

Fabrice Robert-Tissot

Arbitrage

Chronique de jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international et interne (1er mars 2016 au 28 février 2018)

Cette contribution résume la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international et d'arbitrage interne rendue entre le 1er mars 2016 et le 28 février 2018. Dans la première partie, l'auteur a sélectionné les arrêts les plus importants. Le résumé du contexte factuel et de l'analyse du Tribunal fédéral est suivi d'un bref commentaire de l'arrêt concerné. La deuxième partie contient une présentation générale de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière d'arbitrage international et interne durant la période concernée, en suivant l'ordre des griefs des articles 190 al. 2 LDIP et 393 CPC.

Catégories d'articles : Aperçu de la jurisprudence avec commentaires

Domaines juridiques : Arbitrage

Proposition de citation : Fabrice Robert-Tissot, Arbitrage, in : Jusletter 3 décembre 2018

Table des matières

Première partie : arrêts les plus importants du Tribunal fédéral en matière d'arbitrage (résumé et commentaire)

I. Arbitrage international

- A. ATF 142 III 521 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_386/2015 du 7 septembre 2016)
- B. ATF 143 III 462 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_98/2017 du 20 juillet 2017)
- C. ATF 143 III 589 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_53/2017 du 17 octobre 2017)
- D. ATF 143 III 55 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_500/2015 du 18 janvier 2017)
- E. ATF 143 III 578 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_12/2017 du 19 septembre 2017)
- F. ATF 142 III 296 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_628/2015 du 16 mars 2016)
- G. ATF 142 III 360 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_342/2015 du 26 avril 2016)

II. Arbitrage interne

- A. ATF 142 III 284 (arrêt 4A_422/2015 du 16 mars 2016) (unique)

Seconde partie : présentation générale de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international et interne

I. Arbitrage international

A. Recevabilité du recours en matière civile

- 1. ATF 142 III 521 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_386/2015 du 7 septembre 2016)
- 2. ATF 143 III 462 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_98/2017 du 20 juillet 2017)
- 3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_692/2016 du 20 avril 2017 (non publié)
- 4. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017 (non publié)
- 5. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_136/2016 du 3 novembre 2016 (non publié)
- 6. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_34/2016 du 25 avril 2017 (non publié)
- 7. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_312/2017 du 27 novembre 2017 (non publié)
- 8. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_157/2017 du 14 décembre 2017
- 9. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017 (non publié)
- 10. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_704/2015 du 16 février 2017 (non publié)
- 11. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2017 du 4 octobre 2017 (non publié)
- 12. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_490/2016 du 6 mars 2017 (non publié)
- 13. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_116/2016 du 13 décembre 2016 (non publié)
- 14. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_32/2016 du 20 décembre 2016 (non publié)
- 15. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_188/2016 du 11 janvier 2017 (non publié)
- 16. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017 (non publié)
- 17. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_704/2015 du 16 février 2017 (non publié)
- 18. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_692/2016 du 20 avril 2017 (non publié)
- 19. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_206/2017 du 6 octobre 2017 (non publié)
- 20. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_497/2015 du 24 novembre 2016 (non publié)
- 21. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017 (non publié)
- 22. ATF 143 III 55 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_500/2015 du 18 janvier 2017)
- 23. ATF 143 III 589 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_53/2017 du 17 octobre 2017)
- 24. Décision du Tribunal fédéral 4A_396/2017 du 23 novembre 2017 (non publiée)
- 25. Ordonnance procédurale du Tribunal fédéral 4A_119/2017 du 13 juin 2017 (non publiée)

B. Désignation irrégulière de l'arbitre unique et composition irrégulière du tribunal arbitral (art. 190 al. 2 let. a LDIP)

- 1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_704/2015 du 16 février 2017 (non publié)
- 2. ATF 142 III 521 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_386/2015 du 7 septembre 2016)

C. Compétence (art. 190 al. 2 let. b LDIP)

- 1. ATF 143 III 462 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_98/2017 du 20 juillet 2017)
- 2. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_616/2015 du 20 septembre 2016 (non publié)
- 3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_492/2016 du 7 février 2017 (non publié)

4. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_34/2016 du 25 avril 2017 (non publié)
5. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_188/2016 du 11 janvier 2017 (non publié)
6. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_40/2017 du 8 mars 2017 (non publié)
7. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_102/2016 du 27 septembre 2016 (non publié)
8. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_672/2016 du 24 janvier 2017
9. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_310/2016 du 6 octobre 2016
10. ATF 143 III 578 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_12/2017 du 19 septembre 2017)
11. ATF 143 III 462 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_98/2017 du 20 juillet 2017)
- D. Sentence ultra et infra petita (art. 190 al. 2 let. c LDIP)
 1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2017 du 4 octobre 2017 (non publié)
- E. Égalité des parties et droit d'être entendu (art. 190 al. 2 let. d LDIP)
 1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_668/2016 du 24 juillet 2017 (non publié)
 2. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_40/2017 du 8 mars 2017 (non publié)
 3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_220/2017 du 8 janvier 2018 (non publié)
 4. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_692/2016 du 20 avril 2017 (non publié)
 5. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_668/2016 du 24 juillet 2017 (non publié)
 6. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_704/2015 du 16 février 2017 (non publié)
 7. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_592/2017 du 5 décembre 2017 (non publié)
 8. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_34/2016 du 25 avril 2017 (non publié)
 9. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_80/2017 du 25 juillet 2017 (non publié)
 10. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_277/2017 du 28 août 2017 (non publié)
 11. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_616/2015 du 20 septembre 2016 (non publié)
- F. Ordre public (art. 190 al. 2 let. e LDIP)
 1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_116/2016 du 13 décembre 2016 (non publié)
 2. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_536/2016, 4A_540/2016 du 26 octobre 2016 (non publié)
 3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_136/2016 du 3 novembre 2016 (non publié)
 4. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_522/2016 du 2 décembre 2016 (non publié)
 5. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_312/2017 du 27 novembre 2017 (non publié)
 6. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_157/2017 du 14 décembre 2017 (non publié)
 7. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_690/2016 du 9 février 2017 (non publié)
 8. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_692/2016 du 20 avril 2017 (non publié)
 9. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2017 du 4 octobre 2017 (non publié)
 10. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017 (non publié)
- G. Révision
 1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_412/2016 du 21 novembre 2016 (non publié)
 2. ATF 142 III 521 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_386/2015 du 7 septembre 2016)
 3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_506/2017 du 3 octobre 2017 (non publié)
 4. ATF 143 III 589 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_53/2017 du 17 octobre 2017)
- H. Autres questions
 1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_690/2016 du 9 février 2017 (non publié)
- II. Arbitrage interne
 - A. Recevabilité du recours en matière civile
 1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017 (non publié)
 2. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_473/2016 du 16 février 2017 (non publié)
 3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_356/2017 du 3 janvier 2018 (non publié)
 4. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_322/2016 du 28 juillet 2016 (non publié)
 5. Arrêt du Tribunal fédéral 5A_507/2016 du 15 août 2016 (non publié)
 6. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_546/2016 du 27 janvier 2017 (non publié)
 7. ATF 143 III 157 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_475/2016 du 28 mars 2017)
 - B. Désignation irrégulière de l'arbitre unique et composition irrégulière du tribunal arbitral (art. 393 let. a CPC)
 1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_322/2016 du 28 juillet 2016 (non publié)

- C. Compétence (art. 393 let. b CPC)
 - 1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_473/2016 du 16 février 2017 (non publié)
 - 2. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_407/2017 du 20 novembre 2017 (non publié)
 - 3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_546/2016 du 27 janvier 2017 (non publié)
 - 4. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_618/2015, 4A_634/2015 du 9 mars 2016 (non publié)
- D. Sentence ultra et infra petita (art. 393 let. c CPC)
- E. Égalité des parties et droit d'être entendu (art. 393 let. d CPC)
 - 1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_322/2016 du 28 juillet 2016 (non publié)
 - 2. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_570/2016 du 7 mars 2017 (non publié)
 - 3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_356/2017 du 3 janvier 2018 (non publié)
- F. Arbitraire (art. 393 let. e CPC)
 - 1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_407/2017 du 20 novembre 2017 (non publié)
 - 2. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017 (non publié)
 - 3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_426/2015 du 11 avril 2016 (non publié)
- G. Dépenses et honoraires des arbitres manifestement excessifs (art. 393 let. f CPC)
- H. Révision (art. 396 ss CPC)
- I. Autres questions

Première partie : arrêts les plus importants du Tribunal fédéral en matière d'arbitrage (résumé et commentaire)

[Rz 1] La présente partie contient un résumé et un bref commentaire des arrêts les plus importants du Tribunal fédéral rendus en matière d'arbitrage international et interne entre le 1^{er} mars 2016 et le 28 février 2018.

I. Arbitrage international

A. ATF 142 III 521 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_386/2015 du 7 septembre 2016)

[Rz 2] **Domaines traités** : arbitrage international ; recevabilité du recours en matière civile ; désignation irrégulière de l'arbitre unique et composition irrégulière du tribunal arbitral (art. 190 al. 2 let. a LDIP) ; récusation ; lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international ; révision.

[Rz 3] **Faits** : dans les années 2000, la requérante X (société de droit italien) et l'intimée Y (société de droit néerlandais, filiale du groupe Y, multinationale allemande) ont conclu un contrat pour soumissionner, puis réaliser les travaux de construction et d'installation d'un ascenseur à bateaux dans le port de Livourne, en Italie (ci-après : le Contrat). Lors du test final en 2007, des câbles de l'ascenseur se sont rompus, entraînant la chute de la plateforme. Le litige a porté sur les conséquences financières de cet accident dont les parties se rejetaient mutuellement la responsabilité. En 2011, Y a déposé une requête d'arbitrage contre X auprès du Secrétariat de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (« CCI ») en se fondant sur la clause arbitrale insérée dans le Contrat. En 2012, la Cour d'arbitrage de la CCI a désigné N, avocat dans l'Etude A à Zurich, comme arbitre unique. Ce dernier a rendu sa sentence finale en 2015, par laquelle il a ordonné à X de payer à Y la somme de EUR 2'272'500, intérêts en sus. X a formé une demande de révision auprès du Tribunal fédéral. Celle-ci a sollicité l'annulation de la sentence précitée, la récusation de l'arbitre et le renvoi de la cause à un nouveau tribunal arbitral. A l'appui de sa

demande de récusation, X a invoqué qu'il existait un lien entre l'Etude d'avocats A sise en Suisse (dans laquelle l'arbitre N était associé) et le groupe Y, auquel Y était affiliée. En effet, en 2015, le conseil de X a pris connaissance d'un communiqué de presse datant de 2014 dont il résultait que le bureau allemand de l'Etude A avait conseillé la société de droit allemand Z, qui était elle-même affiliée au groupe Y. Or, cette information ne semble pas avoir été divulguée dans la déclaration d'indépendance signée par l'arbitre N en 2012.

[Rz 4] **Droit** : dans cet arrêt, le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de savoir si la découverte, postérieurement à l'expiration du délai de recours contre une sentence arbitrale internationale, d'un motif qui eût commandé la récusation de l'arbitre unique ou de l'un des membres du tribunal arbitral peut donner lieu au dépôt d'une demande de révision de ladite sentence. En effet, dès lors que la demande de révision doit de toute façon être rejetée en l'espèce pour les motifs exposés ci-après, il estime qu'il n'est pas opportun de trancher définitivement cette question. Il rappelle ensuite qu'à l'instar d'un juge étatique, un arbitre doit garantir une indépendance et une impartialité suffisantes, faute de quoi celui-ci est désigné de manière irrégulière au sens de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP. L'examen de ces garanties doit être fait à l'aune des principes constitutionnels relatifs à la justice étatique, adaptés par les principes spécifiques de l'arbitrage. Ainsi, l'art. 30 al. 1 Cst. permet à une partie d'exiger qu'un juge, dont la situation ou le comportement est de nature à susciter des doutes quant à son impartialité, se récuse. Dans le domaine de l'arbitrage, l'*International Bar Association* a édicté des lignes directrices sur les conflits d'intérêt en la matière (*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*). Ces lignes directrices n'ont pas force de loi, mais énumèrent, de façon non-exhaustive, des listes de circonstances particulières pouvant susciter des conflits d'intérêts. Ces circonstances sont classées en trois listes (rouge ; orange ; verte) en fonction de leur potentiel de conflits d'intérêts. En l'espèce, motif pris que le cabinet d'avocats A était le même en Suisse et en Allemagne, la requérante a invoqué cinq situations visées par les *IBA Guidelines* susvisées, notamment : (i) liste rouge non susceptible de renonciation : un conseil régulier de l'arbitre à une partie ou à l'une de ses sociétés affiliées, l'arbitre ou son cabinet en tirant des revenus financiers importants ; (ii) liste rouge susceptible de renonciation : une relation commerciale importante entre le cabinet de l'arbitre et une partie ou une société affiliée à l'une des parties ; (iii) liste orange : au cours des trois dernières années, le cabinet de l'arbitre a agi pour ou contre l'une des parties, ou une société affiliée à l'une des parties, dans une affaire non liée à la cause en litige et sans que l'arbitre y ait participé ; (iv) le cabinet de l'arbitre rend actuellement des services à l'une des parties ou à une société affiliée à l'une des parties, sans qu'il en résulte une relation commerciale importante pour le cabinet et sans que l'arbitre y prenne part ; (v) l'arbitre ou son cabinet représente régulièrement une partie ou une société affiliée à l'une des parties, mais sans que cette représentation concerne la cause en litige. Pour leur part, l'intimée et l'arbitre ont soutenu que la relation entretenue entre le cabinet A (Suisse) et le cabinet A (Allemagne) n'était en réalité qu'une relation de réseau de cabinets indépendants. Le Tribunal fédéral relève que la croissance de la taille des cabinets d'avocats est une réalité de l'arbitrage international dont il faut tenir compte. Une assimilation entre un arbitre et son cabinet n'implique pas forcément un conflit d'intérêts, les circonstances concrètes restant décisives à cet égard. Il estime qu'en l'espèce les circonstances ne sont pas graves au point que le maintien de la sentence litigieuse est incompatible avec le sentiment de justice et d'équité. Sur ses différents sites internet, le cabinet A a certes mis l'accent, à des fins publicitaires, sur les liens qui unissent les cabinets membres de son réseau international et des avantages que peuvent en tirer des clients potentiels. Néanmoins, il résulte du même site internet que le cabinet « A est en réalité

un regroupement de dix cabinets juridiques et fiscaux indépendants ». Selon le Tribunal fédéral, cette indépendance juridique se reflète également sur le plan financier, dans la mesure où il n’y a pas de partage des honoraires entre les cabinets membres du réseau. Il en conclut que ni l’arbitre, ni son Etude suisse n’ont conseillé l’intimée ou sa société sœur Z (étant noté que le groupe Y comprend 340 entités juridiques). Il en conclut que les circonstances du cas concret, seules décisives, ne sont pas d’une gravité telle que le maintien de la sentence formant la demande de révision apparaît incompatible avec le sentiment de justice et d’équité et, ce faisant, il rejette la demande de révision (dans la mesure où elle est recevable).

