 3.1.2011, 4A_386/2010, c. 9.3.1, Belmonte, est publié in ASA 2011 p. 688.

136

5^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 23.5.2012, 4A_654/2011, c. 4.2, ASA 2013 p. 635.

137

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). Les facteurs d'appréciation à prendre en considération sont ainsi intrinsèques à cette règle fondamentale du droit suisse, mais ils ne s'érigent pas comme un critère de scission entre cette règle et l'ordre public matériel au sens de l'art. 190 al. 2 lit. e. 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).

On comprend l'hésitation du Tribunal fédéral à dégager de l'ordre public un encadrement juridique plus consistant 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 l'arrêt du 18.6.2012 le remarque, la jurisprudence a déjà tenu compte des particularités de l'arbitrage sportif par rapport à différentes questions spécifiques de procédure (c. 6.2). 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 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. Donc, ce ne sont pas les germes qui manquent pour donner au domaine des sanctions disciplinaires un cadre juridique plus cohérent.

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^e ligne, 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).

142

5^e 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.).

147

12^e ligne : l'ATF 15.3.2011, 4A_481/2010, c. 3.1, est publié *in* ASA 2012 p. 393.

13^e 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.

18^e 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).

148

In fine, ajouter aux ATF cités : ATF 11.10.2012, 4A_76/2012, c. 4.2, ASA 2013 p. 128.

149

6^e ligne : l'ATF 26.5.2010, 4A_433/2009, c. 3.2, est publié *in* ASA 2011 p. 673.

151

11^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 1.10.2012, 4A_312/2012, c. 6.2, ASA 2013 p. 863.

152

8^e 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.

16^e 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).

157

In fine, ajouter : Quant au droit comparé, cf., entre autres, Hachem, *Festschrift Schwenzer*, p. 647-667. Récemment, le Tribunal fédéral a porté l'incohérence au cœur du droit suisse de l'arbitrage, en constatant que le tribunal arbitral avait considéré à juste titre qu'en l'espèce, une partie ne pouvait pas se soustraire à son devoir de désigner un arbitre, ce devoir étant fondé « sur le principe général de l'effet obligatoire des contrats (*pacta sunt servanda*) » (ATF 10.1.2013, 4A_146/2012, c. 3.4.3 in fine, Israel, ASA 2013 p. 383) ; 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 » ?

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 ; SÉBASTIAN BESSON, Role of Arbitrators and Arbitral Institutions in Subsequent Court Proceedings, *in* *Post Award Issues*, Huntington, NY 2011, p. 93-112 ; XAVIER FAVRE-BULLE, L'effet cassatoire des décisions du Tribunal fédéral suisse et les pouvoirs (circonscrits) des arbitres de restatuer, *Cahiers* 2013 p. 417-438 ; PASCAL HACHEM, Die Konturen des Prinzips *Pacta Sunt Servanda*, *in* *Private Law, national, global, comparative*, *Festschrift für Ingeborg Schwenzer*, Berne 2011, p. 647-667 ; 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*, 3^e éd. Bâle 2011, p. 281-322 ; MARCEL ALEXANDER NIGGLI *et al.*, Bundesgerichtsgesetz, 2^e éd. Bâle 2011 [*BSK-BGG*] ; CHARLES PONCET, When is a "Swiss" "award" appealable?, *Cahiers* 2012 p. 135-155 ; 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 ; PIERRE TERCIER (éd.), *Post Award Issues*, *ASA Special Series*, n° 38, Huntington, NY 2011 ; 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 ; 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 ; 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 Schiedspruchs 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 140 III 75 ss, 83-85 (*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 ?

ATF 13.11.2013, 4A_282/2013 – ATF 139 III 511 ss, uniquement c. 4 (*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 (*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 (*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 (*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.

Trois affaires sont actuellement pendantes devant la Cour : Mutu, n° 40575/10 ; Pechstein, n°

5

4^e ligne, remplacer les mots « aucun recours » par « un seul recours ».

In fine, ajouter : ATF 138 III 322 ss, Matuzalem.

6

6^e ligne, ajouter : cf., pour le cas du pli recommandé conservé à l'office postal, ATF 6.1.2014, 4A_476/2013, c. 2, ASA 2014 p. 54.