[Rz 5] **Commentaire** : bien qu’il ne tranche pas définitivement la question, tout en se remettant aux Chambres fédérales saisies d’un projet de toilettage, sinon de refonte, du chapitre 12 de la LDIP, le Tribunal fédéral semble favorable à admettre la recevabilité d’une demande de révision en cas de découverte, postérieurement à l’expiration du délai de recours contre une sentence arbitrale internationale, d’un motif qui eût commandé la récusation de l’arbitre unique ou de l’un des membres du tribunal arbitral. Néanmoins, la partie requérante doit démontrer qu’en faisant preuve de l’attention commandée par les circonstances, elle ne pouvait découvrir le motif de récusation durant la procédure arbitrale. Concernant les garanties suffisantes d’indépendance et d’impartialité de l’arbitre, le Tribunal fédéral souligne l’importance des *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, en tant qu’elles contiennent des standards reconnus internationalement, tout en soulignant qu’en définitive, ce sont les circonstances particulières du cas d’espèce qui sont déterminantes. Même si la décision du Tribunal fédéral est convaincante, on peut se demander pour quelles raisons l’arbitre (unique !) concerné n’a pas révélé un tel (potentiel) conflit. L’existence d’un réseau de cabinets d’avocats qui opèrent sous une enseigne distincte (et, *a fortiori*, dont les membres ne partagent pas les profits) ne devrait pas suffire à créer un tel conflit d’intérêts. Par contre, lorsque les cabinets d’avocats concernés offrent leurs services sous la même raison sociale, il nous semble qu’une vigilance accrue serait justifiée. À notre sens, le simple fait que les membres de ce réseau ne partagent pas les honoraires ne devrait pas suffire à écarter une apparence de conflit. Dans de telles circonstances, une partie peut légitimement avoir des doutes quant à l’indépendance et l’impartialité de l’arbitre, lorsqu’un cabinet faisant partie du même réseau et portant le même nom que le cabinet de l’arbitre concerné a conseillé une société affiliée à l’autre partie.

B. ATF 143 III 462 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_98/2017 du 20 juillet 2017)

[Rz 6] **Domaines traités** : arbitrage international ; recevabilité du recours en matière civile ; compétence du tribunal arbitral (art. 186 LDIP) ; décisions sur compétence attaquables par le recours en matière civile (art. 190 al. 2 let. b LDIP).

[Rz 7] **Faits** : en 2013, la société Z a introduit une procédure d’arbitrage contre la Fédération X, afin d’obtenir des dommages et intérêts avoisinant USD 13 milliards suite à une prétendue expropriation de Z dans le pays X. Un tribunal arbitral de trois membres a été constitué, conformément au Règlement d’arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (« Règlement d’arbitrage CNUDCI »). En 2014, la Fédération X a contesté la compétence du tribunal arbitral sur la base de cinq motifs alternatifs. Le tribunal arbitral a scindé la procédure en deux parties, afin d’examiner à titre préliminaire les trois premiers motifs. En 2017, le tribunal arbitral a rendu une sentence incidente sur compétence, laquelle a écarté les trois pre-

miers motifs et a déclaré que les deux motifs restants seraient traités avec le fond de la cause. La Fédération X a interjeté un recours en matière civile pour violation de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP. Tout en se remettant à justice quant à la recevabilité du recours, elle a sollicité l'annulation de la sentence attaquée et elle a invité le Tribunal fédéral à déclarer que le tribunal arbitral n'était pas compétent pour connaître des demandes formées par Z.

[Rz 8] **Droit** : le Tribunal fédéral rappelle d'abord sa jurisprudence relative à la recevabilité du recours en matière civile en matière d'arbitrage international. L'acte attaqué doit être une sentence, laquelle peut être finale, partielle ou incidente. À noter toutefois qu'une sentence incidente n'est attaquable que pour des motifs liés à la composition irrégulière du tribunal arbitral (art. 190 al. 2 let. a LDIP) ou à son incompétence (art. 190 al. 2 let. b LDIP). Quand un tribunal arbitral écarte une exception d'incompétence par une décision séparée, il rend une décision incidente (art. 186 al. 3 LDIP). De même, le tribunal arbitral rend également une décision incidente lorsqu'il se déclare expressément compétent en cours de procédure. Toutefois, si le tribunal arbitral examine à titre préalable sa compétence et se déclare incompétent, il met un terme à la procédure et rend ainsi une sentence finale (art. 190 al. 2 let. b et 190 al. 3 LDIP). Le point commun de ces diverses décisions est le fait qu'elles règlent une fois pour toutes la question de la compétence du tribunal arbitral, dans un sens ou dans l'autre. En d'autres termes, dans chacune d'entre elles, qu'il s'agisse d'une sentence finale, d'une sentence partielle ou d'une sentence incidente ou préjudicielle, le tribunal arbitral tranche définitivement cette question, en admettant ou en excluant sa compétence par une décision explicite ou un comportement procédural dont le caractère définitif s'imposera à lui ainsi qu'aux parties. Semblable caractère apparaît ainsi comme l'élément consubstantiel à l'ensemble de ces décisions, quels que soit l'objet et la forme de celles-ci. Cette jurisprudence repose, en particulier, sur des motifs d'économie de procédure, afin de contrer une tactique de « saucissonnage de la procédure » qui pourrait bloquer le déroulement normal de la procédure d'arbitrage par des manœuvres visant à invoquer successivement de multiples motifs d'incompétence préalablement à toute défense sur le fond, puis d'attaquer chaque décision distincte à ce sujet devant le Tribunal fédéral. L'opportunité d'assouplir cette jurisprudence reste dès lors à démontrer. En tout état de cause, le texte de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP est clair : le tribunal arbitral doit « s'être déclaré » à tort compétent. Or, dans le cas présent, le tribunal arbitral a uniquement pris position sur trois des cinq moyens invoqués par la Fédération X pour contester la compétence du tribunal arbitral, renvoyant à un stade ultérieur de la procédure l'examen des deux moyens restants. Ce faisant, le tribunal arbitral ne s'est pas prononcé, à titre définitif, sur la question de sa compétence au regard de cette disposition. On ne peut, en effet, exclure qu'il se déclare finalement incompétent sur la base de l'un des deux motifs restants à examiner. Le Tribunal fédéral en conclut que le recours n'est pas recevable dans la mesure où la décision rendue par le tribunal arbitral n'est pas finale.

[Rz 9] **Commentaire** : cet arrêt a été rendu dans le cadre de la saga « Yukos » qui oppose cette société à l'État russe.¹ Il s'agit de la première affaire dans laquelle le Tribunal fédéral a examiné la question de savoir si une décision incidente « partielle » sur compétence peut (et doit) faire l'objet d'un recours immédiat sous peine de forclusion (cf. art. 190 al. 2 let. b et 190 al. 3 LDIP).²

¹ Pour plus de détails sur cette affaire : cf. PHILIPPE BÄRTSCH, Swiss Supreme Court finds that challenge to Yukos Capital jurisdictional award is premature, in : Practical Law Arbitration, 2017 Thomson Reuters.

² *Id.*

Cet arrêt emporte la conviction : seule une décision tranchant « une fois pour toutes » la question de la compétence du tribunal arbitral est susceptible d'un recours en matière civile.

C. ATF 143 III 589 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_53/2017 du 17 octobre 2017)

[Rz 10] **Domaines traités** : arbitrage international ; recevabilité du recours en matière civile ; renonciation au recours (art. 192 al. 1 LDIP).

[Rz 11] **Faits** : en 2014, la République X (« X ») a engagé une procédure d'arbitrage contre la société Z (« Z ») conformément au Règlement d'arbitrage CNUDCI. X conclut à la constatation de la nullité de deux accords passés avec Z. Un tribunal arbitral de trois membres, dont le Professeur émérite N, choisi par X, a été constitué. En 2016, le tribunal arbitral a rendu sa sentence finale et a débouté X de ses conclusions. En 2017, X a formé un recours en matière civile, et subsidiairement a déposé une demande en révision. Elle a sollicité l'annulation de la sentence attaquée ainsi que la récusation de l'arbitre N. La convention d'arbitrage concernée contenait le passage suivant : « *Awards rendered in any arbitration hereunder shall be final and conclusive and judgment thereon may be entered into any court having jurisdiction for enforcement thereof. There shall be no appeal to any court from awards rendered hereunder* ».

[Rz 12] **Droit** : la recevabilité du recours est subordonnée au fait que les parties n'aient pas renoncé au recours au sens de l'art. 192 al. 1 LDIP. Une telle renonciation vise tous les cas de recours mentionné à l'art. 190 al. 2 LDIP. Les conventions d'exclusion du recours au sens de l'art. 192 al. 1 LDIP sont admises de façon restrictives par le Tribunal fédéral. Toutefois, une déclaration expresse faisant ressortir clairement la volonté commune des parties de renoncer à tout recours suffit, même si aucune mention n'est faite explicitement aux arts. 190 et/ou 192 LDIP. La jurisprudence a eu l'occasion de se pencher à plusieurs reprises sur le sens à donner au terme « *appeal* ». Dans un sens large, il s'agit d'un terme générique, qui englobe tous les moyens de droit les plus divers. En revanche, dans un sens étroit, il désigne l'appel, soit la voie de recours ordinaire suspensive, dévolutive et réformatoire. Pour déterminer si l'on est dans un cas ou dans l'autre, une formulation générique (p. ex. « *all rights of appeal* ») tend vers une acceptation large du terme. En l'espèce, tel est le cas. De surcroît, sous l'angle de l'effet utile que l'interprétation objective vise à donner à toute clause contractuelle, il n'y a aucun intérêt à exclure spécifiquement dans la convention d'arbitrage une voie de recours (l'appel au sens strict) qui n'existe dans aucune législation susceptible d'entrer en considération. Ainsi, le Tribunal fédéral conclut qu'en l'espèce les parties ont valablement renoncé au recours au regard de l'art. 192 al. 2 LDIP. Pour ce qui est de la révision, X a découvert le prétendu motif de récusation avant la fin du délai de recours. Ce motif entre à la fois dans les prévisions de l'art. 190 al. 2 LDIP, comme motif de recours, et de l'art. 121 let. a LTF ou de l'art. 123 al. 2 let. a LTF, comme motif éventuel de révision. Comme la révision revêt un caractère subsidiaire par rapport au recours en matière civile, il paraît difficile d'admettre qu'une partie ayant expressément renoncé à recourir, et donc à se prévaloir du motif de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP, puisse néanmoins saisir le Tribunal fédéral d'une demande de révision, faute de quoi l'art. 192 LDIP deviendrait lettre morte. Le Tribunal fédéral en conclut qu'admettre la voie de la révision dans un tel cas heurterait au plus haut point les règles de la bonne foi. Ce faisant, il n'est pas non plus entré en matière sur la demande de révision.

[Rz 13] **Commentaire** : cet arrêt confirme la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'interprétation des clauses de renonciation au recours (cf. art. 192 al. 1 LDIP). Lorsque les parties

ont exclu toute possibilité d'interjeter un « appel » à l'encontre de la sentence arbitrale, il faut, en principe, donner un sens large à ce terme, de sorte qu'un recours en annulation est également exclu. En application du principe de la bonne foi, le Tribunal fédéral précise également, qu'en présence d'une telle clause de renonciation, il n'entrera pas en matière sur une demande de révision fondée sur le même motif que celui invoqué à l'appui d'un recours en matière civile. Cet arrêt emporte la conviction.

D. ATF 143 III 55 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_500/2015 du 18 janvier 2017)

[Rz 14] **Domaines traités** : arbitrage international ; recevabilité du recours en matière civile ; renonciation au recours (art. 192 al. 1 LDIP).

[Rz 15] **Faits** : en 2013, la société X (« X »), domiciliée au Belize a engagé une procédure d'arbitrage contre la société de droit jordanien Z (« Z ») auprès de la London Court of International Arbitration (LCIA) afin d'obtenir le paiement d'une peine conventionnelle de USD 93 millions auprès de Z. La LCIA a désigné un avocat zurichois comme arbitre unique. Z a soulevé une exception d'incompétence et a conclu au rejet de la demande, alléguant que la signature du Dr. V (CEO de Z) aux côtés de celle du représentant de X avait été contrefaite (*forged*) et qu'elle-même n'avait pas eu connaissance du contrat avant de recevoir la requête d'arbitrage. Cependant, dans une écriture du 20 novembre 2014, Z. a tacitement (« *Einlassung* ») accepté la compétence de l'arbitre (« 1. [...] *that Respondent enters an unconditional appearance.* »). Cela fait, Z. a conclu au rejet de la demande pour cause de falsification de la signature du Dr. V., le prétendu cosignataire du contrat. Après avoir instruit l'affaire, l'arbitre a rejeté la demande de X. Il a constaté que le contrat n'avait pas été signé par le Dr. V et, ce faisant, que la signature apposée sur le document avait été contrefaite. X a formé un recours en matière civile pour violation de son droit d'être entendu (art. 190 al. 2 let. d LDIP) auprès du Tribunal fédéral, en dépit de la renonciation à recourir incorporée dans la convention d'arbitrage concernée (cf. art. 192 al. 1 LDIP).