7

7^e ligne : l'ATF 25.3.2011, 5A_59/2011, c. 4, est publié *in Sem.jud.* 2011 I p. 349.

9^e ligne, ajouter à l'ATF du 7.10.2008 : ATF 21.10.2013, 4A_468/2013, c. 3, ASA 2014 p. 323.

11^e ligne : l'ATF 12.1.2011, 4A_392/2010, c. 2.3, est publié *in ASA* 2012 p. 397.

11

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^e ligne, ajouter au mot « irrecevable » : ou sans objet.

3^e 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 ; 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.

A la lumière de l'ATF du 10.1.2013, on peut se demander si le Tribunal fédéral, constatant que le devoir d'anonymisation s'impose, « en principe », en vertu de l'art. 27 al. 2 LTF, n'a pas voulu faire apparaître l'absurdité de la solution, en fournissant une série de référence à des publications françaises et suisses qui permettent aisément de prendre connaissance du nom des parties d'une cause dite célèbre, alors que leur mention n'est d'aucun intérêt pour la 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^e ligne : l'ATF 22.3.2010, 4A_566/2009, est publié *in ASA* 2011 p. 433.

9^e 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).

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). En revanche, l'intérêt à échapper à une sanction plus sévère en cas de récidive est pertinent (ATF 28.2.2013, 4A_576/2012, c. 2). Des doutes sont permises lorsqu'une fédération recourt contre une sanction prononcée par le TAS par laquelle le club incriminé est seul concerné (ATF 20.6.2013, 4A_682/2012, c. 5.2, Egyptian Football Association, ASA 2014 p. 305).

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^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 26.3.2012, 5A_73/2012, c. 1.2, arbitrage interne ; ATF 9.10.2012,

4A_110/2012, c. 1, ASA 2013 p. 174 ; ATF 28.2.2013, 4A_576/2012, c. 2.

18

In fine, ajouter : Dans la pratique, il est d'usage de ne pas exiger une traduction des sentences et des décisions rédigées en anglais (ATF 7.4.2014, 4A_450/2013, c. 1 ; ATF 27.5.2014, 4A_508/2013, c. 1).

Depuis qu'il a été décidé, récemment, qu'il n'y a pas lieu d'exiger la traduction complète, comprenant la motivation, d'une sentence rédigée en anglais dans la procédure tendant à son exécution, et ce même si l'appréciation d'un motif de refus, tel l'ordre public, en dépend (ATF 138 III 520 ss, 523-527 ; cf. art. 194 n° 11), il est cohérent qu'un allègement en ce sens est consolidé également au niveau du traitement des recours contre des sentences rendues en anglais en Suisse. On peut déplorer cependant qu'une incertitude demeure. Au recourant dans l'affaire 4A_450/2013, il fut répondu que sa requête préalable à ce qu'il soit renoncé à l'exigence de traduction n'avait « plus d'objet », étant donné que la pratique en la matière a été suivie in casu. Mais comment savoir si l'on est dans la fourchette de l'usage ou non ? Il semble bien qu'il faut 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.

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 : 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 duplique ; ATF 29.4.2013, 4A_512/2011).

26

4^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 29.5.2012, 4A_232/2012.

28

8^e ligne : l'ATF 26.5.2010, 4A_433/2009, c. 2.1, est publié in ASA 2011 p. 673.

9^e 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.

15^e 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). 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).

29

10^e ligne, ajouter à la mention de l'ATF 136 III 605 ss : et pour une illustration l'ATF 16.7.2012, 4A_134/2012, partie C des faits, Olympic des Alpes SA, arbitrage interne.

21^e ligne, insérer : Par ailleurs, on ne voit pas leur rôle lorsque l'intervention du secrétaire général du TAS est autorisée dans un arbitrage interne (ATF cité du 16.7.2012).

In fine, ajouter : Pour Zen-Ruffinen, Mélanges Oswald, p. 507, cela fait partie des « anomalies à supprimer ».

30

4^e ligne, confirmant que des écritures subséquentes n'ont pas pour objet de permettre à une partie d'invoquer des moyens qu'elle a omis de présenter en temps utile : 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.

19^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 138 I 484 ss, hors arbitrage.

26^e ligne, insérer : ou il renonce à ordonner un second échange d'écritures tout en acceptant une réplique spontanée (ATF 18.10.2011, 4A_214/2011, c. 1.5, ASA 2012 p. 677).

27^e 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^e 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.).

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). Et puisque 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 vient d'observer le Tribunal fédéral se faire soumettre la triplicie du recourant et la quaduplicie de l'intimé (ATF 28.2.2013, 4A_576/2012, partie C ; ATF 3.6.2013, 4A_666/2012, partie C, RSPC 2013 p. 428 ; ATF 4.11.2013, 4A_255/2013, partie C). Dès lors que le Tribunal fédéral accepte, hors la loi, des écritures supplémentaires fournies spontanément et à bref délai, il ne dispose d'aucun fondement légal pour fixer un terme à de telles joutes de ping-pong, sauf à recourir un jour à la réserve de l'abus de droit. Ce sera le moment pour repenser la pratique ab ovo.

L'examen de la question – à fond – devrait aller au-delà les suggestions bien modestes de Reto Hausberger/Jodok Wicki (Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda, AJP 2013 p. 975-984). 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).

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 devrait alors être admis à dupliquer également. C'est la pratique adoptée récemment lors de recours contre une sentence du TAS (ATF 9.10.2012, 4A_110/2012, partie C in fine, ASA 2013 p. 174 ; ATF 29.5.2013, 4A_620/2012, partie C in fine, ASA 2014

p. 57) et reprise dans une affaire commerciale (ATF 20.2.2013, 4A_407/2012, partie C, ASA 2013 p. 659).

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 expliqué 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.

32

4^e ligne : l'ATF 26.5.2010, 4A_433/2009, c. 1.3, est publié in ASA 2011 p. 673.

35

Il sera intéressant d'observer comment la I^e Cour civile va se positionner par rapport à l'ATF 18.3.2013, 2C_349/2012, rendu par la II^e Cour de droit public qui, tout en acceptant le principe dégagé de l'art. 6 par. 1 CEDH, rejette néanmoins la conclusion tendant à la tenue d'une audience de débats devant le Tribunal fédéral pour cause de forclusion dans un cas où le recourant avait la possibilité de solliciter une telle audience devant l'instance judiciaire précédente (c. 3). Or on sait que les procédures arbitrales n'offrent pas une telle possibilité. On verra ce que le Tribunal fédéral dira au plaideur arguant « e contrario » à l'occasion d'un recours d'arbitrage.

36

In fine, ajouter aux arrêts cités : ATF 7.4.2014, 4A_450/2013, c. 1.

38

5^e ligne, ajouter : Ordonnance 9.11.2010, 4A_500/2012, ASA 2013 p. 80.

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).

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^e 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^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 20.8.2012, 4A_240/2012, c. 2.3, ASA 2013 p. 100.

In fine, ajouter aux arrêts cités : ATF 7.4.2014, 4A_450/2013, c. 2.3. 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^e ligne : l'ATF 3.1.2011, 4A_386/2010, c. 3.2, Belmonte, est publié in ASA 2011 p. 688.

46

3^e 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

16^e 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.

48

3^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 2.5.2012, 4A_14/2012, c. 4.

11^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 13.2.2012, 4A_428/2011, c. 5.2, ASA 2012 p. 431.

In fine, ajouter : 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^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 23.5.2012, 4A_654/2011, c. 3.2, ASA 2013 p. 635.

52

In fine, ajouter : ATF 31.1.2012, 4A_360/2011, c. 6.

53

3^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 8.3.2012, 4A_627/2011, c. 2.3, arbitrage interne.

10^e ligne, ajouter après l'arrêt Elektrim : ATF 7.4.2014, 4A_450/2013, c. 3.6.

54

4^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 27.6.2012, 4A_54/2012, c. 1.4.

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^{bis}, 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 pas 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.

56

5^e 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^e 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). 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^{re} 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^{er} 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, l'ATF 4.4.2014, 5A_488/2013, c. 3, hors arbitrage).

57

1^{re} ligne, ajouter : ATF cité du 2.5.2012, c. 3.1.

3^e 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.).

59

2^e 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^e 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).

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^e 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.

In fine, ajouter aux arrêts cités : ATF 10.12.2013, 4F_8/2013, c. 2.