[Rz 16] **Droit** : la recevabilité du recours est notamment subordonnée à ce que les parties n'aient pas exclu la possibilité d'interjeter un recours en matière civile (art. 190 LDIP et 192 al. 1 LDIP). L'art. 192 al. 1 LDIP dispose que, dans certains cas précis, les parties peuvent renoncer au recours. Dans le cas concret, la clause de renonciation est claire. Toutefois, le problème réside dans le fait que X a adopté un comportement contradictoire (*venire contra factum proprium*), dans la mesure où elle a plaidé à la fois l'inexistence du contrat devant le Tribunal fédéral afin d'échapper à la clause de renonciation à recourir qu'elle a valablement souscrite, et son existence devant le tribunal arbitral afin d'obtenir le paiement de la peine conventionnelle de USD 93 millions. Le Tribunal fédéral estime que cette argumentation est empreinte d'une « contradiction irréductible », laquelle viole les règles de la bonne foi. Dès lors que la clause de renonciation est valable, le recours est irrecevable.

[Rz 17] **Commentaire** : dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a également relevé un *lapsus calami* affectant le texte de l'art. 192 al. 1 LDIP dans la version tant imprimée qu'électronique du recueil systématique du droit fédéral relative à cette disposition. Le recueil systématique a été corrigé depuis lors.

E. ATF 143 III 578 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_12/2017 du 19 septembre 2017)

[Rz 18] **Domaines traités** : arbitrage international ; compétence du tribunal arbitral (art. 190 al. 2 let. b LDIP) ; exception d'incompétence (art. 186 al. 2 LDIP) ; action en validation d'un séquestre (art. 279 LP) ; intérêt digne de protection (art. 76 al. 1 let. b LTF)

[Rz 19] **Faits** : la société de droit chinois Z (« Z » ou « l'intimée ») a ouvert une procédure d'arbitrage contre la société X (« X » ou « la recourante »), sise aux Iles Vierges britanniques. En 2016, le tribunal arbitral a notamment condamné X à verser plusieurs sommes d'argent à Z. Il a également constaté que le séquestre ordonné par la juridiction compétente du canton de Genève avait été valablement validé par l'action en reconnaissance de dette ouverte devant lui. X forme un recours en matière civile contre cette sentence en invoquant, notamment, que le tribunal arbitral s'est reconnu à tort compétent pour valider le séquestre (cf. art. 190 al. 2 let. b LDIP).

[Rz 20] **Droit** : la recourante estime que le tribunal arbitral s'est reconnu à tort compétent pour constater la validité du séquestre (art. 190 al. 2 let. b LDIP), dans la mesure où l'exécution forcée est un domaine étatique et non pas arbitral. Le tribunal arbitral se serait arrogé une compétence réservée aux autorités de poursuite de sorte qu'il s'agirait d'une cause de nullité de la sentence arbitrale. Le Tribunal fédéral commence par rappeler la nature du séquestre, mesure conservatoire urgente devant ensuite être validée à défaut de perdre de plein droit ses effets. L'action en validation du séquestre (art. 279 LP) est une action de droit matériel qui vise à établir l'existence de la créance à l'origine du séquestre. Elle doit avoir pour objet la même créance que celle qui est à l'origine du séquestre. Tant la jurisprudence que la doctrine estiment que cette action peut être soumise à un tribunal arbitral. Toutefois, cette compétence est à distinguer de celle de se prononcer sur une conclusion en mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer. Celle-ci n'a pas pour objet de trancher une prétention au fond. Elle relève du droit des poursuites et, dès lors, ressortit exclusivement à une autorité étatique et, partant, échappe à la compétence d'un tribunal arbitral, faute d'arbitrabilité. Quoiqu'il en soit, la compétence octroyée par l'action en validation du séquestre (art. 279 LP) au tribunal arbitral n'influe pas sur la poursuite en tant que telle, mais peut avoir pour seul effet de laisser le débiteur disposer librement de ses biens jusqu'alors séquestrés. Il s'agit d'une des conséquences de l'absence d'interdépendance entre le sort du séquestre (mesure conservatoire urgente) et celui de l'action en validation du séquestre (action de droit matériel autonome). Pour ce qui est de l'exception d'incompétence (art. 190 al. 2 let. b LDIP), elle doit être soulevée avant toute défense sur le fond (arts. 186 al. 2 LDIP ; 2 al. 1 CC), sous peine de se voir opposer une acceptation tacite par acte concluant de la compétence du tribunal arbitral (« *Einlassung* »). L'exception d'inarbitrabilité du litige répond à la même règle que celle d'incompétence, et doit donc être soulevée d'emblée. En l'occurrence la question de l'arbitrabilité du litige étant largement admise par la doctrine et la jurisprudence, il n'y avait aucune raison de ne pas soulever cette exception d'entrée. Enfin, le Tribunal fédéral a estimé que la recourante n'avait pas d'intérêt digne de protection à l'annulation de la décision attaquée (art. 76 al. 1 let. b LTF), dans la mesure où, notamment, la constatation litigieuse (relative à la question de savoir si le séquestre avait été valablement validé) ne portait pas atteinte à sa situation juridique.

[Rz 21] **Commentaire** : cet arrêt est important, car il clarifie les relations entre l'arbitrage et le droit de la poursuite et de la faillite, plus particulièrement la procédure de séquestre (arts. 271 ss LP). Le Tribunal fédéral confirme, en premier lieu, que l'action (au fond) en validation du séquestre de l'art. 279 LP peut (et doit) être intentée devant un tribunal arbitral lorsque le contrat en cause contient une convention d'arbitrage. Par contre, pour des motifs de non-arbitrabilité des

litiges relevant de la LP, le tribunal arbitral ne pourra ni prononcer la mainlevée de l'opposition au commandement de payer (cf. arts. 80–84 LP ; cette question avait été déjà tranchée auparavant dans un arrêt 5P.55/1990 du 7 mars 1990), ni se prononcer sur la validité ou l'exécution du séquestre. Par conséquent, dans cette affaire le tribunal arbitral n'était pas habilité à constater que le séquestre avait été valablement validé dans les délais de l'art. 279 LP. Concrètement, une fois que le créancier aura obtenu, devant le juge (de mainlevée) compétent, la mainlevée définitive de l'opposition sur la base de la sentence arbitrale, ce sera (exclusivement) à l'office des poursuites compétent, saisi d'une demande de continuation de la poursuite (cf. arts. 88, 279 al. 3 LP), d'examiner si les délais de l'art. 279 LP pour valider le séquestre ont été respectés.

F. ATF 142 III 296 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_628/2015 du 16 mars 2016)

[Rz 22] **Domaines traités** : arbitrage international ; compétence du tribunal arbitral (art. 190 al. 2 LDIP) ; méthodes alternatives de règlement des litiges en tant que préalables obligatoires à l'arbitrage ; examen des règles édictées par la CCI pour résoudre un litige à l'amiable et avec l'aide d'un médiateur dans le cadre d'une procédure encadrée ; bonne foi.

[Rz 23] **Faits** : la société X (« X » ou « la recourante ») et la société Y (« Y » ou « l'intimée ») sont des sociétés actives dans le domaine des hydrocarbures. En 2002, X et Y ont signé deux contrats d'association pour la recherche et l'exploitation de gisements pétrolières dans deux périmètres du territoire concerné. En 2012, les mêmes parties ont conclu deux contrats de groupement en vue de constituer une organisation opérationnelle conjointe pour la conduite et l'exécution des opérations pétrolières sur les gisements pétrolières concernés. Les deux contrats d'association, auxquels renvoyaient les deux contrats de groupement de 2012, contenaient une clause d'arbitrage rédigée en ces termes : « *Tout différend survenant entre les Parties dans l'exécution ou dans l'interprétation du présent Contrat qui ne peut être résolu par les Parties, fera dans un premier temps, l'objet d'une tentative de conciliation en application du Règlement ADR (Alternative Disputes Resolution) [mode alternatif de règlement des différends] de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Tout différend entre les Parties découlant de l'exécution ou de l'interprétation du présent Contrat non résolu par voie de conciliation sera tranché en dernier ressort par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI (UNCITRAL) par trois (3) arbitres nommés conformément à ce règlement. Le droit applicable sera le droit [...]. Le lieu de l'arbitrage sera Genève, Suisse. La langue de l'arbitrage sera le français. Cependant, si nécessaire l'anglais pourra être utilisé* ». Un litige étant survenu entre les deux sociétés, Y a déposé une demande de conciliation auprès du Centre international d'ADR de la CCI (« le Centre ADR ») en application du Règlement ADR de la CCI du 1^{er} juillet 2001 (« le Règlement ADR »). Une séance de conciliation a été initialement fixée, puis les parties ont décidé, d'un commun accord, de la reporter. Y a engagé une procédure d'arbitrage contre X. Dans un courrier du même jour adressé à la conciliatrice, Y a constaté l'échec de la conciliation, qu'elle a imputé à X. Elle a fait part à la conciliatrice de son intention de ne pas poursuivre la procédure ad hoc et lui a indiqué avoir déposé une notification d'arbitrage. X s'est opposée à la clôture de la procédure de conciliation. Elle a indiqué à la conciliatrice qu'il n'y avait pas de raison de prononcer la fin de la procédure de conciliation, celle-ci n'ayant pas commencé pour des motifs indépendants de sa volonté. Dans un courrier du 21 janvier 2015, la conciliatrice a informé les parties qu'elle ne pouvait pas notifier la clôture de la procédure à la CCI sans que la discussion prévue à l'art. 5 para. 1 du Règlement ADR ait eu lieu. Partant, qu'elle leur a proposé

de nouvelles dates pour la tenue d'une réunion à Paris en présence des conseils et des représentants des deux parties. Toutefois, Y a maintenu que la procédure de conciliation avait pris fin. La conciliatrice a dès lors informé les parties qu'elle interprétait le comportement de Y comme un retrait du dossier par celle-ci et elle en a informé le Centre ADR. Celui-ci a ensuite constaté que Y entendait retirer la demande de conciliation et il a invité les parties à lui adresser leurs commentaires. Suite à un échange supplémentaire entre les parties, le Centre ADR a confirmé qu'il considérait que Y entendait retirer la demande de conciliation. Dans un autre courrier, relevant que la part de l'avance de frais afférente à Y n'avait pas été payée, il a constaté que la procédure d'ADR s'achevait conformément à l'art. 6 para. 1 let. f du Règlement ADR. Dans le cadre de la procédure d'arbitrage, X a contesté la compétence du tribunal arbitral. Celui-ci a décidé de se prononcer uniquement sur cette question dans la première phase de la procédure. Il a confirmé sa compétence, rejeté l'exception d'incompétence de X et il a déclaré la demande de Y recevable. X a formé un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral en vue d'obtenir l'annulation de la sentence et la constatation de l'incompétence *ratione temporis* du tribunal arbitral dans cette affaire. Le Tribunal fédéral a admis le recours et annulé la sentence arbitrale.

[Rz 24] **Droit** : le Tribunal fédéral rappelle d'abord que les ADR rencontrent un grand succès en Europe et en Suisse. La conciliation et la médiation font notamment partie de ces méthodes. À l'instar d'autres institutions, la CCI a édicté le Règlement ADR en 2001, puis le Règlement de médiation en 2014. La procédure décrite par le Règlement ADR se caractérise notamment par le fait que, dans l'hypothèse où les parties ont passé un accord écrit de soumettre leur différend au Règlement ADR, elles ne peuvent plus renoncer à cette procédure avant qu'ait eu lieu la première discussion avec le Tiers, tel que prévu à l'art. 5 par. 1 dudit règlement. Dans la mesure où la procédure a un effet obligatoire pour les parties, la discussion entre les parties et le Tiers a son importance, qu'elle conduise ou non à un accord. Ensuite, le Tribunal fédéral analyse la clause litigieuse à la lumière du Règlement ADR auquel elle renvoie. Il rappelle à cet égard que l'interprétation d'une clause arbitrale se fait selon les règles générales du droit des contrats, en recherchant d'abord la réelle et commune volonté des parties (art. 18 al. 1 CO), puis, à défaut d'y parvenir, en établissant selon le principe de la confiance le sens qu'elles pouvaient et devaient donner de bonne foi à la clause litigieuse (art. 18 al. 2 CO). En l'espèce, une telle interprétation de la clause litigieuse conduit à admettre que la validité du recours à l'arbitrage est subordonnée à une tentative de conciliation conformément au processus établi par le Règlement ADR. Dans cette affaire, Y n'a pas respecté le préalable obligatoire qu'est la tentative de conciliation. L'art. 5 para. 1 du Règlement ADR a la teneur suivante : « [...] [la] discussion avec le Tiers peut également [avoir lieu] sous la forme d'une conférence téléphonique, d'une vidéoconférence ou toute autre forme adéquate ». Le tribunal arbitral a interprété l'expression « toute autre forme adéquate » comme pouvant être un échange de courriers ou courriels. Or, ces moyens ne permettent pas l'unité de temps qu'une discussion impose. De plus, en l'espèce, ces échanges de courriels ne constituaient qu'un préalable à l'entretien prévu dans la mesure où il était question de repousser ledit entretien. Il n'y a ainsi pas eu de tentative de conciliation conforme au Règlement ADR. L'intimée reproche à la recourante d'avoir agi de façon abusive. Pourtant, il relève clairement des faits que la recourante a, à chaque étape de la procédure, manifesté sa volonté de poursuivre la conciliation et de contester la compétence du tribunal arbitral. Ainsi, le grief d'abus de droit ne saurait prospérer. Le Tribunal fédéral se penche ensuite sur la manière de sanctionner la violation d'une convention de médiation imposant aux parties de ne pas procéder devant un tribunal arbitral sans avoir recouru préalablement à ce mode alternatif de résolution des litiges. Après avoir rappelé qu'une

solution adaptée à tous les cas de figure n'était probablement pas possible, le Tribunal fédéral estime que sanctionner par des dommages-intérêts la partie qui refuse de se soumettre à l'obligation de recourir à un préalable obligatoire à l'arbitrage ou de poursuivre jusqu'au bout la procédure spécifique en cours visant à favoriser un règlement du différend à l'amiable n'est pas une solution satisfaisante. Il renonce également à prononcer l'irrecevabilité de la demande d'arbitrage. Suivant la doctrine majoritaire sur ce point, il décide de suspendre l'arbitrage et fixe un délai aux parties pour reprendre la procédure de conciliation convenue.