64

6^e ligne, ajouter : ATF cité du 23.7.2012, c. 4.1 ; ATF 9.10.2013, 4A_688/2012, c. 4.3.

8^e ligne, ajouter : pour un tel cas, cf. ATF 22.8.2011, 4A_222/2011, ASA 2013 p. 83.

65

5^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 21.8.2012, 4A_750/2011, c. 2.

10^e 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^e 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^e ligne, ajouter à l'ATF du 29.8.2006 : ATF cité du 23.7.2012, c. 4.1.

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).

74

4^e ligne, ajouter : ATF 3.6.2013, 4A_466/2012, c. 3.2, RSPC 2013 p. 428.

75

2^e ligne, ajouter à l'ATF cité : pour le cas d'une révision, cf. ATF cité du 3.6.2013, c. 5.2.2.

4^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 26.7.2012, 4A_318/2012.

15^e ligne : l'ATF 26.5.2010, 4A_433/2009, c. 2, est publié *in* ASA 2011 p. 673.

76

12^e 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.

15^e 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

Ajouter in fine : 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

6

13^e ligne : l'ATF 21.3.2011, 4A_486/2010, c. 2, est publié *in* ASA 2012 p. 365.

8

8^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 11.12.2012, 4A_414/2012, c. 1.2, ASA 2013 p. 344.

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^e ligne : L'ATF 1.3.2011, 4A_514/2010, c. 4, est publié *in* ASA 2012 p. 355.

19^e 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). Une combinaison maladroite de diverses expressions peut également s'avérer suffisante pour conclure à l'exclusion de tout recours (cf. ATF 3.4.2014, 4A_577/2013, c. 3.3).

11

11^e 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.

Bibliographie

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 ; 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.

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^e ligne : L'ATF 14.2.2011, 4A_508/2010, c. 3.2, est publié in ASA 2012 p. 108.

9^e 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).

15^e ligne, confirmant l'ATF du 9.1.1995 : ATF 10.10.2011, 5A_427/2011, c. 5, ASA 2013 p. 404, 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)

12

7^e ligne : L'ATF 14.2.2011, 4A_508/2010, c. 3, est publié in ASA 2012 p. 108.

13

3^e 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.

23

8^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 26.7.2013, 5A_68/2013, c. 4.2, ASA 2014 p. 326.

In fine : L'ATF 4.10.2010, 4A_124/2010, c. 6.3.3.1, est publié in ASA 2012 p. 76, puis ajouter: de même, BGH 16.12.2010, IPRax 2012 p. 249.

27

4^e ligne, ajouter : ATF 26.7.2013, 5A_68/2013, c. 4.2.1, ASA 2014 p. 326.

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).

28

In fine, ajouter à l'ATF mentionné : ATF cité du 26.7.2013, c. 4.2.1.

29

3^e 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.).

39

2^e ligne : L'ATF 28.7.2010, 4A_233/2010, c. 3.2.1, est également publié in ASA 2012 p. 97.

43

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 libèrerait le débiteur de son obligation (ATF 21.1.2014, 4A_250/2013, c. 3).

46

4^e 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^e 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^e ligne, insérer : Cependant, une telle situation ne se présente pas, en règle générale.

7^e 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

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 :

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 ; 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 ; 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 ; 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 ; 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 ; 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 Stürner*, t. 2, Tübingen 2013, p. 1303-1320 ; 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 ; 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 ; CLARISU VON WUNSCHHEIM, Enforcement of Commercial Arbitral Awards in China, Eagan, MN 2011.

Art. 176-194

Législation

Les Chambres fédérales ont adopté la motion suivante (12.3012) :

« Le Conseil fédéral est chargé de présenter un projet de toilettage des dispositions relatives à l'arbitrage international contenues dans la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP). L'objectif est de maintenir l'attrait de la Suisse comme place arbitrale au niveau international. Il faut en particulier intégrer dans la loi certains éléments essentiels de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral depuis l'entrée en vigueur de la LDIP, il y a un peu plus de 20 ans, tout en corrigeant ceux qui doivent l'être. Une attention particulière doit être portée à la relation entre le juge étatique et le tribunal arbitral. » L'objet apparenté est l'initiative Lüscher du 20 mars 2008 (08.417).