[Rz 25] **Commentaire** : cet arrêt est important, car le Tribunal fédéral y tranche une question largement débattue en doctrine, à savoir celle de l'effet du non-respect d'une clause ADR sur la procédure arbitrale. En résumé, en cas de non-respect d'une telle clause sans raison légitime, le tribunal arbitral devrait temporairement suspendre la procédure arbitrale jusqu'à ce que le processus de médiation ait été mené à terme, le cas échéant en fixant un délai aux parties pour introduire ou reprendre ledit processus. Même si cet arrêt précise qu'il n'est pas aisé de donner une réponse unique qui pourrait s'appliquer dans toutes les hypothèses de non-respect d'une clause ADR comme préalable à une procédure d'arbitrage, il semble qu'une telle solution devrait s'appliquer dans la vaste majorité des cas.³ En effet, la solution proposée par le Tribunal fédéral est pragmatique et doit être saluée. D'une part, allouer des dommages et intérêts à la partie se prévalant de la clause ADR n'est pas aisé, notamment au vu des difficultés de quantifier un tel dommage. D'autre part, l'irrecevabilité de la demande d'arbitrage ne serait pas satisfaisante du point de vue de l'économie de la procédure car, en cas d'échec de la procédure de médiation, il faudrait constituer un nouveau tribunal arbitral, ce qui aurait pour effet de prolonger la procédure et d'en augmenter les coûts. L'irrecevabilité comporte également des risques en termes d'interruption de la prescription. La suspension de la procédure d'arbitrage apparaît dès lors comme une solution opportune et équilibrée. Dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence antérieure, selon laquelle le défendeur ne saurait invoquer, de manière abusive, le non-respect d'une clause ADR afin de « torpiller » l'arbitrage (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_18/2007 du 6 juin 2007 ; sur la question de l'effet d'une clause ADR sur la procédure d'arbitrage, cf. ég. arrêts du Tribunal fédéral 4A_46/2011 du 16 mai 2011 ; 4A_124/2014 du 7 juillet 2014). On peut néanmoins émettre quelques doutes sur l'interprétation extensive donnée par le Tribunal fédéral au concept de « compétence *ratione temporis* »⁴ et, plus particulièrement, sur la question de savoir si le non-respect de clauses ADR – qui a plutôt trait à la recevabilité de la requête d'arbitrage – relève de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP. Dans l'hypothèse où une partie introduit l'arbitrage en dépit d'une clause ADR, on peut néanmoins douter des chances d'aboutir à une conciliation ou à une médiation, lesquelles présupposent une volonté des parties de coopérer à la résolution du litige. Dans de telles circonstances, il n'est pas forcément opportun de contraindre les parties à recourir à une procédure d'ADR. Rien ne devrait d'ailleurs empêcher les parties, après l'introduction de l'arbitrage, de reprendre les négociations, le cas échéant sous forme de conciliation ou de médiation. En revanche, si la clause ADR est obligatoire, c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'ADR est une condition (suspensive) de l'arbitrage, le tribunal arbitral n'est pas habilité à se saisir de l'affaire tant que le processus de conciliation ou de médiation n'a pas été mené à son terme. Cet arrêt nous semble dès lors convaincant.

³ Cf. CHRISTOPHER BOOG, Failure to comply with mandatory prearbitral tier can result in stay of arbitration, in : Practical Law Arbitration, 2016 Thomson Reuters.

⁴ Cf. ég. en arbitrage interne : arrêt 4A_407/2017 du 20 novembre 2017, consid. 2.4.2.

G. ATF 142 III 360 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_342/2015 du 26 avril 2016)

[Rz 26] **Domaines traités** : arbitrage international ; égalité des parties et droit d'être entendu (art. 190 al. 2 let. d LDIP) ; pas de droit absolu à un double échange d'écritures en matière d'arbitrage.

[Rz 27] **Faits** : les demanderessees (X1, X2, X3 et X4) sont des sociétés de droit turc affiliées au même groupe (groupe X) et actives depuis les années 1950 dans le domaine des appareils électriques. En 1995, la défenderesse (Z), société de droit allemand active dans le même secteur d'activité et désireuse de s'étendre sur le marché turc, a acquis des parts de capital d'une société (X5) du groupe X et l'a renommée X6. En 2003, les demanderessees ont vendu l'intégralité de leurs parts restantes dans X6 à Z par un contrat de vente d'actions soumis au droit turc (SPA). Le SPA impose notamment à Z de pourvoir à un contrat de distribution (DA) avec la société A (filiale du groupe X fabriquant les appareils électroniques de X6 jusqu'alors). Le DA a été signé la même année. En 2008, X6 a résilié le DA pour des raisons diverses en lui réclamant le paiement de USD 10 millions. Le litige qui en a résulté a été soumis aux tribunaux turcs. En 2013, se fondant sur une clause arbitrale du SPA, les demanderessees ont déposé une requête d'arbitrage afin de faire constater l'extinction du SPA en raison de la résiliation du DA. En 2014, un tribunal arbitral, siégeant à Zurich, a été constitué. Les parties se sont mises d'accord pour régler, de façon préalable, la question de l'incidence de la résiliation du DA sur le SPA. Un calendrier procédural a été mis sur pied, lequel prévoyait un seul échange d'écritures (« [...] *the Procedural Timetable provides only for the submission of a Statement of Claim and Statement of Defence. [...]* »). Suite à cet (unique) échange d'écritures, le tribunal arbitral a clôturé la première phase de procédure. Le lendemain de la clôture, les demanderessees ont sollicité un second échange d'écritures, y compris l'autorisation de déposer des déclarations de témoins complémentaires et un avis de droit. Le tribunal arbitral a rejeté la requête des demanderessees. Celles-ci ont invoqué que les règles de procédure n'étaient pas claires et que la décision du tribunal arbitral violait la garantie minimale du droit d'être entendu (art. 182 al. 3 LDIP). Le tribunal arbitral a ensuite rendu une décision par laquelle il a constaté, entre autres, que la résiliation du DA n'avait pas entraîné l'extinction du SPA. Les demanderessees ont formé un recours en matière civile au Tribunal fédéral afin d'obtenir l'annulation de ladite décision en invoquant le grief de la violation du droit d'être entendu (cf. art. 190 al. 2 let. d LDIP). Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

[Rz 28] **Droit** : le droit d'être entendu en matière d'arbitrage (art. 182 al. 3 et 190 al. 2 let. d LDIP) a, en principe, le même contenu que celui consacré en droit constitutionnel. Il faut ainsi pouvoir s'exprimer sur les faits essentiels du jugement, présenter son argumentation juridique ou encore proposer ses moyens de preuve. En revanche, ce droit n'englobe pas le droit de s'exprimer oralement. Quant à la motivation de la sentence arbitrale internationale, bien qu'une motivation ne soit pas nécessaire, il existe un devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes pertinents. En revanche, le droit d'être entendu en procédure contradictoire suisse est fortement restreint dans le domaine de l'arbitrage international. En effet, les exigences strictes du Tribunal fédéral quant au droit de réplique, à l'aune de la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), ne peuvent être reprises telles quelles en matière d'arbitrage (tant interne qu'international). Il en résulte que, dans ce domaine, on ne peut déduire du droit d'être entendu un droit absolu à un double échange d'écritures, bien que cette méthode soit usuelle.

[Rz 29] **Commentaire** : dans cet arrêt, le Tribunal fédéral retient, à juste titre, que les parties peuvent valablement renoncer à un deuxième échange d'écritures. Dans une telle hypothèse, à

défaut d'un accord de l'autre partie, une partie n'est pas habilitée à solliciter, après le premier échange d'écritures, qu'un deuxième échange d'écritures soit ordonné. Néanmoins, sous l'angle de la garantie du droit d'être entendu, il nous semble qu'un deuxième échange d'écritures, ou à tout le moins la possibilité pour le demandeur de produire des contre-preuves (y compris un avis de droit répondant à une *legal opinion* déposée par le défendeur), pourrait être ordonné dans des circonstances exceptionnelles, en particulier lorsque le défendeur invoque de nouveaux moyens de preuves dans sa réponse qui ne pouvaient être anticipés par le demandeur au stade de la demande. Le cas échéant, le deuxième échange d'écritures pourrait être limité à l'administration de contre-preuves (« *rebuttal evidence* »).⁵

II. Arbitrage interne

A. ATF 142 III 284 (arrêt 4A_422/2015 du 16 mars 2016) (unique)

[Rz 30] **Domaines traités** : arbitrage interne ; renonciation à l'arbitrage ; droit d'être entendu ; nature juridique de la décision par laquelle le tribunal arbitral rayé la cause du rôle et répartit les frais et dépens de la procédure après qu'une partie a renoncé à l'arbitrage (art. 378 al. 2 CPC).

[Rz 31] **Faits** : en 2014, un litige opposant X et Y (demanderesse ; intimées) d'une part, et A et B (défenderesse ; recourantes) d'autre part, a été porté devant un tribunal arbitral. Les défenderesses n'ont pas donné suite à une ordonnance du tribunal arbitral les invitant à effectuer une avance de frais. Le tribunal arbitral leur a imparti un nouveau délai pour verser la somme demandée. En vain. Face à leur refus, il a ensuite imparti aux demanderesse un délai pour avancer la part des défenderesses ou pour renoncer à l'arbitrage. Les demanderesse ayant renoncé à l'arbitrage, il a classé la procédure arbitrale et l'a rayée du rôle, en précisant que sa décision n'avait pas force de chose jugée sur le fond. Le Tribunal arbitral a également décidé que chacune des parties supporterait la moitié des frais de la procédure arbitrale et a compensé les dépens. A et B ont formé un recours en matière civile, fondé notamment sur le grief de l'art. 393 let. d CPC, en concluant principalement à ce que les frais soient mis intégralement à charge de X et Y et à ce que ces dernières soient condamnées solidairement à leur verser une indemnité au titre de dépens de la procédure arbitrale.

[Rz 32] **Droit** : les sentences attaquables sont énumérées à l'art. 392 CPC ; elles peuvent être finales, partielles ou incidentes. La décision du tribunal arbitral de rayer la procédure arbitrale du rôle (cf. art. 378 CPC) est une décision de radiation, laquelle entérine un choix déjà fait par une partie de renoncer à l'arbitrage. Il ne s'agit pas véritablement d'une sentence finale, car elle n'empêche pas d'ouvrir une autre procédure arbitrale ou judiciaire. Tel n'est, en revanche, pas le cas du prononcé relatif aux frais et dépens, qui est une véritable sentence finale. Dans le cas concret, les recourantes se plaignent notamment de la violation de leur droit d'être entendues (art. 393 let. d CPC). Ce motif de recours est repris des règles régissant l'arbitrage international (art. 190 al. 2 let. d LDIP) et, dès lors, la jurisprudence y relative est en principe applicable à l'arbitrage interne. Ainsi, en procédure arbitrale, chaque partie a le droit de s'exprimer sur les faits

⁵ Cf. p.ex. en matière d'arbitrage devant le Tribunal Arbitral du Sport (TAS) plus particulièrement au regard de l'art R56 du code TAS : ANTONIO RIGOZZI/ERIKA HASLER, Article R56 du Code TAS, p. 1653 N 14, in : Manuel Arroyo (éd.), Arbitration in Switzerland – The Practitioner's Guide, vol. II, 2^e éd., 2018 Wolters Kluwer et les références citées.

essentiels pour le jugement, de présenter son argumentation juridique, de proposer ses moyens de preuve sur des faits pertinents et de prendre part aux séances du tribunal arbitral. Au vu de la nature formelle du droit d'être entendu, sa violation entraîne l'annulation de la sentence attaquée. La décision litigieuse s'apparente à celle que le juge étatique rend lorsque la procédure est devenue sans objet (art. 242 CPC). Dans pareil cas, la doctrine considère que le tribunal doit entendre les parties avant de statuer sur les frais et dépens d'une procédure devenue sans objet. L'examen du Message du CPC et la pratique du Tribunal fédéral, qui applique l'art. 72 PCF par analogie, amènent au même constat. Le Tribunal fédéral estime que cette garantie s'applique également devant un tribunal arbitral. C'est donc à bon droit que les recourantes se sont plaintes de la violation de leur droit d'être entendues. Partant, le Tribunal fédéral a annulé la sentence litigieuse.

[Rz 33] **Commentaire** : bien que rendu en matière d'arbitrage interne, cet arrêt est également pertinent en matière d'arbitrage international dès lors que les mêmes exigences sont applicables en matière de droit d'être entendu (cf. art. 393 let. d CPC ; 190 al. 2 let. d LDIP). Sauf à violer le droit d'être entendu des parties, le tribunal arbitral ne peut régler le sort des frais et dépens de la procédure arbitrale sans leur avoir donné, au préalable, la possibilité de se prononcer sur le sort des frais et dépens d'une procédure devenue sans objet.

Seconde partie : présentation générale de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international et interne

[Rz 34] La deuxième partie de cette contribution contient une présentation générale de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière d'arbitrage international et interne durant la période concernée (du 1^{er} mars 2016 au 28 février 2018).⁶ Les arrêts sont classés en suivant l'ordre des griefs énumérés aux arts. 190 al. 2 LDIP et 393 CPC. Des commentaires de l'auteur sont directement inclus dans le résumé de l'arrêt concerné (en italique).

I. Arbitrage international

A. Recevabilité du recours en matière civile

1. ATF 142 III 521 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_386/2015 du 7 septembre 2016)

[Rz 35] **Langue de la procédure devant le Tribunal fédéral**. Même si la sentence attaquée a été rédigée en anglais, le mémoire de recours et, le cas échéant, toutes les écritures subséquentes des parties doivent être rédigés dans une langue officielle de la Confédération. En pareille hypothèse,

⁶ Les arrêts et ordonnances suivants n'ont pas été résumés dans la présente contribution, car ils ne présentent pas d'intérêt particulier (par ordre chronologique) : arrêts 4F_5/2016, 4F_7/2016 du 30 mai 2016 ; 4A_64/2016 du 6 juin 2016 ; décision 4A_38/2017 du 3 mai 2017 ; ordonnances 4A_172/2017 du 14 juin 2017 ; 4A_624/2016 du 18 novembre 2016 ; 4A_526/2017 du 13 octobre 2017 ; 4A_117/2017 du 18 octobre 2017 ; 4A_119/2017 du 18 octobre 2017 ; arrêts 4A_480/2015 du 31 octobre 2017 ; 4A_510/2017 du 9 novembre 2017 ; 4A_507/2017 du 15 février 2018.

le Tribunal fédéral a pour pratique de conduire la procédure d'instruction et de rendre son arrêt dans la langue du recours.⁷

2. ATF 143 III 462 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_98/2017 du 20 juillet 2017)

[Rz 36] **Acte attaquable.** Le recours en matière civile visé par l'art. 77 al. 1 let. a LTF en liaison avec les art. 190 à 192 LDIP n'est recevable qu'à l'encontre d'une sentence. L'acte attaqué peut être une sentence finale, qui met un terme à l'instance arbitrale pour un motif de fond ou de procédure. Il peut également s'agir d'une sentence partielle, qui porte sur une partie quantitativement limitée d'une prétention litigieuse ou sur l'une des diverses prétentions en cause ou encore qui met fin à la procédure à l'égard d'une partie des consorts. Enfin, l'acte attaqué peut être une sentence préjudicielle ou incidente qui règle une ou plusieurs questions préalables au fond ou de procédure. En revanche une simple ordonnance de procédure [*tel que l'ordre de suspendre provisoirement la cause*]⁸ pouvant être modifiée ou rapportée en cours d'instance n'est pas susceptible de recours.⁹ Il en va de même d'une décision sur mesures provisionnelles (cf. art. 183 LDIP).¹⁰ Pour juger de la recevabilité du recours, ce qui est déterminant n'est pas la dénomination du prononcé entrepris, mais le contenu de celui-ci.¹¹

3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_692/2016 du 20 avril 2017 (non publié)

[Rz 37] **Acte attaqué ; Tribunal Arbitral du Sport.** L'acte attaqué ne doit pas nécessairement émaner de la Formation qui a été désignée pour statuer dans la cause en litige ; il peut aussi être le fait du président d'une Chambre arbitrale du TAS, voire du secrétaire général de ce tribunal arbitral. Pour juger de la recevabilité du recours, ce qui est déterminant n'est pas la dénomination du prononcé entrepris, mais le contenu de celui-ci.¹² Une ordonnance de clôture (*Termination order*), par laquelle la déclaration d'appel est réputée retirée en raison du non-paiement de l'avance de frais (cf. art. R64.2 du Code TAS), s'apparente à une décision d'irrecevabilité. Elle est dès lors susceptible de recours.¹³

4. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017 (non publié)

[Rz 38] **Acte attaqué ; décision sur la validité d'une clause d'exclusion (cf. art. 176 al. 2 LDIP ; art. 353 al. 2 CPC) ; forclusion.** La décision par laquelle un tribunal arbitral se prononce sur la validité d'une clause d'exclusion au sens de l'art. 176 al. 2 LDIP ou de l'art. 353 al. 2 CPC

⁷ Cf. not. arrêts 4A_616/2015 du 20 septembre 2016, consid. 1 ; 4A_116/2016 du 13 décembre 2016, consid. 1 ; 4A_188/2016 du 11 janvier 2017, consid. 1 ; 4A_690/2016 du 9 février 2017, consid. 1 ; 4A_40/2017 du 8 mars 2017, consid. 1 ; 4A_692/2016 du 20 avril 2017, consid. 1 ; 4A_34/2016 du 25 avril 2017, consid. 1.

⁸ Cf. en arbitrage interne : arrêts 4A_555/2016 du 10 octobre 2016, consid. 3.1 ; 4A_546/2016 du 27 janvier 2017, consid. 1.2.

⁹ Cf. ég. arrêt 4A_30/2018 du 8 février 2018.

¹⁰ Cf. ég. arrêts 4A_524/2016 du 20 septembre 2016, consid. 2.1 ; 4A_692/2016 du 20 avril 2017, consid. 2.3.

¹¹ Cf. ég. arrêts 4A_524/2016 du 20 septembre 2016, consid. 2.1. Cf. ég. en arbitrage interne : arrêts 4A_555/2016 du 10 octobre 2016, consid. 3.1 ; 4A_555/2016 du 10 octobre 2016, consid. 3.1.

¹² Cf. ég. arrêt 4A_384/2017 du 4 octobre 2017, consid. 1.2.

¹³ Cf. ég. arrêt 4A_384/2017 du 4 octobre 2017, consid. 1.2.

est sujette à recours [*immédiat si prononcée dans le cadre d'une décision incidente sur compétence; cf. art. 190 al. 3 LDIP*].

5. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_136/2016 du 3 novembre 2016 (non publié)

[Rz 39] **Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral; constatation des faits.** Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits constatés dans la sentence attaquée (cf. art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut pas rectifier ou compléter d'office les constatations des arbitres, même si les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ou en violation du droit (cf. l'art. 77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l'art. 105 al. 2 LTF), fussent-ils établis par les éléments de preuve figurant dans le dossier de l'arbitrage.¹⁴ En revanche, le Tribunal fédéral conserve la faculté de revoir l'état de fait à la base de la sentence attaquée si l'un des griefs mentionnés à l'art. 190 al. 2 LDIP [*respectivement, à l'art. 393 CPC en arbitrage interne*]¹⁵ est soulevé à l'encontre dudit état de fait ou que des faits ou des moyens de preuve nouveaux sont exceptionnellement pris en considération dans le cadre de la procédure du recours en matière civile.¹⁶

6. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_34/2016 du 25 avril 2017 (non publié)

[Rz 40] **Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral; constatation des faits; déroulement de la procédure.** Les constatations du tribunal arbitral quant au déroulement de la procédure lient le Tribunal fédéral, sous les mêmes réserves [*que celles relatives à la constatation des faits*],¹⁷ qu'elles aient trait aux conclusions des parties, aux faits allégués ou aux explications juridiques données par ces dernières, aux déclarations faites en cours de procès, aux réquisitions de preuves, voire au contenu d'un témoignage ou d'une expertise ou encore aux informations recueillies lors d'une inspection oculaire.¹⁸

7. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_312/2017 du 27 novembre 2017 (non publié)

[Rz 41] **Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral; constatation des faits figurant dans la partie juridique de la sentence.** [*Le Tribunal fédéral statue sur la base de faits constatés dans la sentence*

¹⁴ Cf. ég. arrêt 4A_318/2017 du 28 août 2017, consid. 3.3 : le Tribunal fédéral doit s'en tenir aux faits constatés dans la sentence entreprise.

¹⁵ Cf. en arbitrage interne : arrêts 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 2; 4A_407/2017 du 20 novembre 2017, consid. 1.5.

¹⁶ Cf. not. arrêts 4A_116/2016 du 13 décembre 2016, consid. 3; 4A_32/2016 du 20 décembre 2016, consid. 3; 4A_188/2016 du 11 janvier 2017, consid. 3; 4A_704/2015 du 16 février 2017, consid. 2; 4A_692/2016 du 20 avril 2017, consid. 3; 4A_34/2016 du 25 avril 2017, consid. 2.2; 4A_157/2017 du 14 décembre 2017, consid. 2.2; 4A_492/2016 du 7 février 2017, consid. 2.5; cf. ég. en arbitrage interne : arrêts 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 2; 4A_407/2017 du 20 novembre 2017, consid. 1.5; 4A_156/2016 du 23 août 2016, consid. 1.3.

¹⁷ Cf. ci-dessus, arrêt 4A_136/2016 du 3 novembre 2016, consid. 3.1 : le Tribunal fédéral conserve la faculté de revoir les faits si l'un des griefs mentionnés à l'art. 190 al. 2 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP; RS 291) est soulevé à l'encontre dudit état de fait ou que des faits ou des moyens de preuve nouveaux sont exceptionnellement pris en considération dans le cadre de la procédure du recours en matière civile.

¹⁸ Cf. ég. arrêts 4A_34/2016 du 25 avril 2017, consid. 2.2; 4A_50/2017 du 11 juillet 2017, consid. 2.2; ATF 143 III 578, consid. 3.2.2.1 (arrêt 4A_12/2017 du 19 septembre 2017); cf. ég. en arbitrage interne : arrêt 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 2.

attaquée.] Il n'importe à cet égard pas que la constatation de faits pertinents figure dans la partie juridique de la sentence, et non dans celle réservée au résumé des faits.

8. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_157/2017 du 14 décembre 2017

[Rz 42] **(Non-)Admissibilité de faits nouveaux et de preuves nouvelles.** L'art. 99 al. 1 LTF, dont l'art. 77 al. 2 LTF n'exclut pas l'application par analogie dans une procédure de recours en matière civile relative à une sentence arbitrale, proscriit les faits nouveaux et les preuves nouvelles dans un recours en matière civile formé à l'encontre d'une sentence arbitrale.

9. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017 (non publié)

[Rz 43] **Admissibilité de moyens nouveaux concernant la recevabilité du recours.** Les (nouvelles) allégations et pièces ayant trait à la recevabilité du recours ne tombent pas sous le coup de l'interdiction des moyens nouveaux (cf. art. 99 al. 1 LTF, disposition non visée par la clause d'exclusion de l'art. 77 al. 2 LTF). Le Tribunal fédéral examine cette question d'office.

10. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_704/2015 du 16 février 2017 (non publié)

[Rz 44] **Exigence de motivation.** Pour satisfaire à son obligation de motiver, le recourant doit discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'auteur de cette décision a méconnu le droit.¹⁹ Il ne pourra le faire que dans les limites des seuls griefs énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP lorsque l'arbitrage revêt un caractère international.²⁰ La motivation doit être maintenue dans le seul acte de recours, de sorte que le recourant ne saurait user du procédé consistant à prier le Tribunal fédéral de bien vouloir se référer aux allégués, preuves et offres de preuve contenus dans les écritures versées au dossier de l'arbitrage.²¹

11. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2017 du 4 octobre 2017 (non publié)

[Rz 45] **Griefs recevables ; CEDH et Cst. féd.** Une partie ne peut se plaindre directement, dans le cadre d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral formé contre une sentence arbitrale ou une décision apparentée, d'une violation de la CEDH ou de la Cst. féd. par le tribunal arbitral, même si les principes découlant de ces instruments juridiques peuvent servir, le cas échéant, à concrétiser les garanties invoquées sur la base de l'art. 190 al. 2 LDIP.²²

¹⁹ Cf. not. arrêts 4A_536/2016, 4A_540/2016 du 26 octobre 2016, consid. 4.2; 4A_522/2016 du 2 décembre 2016, consid. 3.1; cf. ég. en arbitrage interne : 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 1.2; 4A_312/2017 du 27 novembre 2017, consid. 3.3.1; 4A_157/2017 du 14 décembre 2017, consid. 2.2; 4A_206/2016 du 20 mai 2016, consid. 5; 4A_214/2016 du 4 mai 2016, consid. 3.1.

²⁰ Cf. ég. arrêts 4A_444/2016 du 17 février 2017; 4A_34/2016 du 25 avril 2017, consid. 2.2; 4A_50/2017 du 11 juillet 2017, consid. 2.2; 4A_157/2017 du 14 décembre 2017, consid. 2.2.

²¹ Cf. not. arrêts 4A_34/2016 du 25 avril 2017, consid. 2.2; 4A_50/2017 du 11 juillet 2017, consid. 2.2; cf. ég. en arbitrage interne : 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 1.2; 4A_157/2017 du 14 décembre 2017, consid. 2.2.

²² Cf. ég. arrêt 4A_80/2017 du 25 juillet 2017, consid. 2.2.

12. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_490/2016 du 6 mars 2017 (non publié)

[Rz 46] **Compétence ; exception à la nature cassatoire du recours en matière civile.** Voie de droit extraordinaire, le recours en matière civile est purement cassatoire (cf. l'art. 77 al. 2 LTF excluant l'application de l'art. 107 al. 2 LTF dans la mesure où cette disposition permet au Tribunal fédéral de statuer sur le fond de l'affaire). Toutefois, lorsque le litige porte sur la compétence ou la composition d'un tribunal arbitral, il a été admis, par exception, que le Tribunal fédéral pouvait constater lui-même la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral, respectivement qu'il pouvait prononcer lui-même la récusation de l'arbitre.²³

13. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_116/2016 du 13 décembre 2016 (non publié)

[Rz 47] **Réplique.** Une telle écriture ne saurait être utilisée pour compléter, hors délai, une motivation insuffisante.²⁴

14. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_32/2016 du 20 décembre 2016 (non publié)

[Rz 48] **Observations sur recours ; Tribunal Arbitral du Sport.** Une partie ne saurait se plaindre du fait que les observations sur recours ont été adressées au nom et pour le compte du Tribunal Arbitral du Sport ou qu'elles ont été formulées par le Secrétaire général du TAS, plutôt que par la Formation ayant rendu la sentence attaquée.

15. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_188/2016 du 11 janvier 2017 (non publié)

[Rz 49] **Dépens en faveur de l'arbitre.** L'arbitre ou le tribunal arbitral dont la sentence est attaquée n'a pas droit à des dépens pour les observations qu'il a déposées sur le recours ou sur d'autres requêtes du recourant devant le Tribunal fédéral.

16. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017 (non publié)

[Rz 50] **Dies a quo du délai de recours ; sentence du Tribunal Arbitral du Sport.** La notification par fax ou par courrier électronique d'une sentence TAS ne fait pas courir le délai de recours de l'art. 100 al. 1 LTF.

17. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_704/2015 du 16 février 2017 (non publié)

[Rz 51] **Féries.** Le délai de recours de 30 jours (cf. art. 100 al. 1 LTF) est suspendu pendant les fêtes de l'art. 46 al. 1 let. c LTF.²⁵

²³ Cf. ég. arrêts 4A_407/2017 du 20 novembre 2017, consid. 1.4; 4A_492/2016 du 7 février 2017, consid. 2.3; 4A_473/2016 du 16 février 2017, consid. 1.1.

²⁴ Cf. not. arrêts 4A_704/2015 du 16 février 2017, consid. 2; 4A_34/2016 du 25 avril 2017, consid. 2.2; 4A_50/2017 du 11 juillet 2017, consid. 2.2; 4A_492/2016 du 7 février 2017, consid. 2.4; cf. ég. en arbitrage interne : 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 1.2; 4A_157/2017 du 14 décembre 2017, consid. 2.2.

²⁵ Cf. ég. arrêt 4A_444/2016 du 17 février 2017; cf. ég. en arbitrage interne : arrêt 4A_473/2016 du 16 février 2017, consid. 1.2

18. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_692/2016 du 20 avril 2017 (non publié)

[Rz 52] **Respect du délai de réponse fixé par le Tribunal fédéral.** En vertu de l'art. 48 al. 1 LTF, les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse. Le dépôt d'une écriture par télécopie ne permet pas de respecter le délai [*il en est de même de la remise du pli à une entreprise privée spécialisée dans le transport du courrier*].

19. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_206/2017 du 6 octobre 2017 (non publié)

[Rz 53] **Recevabilité ; règles de jeu en matière sportive.** La recevabilité du recours (en matière civile) auprès du Tribunal fédéral suppose que des questions de droit soient litigieuses et non pas uniquement l'application de règles de jeu, lesquelles ne se prêtent en principe pas à un contrôle judiciaire.

20. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_497/2015 du 24 novembre 2016 (non publié)

[Rz 54] **Recevabilité ; motivation alternative.** La jurisprudence exige, sous peine d'irrecevabilité, d'argumenter sur tous les motifs de l'arrêt attaqué dans la mesure où chacun d'eux suffit à sceller le sort de la cause.

21. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017 (non publié)

[Rz 55] **Internationalité de l'arbitrage ; exception d'irrecevabilité violant les règles de la bonne foi ; renoncement au recours.** L'art. 77 al. 1 LTF distingue l'arbitrage international (let. a) de l'arbitrage interne (let. b). Selon l'art. 176 al. 1 LDIP, qui utilise un critère formel pour décider de l'internationalité d'un arbitrage, l'arbitrage est international si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse.²⁶ *A contrario*, l'arbitrage est interne lorsque le tribunal arbitral a son siège en Suisse et que le chapitre 12 de la LDIP n'est pas applicable (art. 353 al. 1 CPC). Le moment auquel il faut se placer pour déterminer le domicile ou la résidence habituelle des parties est celui de la conclusion de la convention d'arbitrage. Par conséquent, un arbitrage peut être international alors même que la cause ne présente plus aucun élément d'extranéité au début de la procédure, parce que l'une des parties a transféré son domicile en Suisse après la conclusion de la convention d'arbitrage. Les parties ont, en outre, la possibilité de faire un *opting out*, c'est-à-dire d'opter pour l'application de la troisième partie du CPC, à l'exclusion du chapitre 12 de la LDIP, lorsque l'arbitrage revêt un caractère international, et vice versa (cf. art. 176 al. 2 LDIP et art. 353 al. 2 CPC).

[Rz 56] Examen du moment déterminant lorsque la compétence de la juridiction arbitrale, eu égard aux particularités de l'arbitrage disciplinaire sportif, ne découle pas directement de la conclusion d'une convention d'arbitrage à proprement parler, mais repose sur un autre fondement, à savoir les statuts ou les règlements de l'organisme sportif ayant prononcé la décision litigieuse (cf. art. R47 du Code TAS).

²⁶ Cf. ég. arrêt 4A_206/2016 du 20 mai 2016, consid. 4.

[Rz 57] Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi (cf. art. 52 CPC). Le principe de la bonne foi, ainsi énoncé pour la procédure civile ordinaire, est de portée générale, de sorte qu'il régit également la procédure arbitrale, aussi bien dans le domaine de l'arbitrage interne qu'international.

[Rz 58] L'intimée ne saurait contester la recevabilité du recours [*qui était uniquement fondé sur le grief de l'arbitraire de l'art. 393 let. e CPC*] en tirant argument de la nature internationale de la procédure arbitrale en cause, alors qu'elle n'a pas soulevé la moindre objection quand la Formation a [*de manière erronée*] indiqué aux parties, au début de l'audience d'instruction, qu'elle estimait avoir affaire à un arbitrage interne. En agissant de la sorte, elle adopte un comportement contradictoire qui est incompatible avec les règles de la bonne foi (*venire contra factum proprium*) et qui ne mérite aucune protection. Le Tribunal fédéral a dès lors écarté l'exception d'irrecevabilité soulevée par l'intimée et a décidé de traiter le recours comme un recours en matière civile dirigé contre une sentence rendue dans un arbitrage interne [*et ce en dépit de l'existence d'éléments d'extranéité au regard du critère formel de l'art. 176 al. 1 LDIP*].

[Rz 59] Moment et forme de la convention (ultérieure) excluant l'application du chapitre 12 LDIP au profit de la troisième partie du CPC (cf. art. 176 al. 2 LDIP). Question laissée ouverte par le Tribunal fédéral.

22. ATF 143 III 55 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_500/2015 du 18 janvier 2017)

[Rz 60] **Renonciation au recours.** Il ressort de la jurisprudence fédérale que la pratique n'admet que de manière restrictive les conventions d'exclusion et qu'elle juge insuffisante une renonciation indirecte. Quant à la renonciation directe, elle ne doit pas forcément comporter la mention de l'art. 190 LDIP et/ou de l'art. 192 LDIP. Il suffit que la déclaration expresse des parties fasse ressortir de manière claire et nette leur volonté commune de renoncer à tout recours. Savoir si tel est bien le cas est affaire d'interprétation. La renonciation au recours vise tous les motifs énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP, y compris celui tiré de l'incompétence du tribunal arbitral, à moins que les parties n'aient exclu le recours que pour l'un ou l'autre de ces motifs (art. 192 al. 1 *in fine* LDIP).²⁷

[Rz 61] Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a estimé que la recourante avait adopté un comportement contradictoire qui apparaissait incompatible avec les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC; *venire contra factum proprium*).²⁸ En effet, la recourante avait plaidé, à la fois, l'inexistence du contrat pour échapper à la clause de renonciation à recourir qu'elle avait valablement souscrite et, à l'appui de sa requête d'arbitrage, l'existence du contrat pour en déduire une prétention pécuniaire à l'encontre de l'intimée. Le recours a dès lors été déclaré irrecevable en application de l'art. 192 al. 1 LDIP.

23. ATF 143 III 589 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_53/2017 du 17 octobre 2017)

[Rz 62] **Renonciation au recours ; interprétation de la clause de renonciation.** En application des principes dégagés par la jurisprudence, le Tribunal fédéral a estimé qu'il était en présence d'une renonciation valable au recours, motif pris que la clause litigieuse faisait indubitablement

²⁷ Cf. ég. ATF 143 III 589 consid. 2.1.1 (arrêt 4A_53/2017 du 17 octobre 2017).

²⁸ Cf. ég. arrêt 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 1.1.4.

ressortir la commune volonté des parties de renoncer à tout droit de recourir contre toute décision du tribunal arbitral devant quelque tribunal étatique que ce soit. Il a relevé que cette volonté-là résultait clairement du texte de la clause de renonciation (« [...] *no appeal* [...] *to any court* [...] ») et qu'elle était par ailleurs renforcée et confirmée indirectement par la phrase qui précède ce passage (« *final* » et « *conclusive* »). De même, la clause prévoyait que la sentence à rendre pourrait faire l'objet d'une procédure d'exequatur devant le tribunal étatique compétent. Le Tribunal fédéral a également estimé que le terme « *appeal* » devait être compris dans son acceptation générique, qui embrasse les moyens de droit les plus divers, de sorte que les parties avaient renoncé à la seule voie de droit à l'encontre d'une sentence arbitrale future, à savoir le recours en matière civile au sens de l'art. 77 al. 1 let. a LTF.

24. **Décision du Tribunal fédéral 4A_396/2017 du 23 novembre 2017 (non publiée)**

[Rz 63] ***Cautio judicatum solvi*; Convention de la Haye du 17 juillet 1905 sur la procédure civile.** L'obligation de fournir des sûretés en garantie des dépens de la partie adverse (cf. art. 62 al. 2 LTF) ne s'applique pas uniquement aux personnes physiques ou morales de droit privé ou public, mais aussi aux États étrangers, dès lors qu'ils n'ont pas de domicile fixe en Suisse. Confirmation de la jurisprudence (ATF 77 I 42), selon laquelle l'art. 17 de la Convention de la Haye du 17 juillet 1905 sur la procédure civile dispense de la *cautio judicatum solvi* non seulement les ressortissants des États signataires, mais aussi ces États eux-mêmes. Les mêmes principes prévalent sous l'égide de l'art. 17 de la Convention de la Haye de 1954. Le fait que l'art. 14 de la Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice se réfère, expressément, aux personnes morales en sus des personnes physiques, sans toutefois mentionner les États étrangers, n'implique pas pour autant que ceux-ci ne peuvent se prévaloir de la dispense de la *cautio judicatum solvi*. En effet, cette hypothèse n'a pas été réglée de manière expresse dans la convention de 1980, car il ne s'agit pas de la situation la plus fréquente qui méritait une attention particulière. Les États signataires peuvent être dispensés de la *cautio judicatum solvi* en application de l'art. 17 de la Convention de la Haye de 1954 indépendamment de la question de savoir si le litige résulte d'actes accomplis au même titre qu'un particulier ou d'actes accomplis dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique. Est déterminante la question de savoir si l'État signataire concerné a saisi, respectivement a été attiré devant les juridictions civiles de tribunaux étrangers au même titre qu'un particulier et, partant, ne bénéficie pas d'avantages particuliers.

25. **Ordonnance procédurale du Tribunal fédéral 4A_119/2017 du 13 juin 2017 (non publiée)**

[Rz 64] **Octroi de l'effet suspensif.** Nouvelles exigences relatives à l'octroi de l'effet suspensif au recours. Le fait que la partie intimée est domiciliée à l'étranger est une circonstance suffisante, en principe, pour accorder l'effet suspensif au recours [cf. art. 103 al. 3 LTF].²⁹

²⁹ Cf. ég. ordonnance 4A_12/2017 du 20 février 2017.

B. Désignation irrégulière de l'arbitre unique et composition irrégulière du tribunal arbitral (art. 190 al. 2 let. a LDIP)

1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_704/2015 du 16 février 2017 (non publié)

[Rz 65] **Indépendance et impartialité du tribunal arbitral ; (pas d') effet contraignant des décisions de l'institution d'arbitrage sur les demandes de récusation.** L'art. 190 al. 2 let. a LDIP couvre deux griefs : la violation des règles conventionnelles (art. 179 al. 1 LDIP) ou légales (art. 179 al. 2 LDIP) sur la nomination des arbitres (nombre, qualifications et mode de désignation), d'une part ; le non-respect des règles touchant l'impartialité et l'indépendance des arbitres (art. 180 al. 1 let. b et c LDIP), d'autre part.

[Rz 66] Le Tribunal fédéral se montre exigeant dans l'appréciation du risque de prévention (impartialité objective). Des fautes de procédure ou une décision matériellement erronée ne suffisent pas à fonder l'apparence de prévention d'un tribunal arbitral, sauf erreurs particulièrement graves ou répétées qui constitueraient une violation manifeste de ses obligations.³⁰

[Rz 67] Émanant d'un organisme privé, les décisions (non motivées) de l'institution d'arbitrage sur les demandes de récusation, qui ne peuvent faire l'objet d'un recours direct au Tribunal fédéral, ne lient pas cette cour.³¹ Le Tribunal fédéral peut donc librement revoir si les circonstances invoquées à l'appui des demandes de récusation sont propres à fonder le grief examiné.

2. ATF 142 III 521 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_386/2015 du 7 septembre 2016)

[Rz 68] **Indépendance et impartialité du tribunal arbitral.** Un tribunal arbitral doit, à l'instar d'un tribunal étatique, présenter des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité. Pour examiner si un arbitre présente de telles garanties, il faut se référer aux principes constitutionnels applicables aux tribunaux étatiques, en tenant compte des spécificités de l'arbitrage – surtout en matière d'arbitrage international.³²

[Rz 69] Les lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, édictées par l'International Bar Association, n'ont pas valeur de loi ; elles n'en constituent pas moins un instrument de travail utile, susceptible de contribuer à l'harmonisation et à l'unification des standards appliqués dans le domaine de l'arbitrage international pour le règlement des conflits d'intérêts. Les circonstances du cas concret resteront néanmoins seules décisives pour trancher cette question.