La motion a été proposée par la Commission des affaires juridiques du Conseil national le 3.2.2012. Le Conseil fédéral l'a accepté (16.5.2012). Le Conseil national a alors approuvé la motion (1.6.2012, BO CN 2012 p. 847 s.), après avoir entendu la Conseillère fédérale Sommaruga dire que le Conseil fédéral « *unterstützt eine grundsätzliche Überprüfung des 12. Kapitels des IPRG* ». Le Conseil des Etats a fait de même (27.9.2012, BO CE 2012 p. 921), sur proposition de sa Commission des affaires juridiques (rapport du 23.8.2012).

L'observateur de la scène suisse de l'arbitrage a de la peine à voir émerger des idées dirigeant le regard vers un avenir prospectif émaillé d'innovations focalisées sur une meilleure attractivité de la Suisse, alors que l'on sait que la place arbitrale suisse est en perte de vitesse et de substance par rapport aux centres émergeant à l'étranger, malgré les statistiques dont on croit pouvoir déduire que notre pays serait encore « dans le coup ».

Aucune des suggestions qui circulent ces temps ne porte sur le rôle du Tribunal fédéral et son interprétation des motifs de l'article 190 al. 2 LDIP. Est-ce suffisant, est-ce attractif ? Les très nombreux refus d'envisager l'annulation de sentences manifestement erronées et médiocres devraient inspirer une réflexion sur la position de la Haute Cour. Est-ce encore acceptable, voire bénéfique pour l'image de la Suisse de savoir que le Tribunal fédéral n'a pas à veiller à la qualité des sentences arbitrales en Suisse (ATF 10.2.2010, 4A_612/2009, c. 6.2.2, Pechstein, ASA 2010 p. 612) - comme si ce n'était pas précisément le rôle du tribunal suprême d'un pays de garantir la qualité de la jurisprudence, qu'elle soit étatique ou arbitrale ! Que penser d'une justice que le législateur entendait garantir effectivement à travers le motif fondé sur l'ordre public et que le Tribunal fédéral rend presque inexistante en affirmant d'emblée que les chances d'un recours seront « extrêmement minces » (ATF 132 III 392) ? Comment justifier qu'un motif d'annulation soit redéfini de telle manière qu'il ne puisse jamais s'appliquer, comme c'est le cas du grief fondé sur « pacta sunt servanda », fruit de l'imagination des Juges fédéraux et défini de manière à disqualifier un concept qui est pourtant le plus fondamental du droit des Nations ? Comment ne pas s'intéresser de plus près au besoin de contrôle des sentences rendues par le TAS, avant qu'un mouvement se développe dans le sens d'une stratégie de sortie vers un pays plus accueillant à la qualité de l'olympisme juridique ? Quels espoirs placés dans la Haute Cour pour laquelle le règlement d'un différend arbitral n'offre pas les mêmes garanties que devant un tribunal étatique (ATF 17.7.2006, 4C.202/2005, c. 2.2, ASA 2007 p. 368) ?

Ce n'est pas au Tribunal fédéral que l'on trouvera un avenir prometteur, quoiqu'on puisse faire à travers le législateur. L'ouverture ne pourra se concrétiser qu'en créant un tribunal spécialisé, telle une Cour fédérale d'arbitrage, devenant officiellement la Swiss Federal Court of Arbitration. Ce faisant, on pourra parvenir à des procédures de recours menées entièrement en anglais et aboutissant à des arrêts rendus en anglais, un objectif dont on sait bien qu'il est impossible à atteindre au Tribunal fédéral, tant les contraintes constitutionnelles et institutionnelles sont insurmontables. Ce qui est possible pour la jurisprudence fédérale en matière de brevets doit l'être également pour l'arbitrage, interne et international. Cette nouvelle perspective permettra de redéfinir dans des proportions raisonnables le motif de recours de l'ordre public, montrant aux milieux internationaux de l'arbitrage qu'il existe en Suisse un souci de préserver une justice garantissant une qualité de haut niveau des sentences suisses. Enfin, une porte serait ainsi ouverte vers un filtre judiciaire adéquat et spécifique de l'arbitrage en matière de sport.

L'occasion est donnée d'y songer.

– Lorsque le législateur aura statué, la porte sera fermée pour longtemps !

* * *