[Rz 70] Dans cette affaire, l'arbitre unique était un avocat membre d'un cabinet suisse travaillant en réseau avec des cabinets d'avocats d'autres pays. L'un de ceux-ci avait conseillé une société sœur de la société partie à l'arbitrage alors que la procédure arbitrale était pendante. Le Tribunal fédéral a estimé que de telles circonstances ne constituaient pas de motif de récusation.

³⁰ Cf. ég. arrêt 4A_236/2017 du 24 novembre 2017, consid. 3.3. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a estimé que le simple fait d'admettre la production tardive de documents par la partie adverse dans la procédure d'arbitrage, ne suffisait pas à démontrer l'existence d'un risque de prévention de l'arbitre unique.

³¹ Cf. ég. arrêt 4A_236/2017 du 24 novembre 2017, consid. 5.4. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé que la décision du juge d'appui concernant une requête de récusation (cf. art. 180 al. 3 LDIP) ne peut faire l'objet d'un recours en matière civile.

³² Cf. ég. arrêts 4A_704/2015 du 16 février 2017, consid. 3.1 ; 4A_236/2017 du 24 novembre 2017, consid. 3.1 et 3.3.

C. Compétence (art. 190 al. 2 let. b LDIP)

1. ATF 143 III 462 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_98/2017 du 20 juillet 2017)

[Rz 71] **Compétence ; types de décisions (sur compétence) attaquables ; forclusion.** Lorsqu'un tribunal arbitral, par une sentence séparée, écarte une exception d'incompétence, il rend une décision incidente (art. 186 al. 3 LDIP), quel que soit le nom qu'il lui donne. En vertu de l'art. 190 al. 3 LDIP, cette décision doit être attaquée immédiatement devant le Tribunal fédéral, mais uniquement pour les motifs tirés de la composition irrégulière (art. 190 al. 2 let. a LDIP) ou de l'incompétence (art. 190 al. 2 let. b LDIP) du tribunal arbitral. Les griefs visés à l'art. 190 al. 2 let. c à e LDIP peuvent être aussi soulevés contre les décisions incidentes au sens de l'art. 190 al. 3 LDIP, mais uniquement dans la mesure où ils se limitent strictement aux points concernant directement la composition ou la compétence du tribunal arbitral.³³

[Rz 72] L'art. 186 al. 3 LDIP prévoit qu'en règle générale, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente. Cette disposition exprime certes une règle, mais celle-ci ne présente aucun caractère impératif et absolu, sa violation étant d'ailleurs dépourvue de sanction. Le tribunal arbitral y dérogera s'il estime que l'exception d'incompétence est trop liée aux faits de la cause pour être jugée séparément du fond. En effet, comme il est tenu d'examiner sans réserve toutes les questions dont dépend sa compétence, lorsque celle-ci est contestée, il ne saurait faire application de la théorie de la double pertinence, car il est exclu de contraindre une partie à souffrir qu'un tel tribunal se prononce sur des droits et obligations litigieux qui ne seraient pas couverts par une convention d'arbitrage valable.

[Rz 73] Si le tribunal arbitral, examinant la question de la compétence à titre préalable, se déclare incompétent, mettant ainsi un terme à la procédure, il rend une sentence finale. L'expression « statue sur sa compétence », qui figure à l'art. 186 al. 3 LDIP, est dès lors trop large en ce qu'elle paraît admettre la possibilité de constater l'incompétence du tribunal arbitral au moyen d'une décision incidente. Aussi cette expression ne peut-elle viser que la décision incidente par laquelle le tribunal arbitral se déclare compétent.

[Rz 74] La sentence partielle proprement dite, mentionnée à l'art. 188 LDIP, peut (et doit) faire l'objet d'un recours immédiat aux mêmes conditions qu'une sentence finale, sous peine de forclusion (cf. art. 190 al. 3 LDIP).³⁴

[Rz 75] De même, le prononcé, rendu en cours de procédure, par lequel le tribunal arbitral se déclare expressément compétent, ce qui signifie que l'arbitrage se poursuivra, est une décision incidente, au sens de l'art. 190 al. 3 LDIP, contre laquelle un recours doit être intenté immédiatement, sous peine de forclusion. Il faut lui assimiler la sentence incidente ou préjudicielle dans laquelle le tribunal arbitral, sans se prononcer directement sur sa compétence, admet néanmoins celle-ci de manière implicite et reconnaissable par le fait même de régler une ou plusieurs questions préalables de procédure ou de fond.³⁵

³³ Cf. ég. arrêt 4A_555/2016 du 10 octobre 2016 : dans cette affaire, le Tribunal fédéral a estimé que la lettre litigieuse que l'arbitre avait adressé aux parties ne constituait pas une décision incidente sur la compétence, mais un document contenant de simples directives de procédure, non susceptibles, comme telles, d'être attaquées devant le Tribunal fédéral.

³⁴ Cf. ég. arrêt 4A_102/2016 du 27 septembre 2016, consid. 3.2.5.

³⁵ Cf. ég. arrêt 4A_524/2016 du 20 septembre 2016, consid. 2.1.

[Rz 76] Quant à la simple ordonnance de procédure pouvant être modifiée ou rapportée en cours d'instance, elle n'est pas susceptible de recours, sauf circonstances exceptionnelles. En effet, la *ratio legis* de la réglementation touchant les décisions incidentes n'est pas d'obliger la partie défenderesse à attaquer n'importe quelle directive de procédure du tribunal arbitral dans le seul but de contester les pouvoirs de celui-ci.

[Rz 77] Le dénominateur commun de toutes ces décisions, hormis celles entrant dans la dernière catégorie citée, est qu'elles règlent une fois pour toutes la question de la compétence du tribunal arbitral, dans un sens ou dans l'autre. En d'autres termes, dans chacune d'entre elles, qu'il s'agisse d'une sentence finale, d'une sentence partielle ou d'une sentence incidente ou préjudicielle, le tribunal arbitral tranche définitivement cette question, en admettant ou en excluant sa compétence par une décision explicite ou un comportement procédural dont le caractère définitif s'imposera à lui ainsi qu'aux parties.

[Rz 78] Seule peut être attaquée directement devant le Tribunal fédéral la décision – incidente ou finale – qui règle une fois pour toutes la question de la compétence du tribunal arbitral. Tel n'est pas le cas de la décision incidente par laquelle le tribunal arbitral écarte définitivement un ou plusieurs motifs alternatifs avancés par la partie défenderesse à l'appui de son exception d'incompétence, tout en se réservant de traiter le ou les motifs restants avec la cause au fond.

2. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_616/2015 du 20 septembre 2016 (non publié)

[Rz 79] **Compétence ; constatation des faits ; fardeau de la preuve.** Le Tribunal fédéral ne revoit à constatation des faits que dans les limites usuelles [*i.e. si l'un des griefs mentionnés à l'art. 190 al. 2 LDIP est soulevé à l'encontre dudit état de fait ou que des faits ou des moyens de preuve nouveaux sont exceptionnellement pris en considération dans le cadre de la procédure du recours en matière civile*],³⁶ même lorsqu'il examine le moyen pris de l'incompétence du tribunal arbitral.³⁷

[Rz 80] Si la recourante parvient à établir, *prima facie*, que le tribunal arbitral est compétent, c'est alors à l'intimée de démontrer qu'il ne l'est pas à y regarder de plus près.

3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_492/2016 du 7 février 2017 (non publié)

[Rz 81] **Compétence ; convention d'arbitrage.** La convention d'arbitrage est un accord par lequel deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables s'entendent pour confier à un tribunal arbitral, en lieu et place du tribunal étatique qui serait compétent, la mission de rendre une sentence à caractère contraignant sur un ou des litige(s) existant(s) [*compromis arbitral*] ou futur(s) [*clause compromissoire*] résultant d'un rapport de droit déterminé. Il importe que la volonté des parties d'exclure la juridiction étatique normalement compétente au profit de la juridiction privée que constitue un tribunal arbitral y apparaisse.³⁸

³⁶ Cf. ég. arrêt 4A_492/2016 du 7 février 2017, consid. 3.1.

³⁷ Cf. ég. arrêts 4A_102/2016 du 27 septembre 2016, consid. 3.2.2 ; 4A_150/2017 du 4 octobre 2017, consid. 3.1 ; cf. ég. en arbitrage interne : arrêt 4A_473/2016 du 16 février 2017, consid. 2.1 : le Tribunal fédéral ne revoit en principe pas les constatations de fait de la sentence attaquée (art. 77 al. 2 en relation avec les art. 97 et 105 al. 2 de la Loi sur le Tribunal fédéral [LTF ; RS 173.110]), à moins que l'un des autres griefs mentionnés à l'art. 393 CPC ne soit soulevé à l'encontre de cet état de fait ou que des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 99 al. 1 LTF) ne doivent être exceptionnellement pris en considération.

³⁸ Cf. ég. en arbitrage interne : arrêts 4A_618/2015 ; 4A_634/2015 du 9 mars 2016, consid. 4.3.

4. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_34/2016 du 25 avril 2017 (non publié)

[Rz 82] **Compétence ; questions (préalables) de droit ; validité matérielle de la clause d'arbitrage.** Saisi du grief d'incompétence, le Tribunal fédéral examine librement les questions de droit, y compris les questions préalables, qui déterminent la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral.³⁹ Le cas échéant, il reverra aussi l'application du droit étranger pertinent ; il le fera également avec une pleine cognition, mais se ralliera à l'avis majoritaire exprimé sur le point considéré, voire, en cas de controverse entre la doctrine et la jurisprudence, à l'opinion émise par la juridiction suprême du pays ayant édicté la règle de droit applicable. Il n'en devient par pour autant une cour d'appel. Aussi, il ne lui incombe pas de rechercher lui-même, dans la sentence attaquée, les arguments juridiques qui pourraient justifier l'admission du grief fondé sur l'art. 190 al. 2 let. b LDIP [*respectivement, en matière d'arbitrage interne : l'art. 393 let. b CPC*].⁴⁰ C'est bien plutôt à la partie recourante qu'il appartient d'attirer son attention sur eux, pour se conformer à l'exigence de motivation telle qu'elle découle de l'art. 77 al. 3 LTF.⁴¹

[Rz 83] Sous cette réserve, le Tribunal fédéral, dans le cadre de son libre examen de tous les aspects juridiques entrant en ligne de compte (*jura novit curia*), sera amené, le cas échéant, à rejeter le grief en question sur la base d'un autre motif que celui qui est indiqué dans la sentence entreprise, pour autant que les faits retenus par le tribunal arbitral suffisent à justifier cette substitution de motifs. Inversement et sous la même réserve, il pourra admettre le grief d'incompétence sur la base d'une nouvelle argumentation juridique développée devant lui par le recourant à partir de faits constatés dans la sentence attaquée.⁴²

[Rz 84] L'art. 178 al. 2 LDIP consacre trois rattachements alternatifs *in favorem validitatis*, sans aucune hiérarchie entre eux, à savoir le droit choisi par les parties, le droit régissant l'objet du litige (*lex causae*) et le droit suisse en tant que droit du siège de l'arbitrage. Elle règle aussi la question du droit applicable à l'interprétation de la convention d'arbitrage.

5. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_188/2016 du 11 janvier 2017 (non publié)

[Rz 85] **Compétence *ratione temporis*.** L'art. 42(1) du Règlement suisse d'arbitrage international, dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012 (Swiss Rules), prévoit que la sentence doit être rendue dans les six mois à partir de la date à laquelle le secrétariat a transmis le dossier au tribunal arbitral. La date décisive est celle de la réception par l'arbitre du dossier qui lui a été transmis par le secrétariat de la Cour d'arbitrage de la Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI).

[Rz 86] En vertu de l'art. 2(2) des Swiss Rules, un délai prévu par ledit règlement commence à courir le lendemain du jour auquel la notification, la communication ou la proposition a été reçue. Application de cette règle au délai de l'art. 42(1) des Swiss Rules.

³⁹ Cf. not. arrêts 4A_616/2015 du 20 septembre 2016, consid. 3.1.1 ; 4A_157/2017 du 14 décembre 2017, consid. 3.3.4 ; cf. ég. en arbitrage interne : arrêts 4A_473/2016 du 16 février 2017, consid. 2.1 ; 4A_407/2017 du 20 novembre 2017, consid. 2.1.

⁴⁰ Cf. ég. en arbitrage interne : arrêt 4A_407/2017 du 20 novembre 2017, consid. 2.1.

⁴¹ Cf. ég. arrêt 4A_616/2015 du 20 septembre 2016, consid. 3.1.1 ; cf. ég. en arbitrage interne : arrêt 4A_473/2016 du 16 février 2017, consid. 2.1.

⁴² Cf. ég. en arbitrage interne : arrêts 4A_473/2016 du 16 février 2017, consid. 2.1 ; 4A_407/2017 du 20 novembre 2017, consid. 2.1.

[Rz 87] Le Tribunal fédéral a estimé que cette affaire était sans commune mesure avec les circonstances ayant donné lieu à l'intervention du Tribunal fédéral dans la cause traitée à l'ATF 140 III 75 où l'arbitre n'avait pas respecté un accord passé par lui avec les deux parties relativement à la fin de sa mission, et ce nonobstant de nombreuses mises en demeure qui lui avaient été adressées en vain. Il a dès lors estimé que le non-respect du délai précité de l'art. 42(1) des Swiss Rules n'avait pas pour effet que l'arbitre était (devenu) incompétent *ratione temporis*.

6. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_40/2017 du 8 mars 2017 (non publié)

[Rz 88] **Usurpation du pouvoir de statuer en équité.** Un tel grief constitue une irrégularité qui n'affecte pas la compétence du tribunal arbitral, mais qui soulève la question des principes juridiques ou de la méthode suivant lesquels le différend opposant les parties doit être tranché. Savoir quelles sont les règles de procédure et de droit de fond que le tribunal arbitral doit appliquer n'est pas un problème de compétence au regard de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP.

7. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_102/2016 du 27 septembre 2016 (non publié)

[Rz 89] **Compétence; *extra potestatem*; application du principe in favorem validitatis (art. 178 LDIP); validité des clauses d'arbitrage en faveur du Tribunal Arbitral du Sport; interprétation de clauses d'arbitrages pathologiques; forclusion.** Le recours pour le motif prévu à l'art. 190 al. 2 let. b LDIP est ouvert lorsque le tribunal arbitral a statué sur des prétentions qu'il n'avait pas la compétence d'examiner, soit qu'il n'existât point de convention d'arbitrage, soit que celle-ci fût limitée à certaines questions ne comprenant pas les prétentions en cause (*extra potestatem*).

[Rz 90] La convention d'arbitrage doit revêtir la forme prescrite par l'art. 178 al. 1 LDIP. S'il ne saurait faire abstraction totale de cette exigence, le Tribunal fédéral examine toutefois avec « bienveillance » le caractère consensuel du recours à l'arbitrage en matière sportive, dans le but de favoriser la liquidation rapide des litiges par des tribunaux spécialisés présentant des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, tel le TAS.

[Rz 91] Les dispositions des conventions d'arbitrage qui sont incomplètes, peu claires ou contradictoires sont considérées comme des clauses pathologiques. Pour autant qu'elles n'aient pas pour objet des éléments devant impérativement figurer dans une convention d'arbitrage, en particulier l'obligation de déférer le litige à un tribunal arbitral privé, de telles clauses n'entraînent pas nécessairement la nullité des conventions d'arbitrage dans lesquelles elles figurent. Il faut, bien plutôt, rechercher par la voie de l'interprétation et, le cas échéant, par celle du complètement du contrat conformément aux règles générales du droit des contrats, une solution qui respecte la volonté fondamentale des parties de se soumettre à une juridiction arbitrale.

[Rz 92] Si la volonté réelle et commune des parties ne peut être établie, il faudra rechercher alors, en appliquant le principe de la confiance, le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques en fonction de l'ensemble des circonstances. Si l'interprétation aboutit à la conclusion que les parties ont voulu soustraire à la juridiction étatique le litige qui les divise pour le faire trancher par un tribunal arbitral, mais que des divergences subsistent au sujet du déroulement de la procédure d'arbitrage,

le principe d'utilité (« *Utilitätsgedanke* ») trouve application de sorte qu'il faut donner à la clause pathologique un sens qui permette de maintenir la convention d'arbitrage.⁴³

[Rz 93] Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a notamment estimé que les recourants avaient tacitement accepté la compétence du TAS en signant, sans soulever d'objection, l'Ordonnance de procédure au début de la procédure d'arbitrage (« *Einlassung* » ; cf. ci-dessous), laquelle précisait que la Formation disposait d'un plein pouvoir d'examen *de novo* (cf. art. R57 du Code TAS).

8. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_672/2016 du 24 janvier 2017

[Rz 94] **Compétence ; clause pathologique.** Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a procédé à l'interprétation d'une clause pathologique stipulant ce qui suit : « *Article 6 Arbitration Rules. This Agreement shall be governed by the substantive Civil Law of Switzerland. All disputes arising out or in connection with this Agreement shall be finally settled in English language by the International Chamber of Commerce of Geneva, under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce, by three arbitrators appointed in accordance with said Rules. The language of the arbitration proceeding shall be English. Place of arbitration shall be Geneva, Switzerland* ».

[Rz 95] En application du principe de la confiance, le Tribunal fédéral a estimé que la convention d'arbitrage prévoyait de soumettre le litige à un tribunal arbitral avec siège à Genève, sous l'égide du règlement de la CCI.

9. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_310/2016 du 6 octobre 2016

[Rz 96] **Compétence ; portée subjective (ou extension) de la convention d'arbitrage ; principe d'interprétation des conventions d'arbitrage.** En vertu du principe de la relativité des obligations contractuelles, la convention d'arbitrage incluse dans un contrat ne lie que les cocontractants. Cependant, dans un certain nombre d'hypothèses, comme la cession de créance, la reprise (simple ou cumulative) de dette ou le transfert d'une relation contractuelle, le Tribunal fédéral admet de longue date qu'une convention d'arbitrage peut obliger même des personnes qui ne l'ont pas signée et qui n'y sont pas mentionnées. En outre, le tiers qui s'immisce dans l'exécution du contrat contenant la convention d'arbitrage est réputé avoir adhéré, par actes concluants, à celle-ci si l'on peut inférer de cette immixtion sa volonté d'être partie à la convention d'arbitrage.⁴⁴ La portée subjective d'une convention d'arbitrage s'étend également au bénéficiaire d'une stipulation pour autrui parfaite, au sens de l'art. 112 al. 2 CO : si cette convention contient une clause compromissoire, le tiers peut s'en prévaloir dans le cadre de l'exécution de sa créance contre le promettant, à moins que la clause d'arbitrage ne l'exclue.

[Rz 97] La question de la portée subjective de la convention d'arbitrage doit être résolue à la lumière de l'art. 178 al. 2 LDIP.

⁴³ Cf. ég. arrêt 4A_672/2016 du 24 janvier 2017, consid. 3.1.2 ; arrêt 4A_150/2017 du 4 octobre 2017, consid. 3.2 (dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a estimé que le Tribunal arbitral s'était déclaré à tort compétent sur la base d'une interprétation des contrats litigieux selon le principe de la confiance et, ce faisant, il a annulé la sentence attaquée) ; cf. ég. en arbitrage interne : arrêt 4A_407/2017 du 20 novembre 2017, consid. 2.3.2.1.

⁴⁴ Cf. ég. arrêt 4A_459/2016 du 19 janvier 2017, consid. 2.1.

[Rz 98] L'interprétation d'une convention d'arbitrage se fait selon les règles générales d'interprétation des contrats [*cf. ci-dessus Rz 24, 92*]⁴⁵

[Rz 99] S'agissant de déroger à une garantie de rang constitutionnel, on se gardera d'admettre trop facilement qu'une convention d'arbitrage a été conclue. En revanche, une fois le principe de l'arbitrage acquis, il faut partir du principe que les parties ont voulu conférer une compétence élargie au tribunal arbitral.⁴⁶

10. ATF 143 III 578 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_12/2017 du 19 septembre 2017)

[Rz 100] **Compétence ; arbitrabilité ; mainlevée définitive de l'opposition ; action en validation de séquestre ; forclusion ; intérêt digne de protection à l'annulation de la décision attaquée.** L'action en validation de séquestre de l'art. 279 LP peut être soumise à un tribunal arbitral [*au titre d'action en reconnaissance de dette au sens de la disposition précitée*]. Si celui-ci n'est pas encore constitué, il incombe au créancier d'entreprendre, dans le délai de dix jours de l'art. 279 al. 2 LP, toutes les démarches en vue de la désignation des arbitres. Dès que le tribunal arbitral est constitué, le créancier doit introduire son action en reconnaissance de dette dans les dix jours afin d'assurer, en temps utile, le lien organique entre la poursuite consécutive au séquestre et le procès en validation de cette mesure.

[Rz 101] Bien que le tribunal arbitral soit compétent pour statuer sur l'existence de la créance formant l'objet de l'action en validation de séquestre et condamner le débiteur à s'exécuter, il ne peut se prononcer sur une conclusion en mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer prise par le créancier demandeur. En effet, le prononcé de mainlevée n'a pas pour objet de trancher au fond les droits des parties ; il a uniquement trait au sort de la poursuite frappée d'opposition. Il s'agit d'un incident de pur droit des poursuites qui ressortit exclusivement à une autorité étatique et, dès lors, qui échappe à la compétence du tribunal arbitral, faute d'arbitrabilité.

[Rz 102] Un tribunal, quel qu'il soit [*i.e. étatique ou arbitral*], lorsqu'il est saisi d'une action en validation de séquestre, statue uniquement sur l'existence de la créance qui fait l'objet de cette action. Il n'est pas compétent pour se prononcer sur la validité ou l'exécution du séquestre, ces questions étant du ressort exclusif des autorités de poursuite. De ce fait, la décision rendue par le juge [*ou l'arbitre*] saisi de l'action en validation de séquestre ne lie ces autorités-là qu'autant seulement qu'elles tranchent la question de savoir si un acte de procédure accompli par le créancier en temps utile selon la LP était ou non propre à introduire l'instance d'après les règles de la procédure civile [*respectivement, selon les règles régissant la procédure arbitrale*]. En revanche, c'est aux autorités de poursuite de décider si l'acte de procédure, que le juge de l'action en validation de séquestre [*respectivement, l'arbitre saisi par une telle action*] a considéré comme ayant eu pour effet de lier l'instance, a été accompli dans les délais au regard des dispositions topiques du droit des poursuites. Elles seules ont le pouvoir de constater la caducité du séquestre en raison, notamment, de l'écoulement des délais prescrits par l'art. 279 LP (art. 280 al. 1 LP) et de lever cette mesure, ce qui ne nécessite pas de décision formelle.

⁴⁵ Cf. ég. arrêt 4A_672/2016 du 24 janvier 2017, consid. 3.1.2.

⁴⁶ Cf. ég. arrêt 4A_150/2017 du 4 octobre 2017, consid. 3.2.

[Rz 103] L'exception d'inarbitrabilité du litige obéit à la même règle que l'exception d'incompétence. Dès lors, à l'instar de celle-ci, elle doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond sous peine de forclusion (cf. art. 186 al. 2 LDIP). Question laissée ouverte de savoir si l'entrée en matière sans réserve sur le fond de la partie défenderesse empêche le tribunal arbitral d'examiner d'office le défaut d'arbitrabilité du litige lorsque l'inarbitrabilité objective résulte d'une restriction légale à l'autonomie de la volonté des parties.

[Rz 104] Dans cette affaire, le tribunal arbitral avait constaté, dans le dispositif de la sentence attaquée, que le séquestre avait été dûment validé (dans le délai de l'art. 279 LP). Le Tribunal fédéral a relevé que ce n'était pas aux arbitres de le faire, mais, le cas échéant, à l'autorité de poursuite compétente (cf. ci-dessus). Il a néanmoins estimé que la recourante ne justifiait pas d'un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision attaquée (cf. art. 76 al. 1 let. b LTF)⁴⁷, motif pris que cet excès de pouvoir n'avait pas porté à conséquence. En particulier, la recourante-débitrice n'avait jamais invoqué que l'action en validation du séquestre avait été introduite tardivement. Si tel était le cas, il lui était au demeurant loisible d'adresser en tout temps à l'office des poursuites chargé de l'exécution du séquestre une requête de libération des biens séquestrés en raison de la caducité du séquestre (cf. art. 280 al. 1 LP).

11. ATF 143 III 462 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_98/2017 du 20 juillet 2017)

[Rz 105] **Exception d'incompétence**; « *vorbehaltlose Einlassung* ». En vertu de l'art. 186 al. 2 LDIP, l'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond. Il s'agit là d'un cas d'application du principe de la bonne foi, ancré à l'art. 2 al. 1 CC, qui régit l'ensemble des domaines du droit, y compris la procédure civile (cf. art. 52 CPC). Enoncée différemment, la règle posée à l'art. 186 al. 2 LDIP, à l'instar de celle, plus générale, de l'art. 6 de la même loi, implique que le tribunal arbitral devant lequel le défendeur procède au fond sans faire de réserve est compétent de ce seul fait. Dès lors, celui qui entre en matière, sans réserve, sur le fond (« *vorbehaltlose Einlassung* ») dans une procédure arbitrale contradictoire portant sur une cause arbitrale reconnaît, par cet acte concluant, la compétence du tribunal arbitral et perd définitivement le droit d'exciper de l'incompétence dudit tribunal.⁴⁸ Toutefois, le défendeur peut se déterminer à titre éventuel sur le fond, pour le cas où l'exception d'incompétence ne serait pas admise, sans que pareil comportement vaille acceptation tacite de la compétence du tribunal arbitral.

D. Sentence ultra et infra petita (art. 190 al. 2 let. c LDIP)

1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2017 du 4 octobre 2017 (non publié)

[Rz 106] Selon l'art. 190 al. 2 let. c, seconde hypothèse, LDIP, la sentence peut être attaquée lorsque le tribunal arbitral a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande. L'omission de se prononcer vise un déni de justice formel. Par « chefs de la demande » (« *Rechtsbegehren* », « *determinate conclusion* », « *claims* »), on entend les demandes ou conclusions des parties. Ce

⁴⁷ Cf. ég. arrêt 4A_620/2015 du 1^{er} avril 2016, consid. 1.

⁴⁸ Cf. ég. ATF 143 III 578, consid. 3.2.2.1 (arrêt 4A_12/2017 du 19 septembre 2017); 4A_102/2016 du 27 septembre 2016, consid. 3.2.5; 4A_436/2017 du 20 novembre 2017.

qui est visé ici, c'est la sentence incomplète, soit l'hypothèse dans laquelle le tribunal arbitral n'a pas statué sur l'une des conclusions que lui avaient soumises les parties. Le grief en question ne permet pas de faire valoir que le tribunal arbitral a omis de trancher une question importante pour la solution du litige.⁴⁹

E. Égalité des parties et droit d'être entendu (art. 190 al. 2 let. d LDIP)

1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_668/2016 du 24 juillet 2017 (non publié)

[Rz 107] **Égalité des parties.** L'égalité des parties, garantie par les art. 182 al. 3 et 190 al. 2 let. d LDIP, implique que la procédure soit réglée et conduite de manière à ce que chaque partie ait les mêmes possibilités de faire valoir ses moyens.⁵⁰

2. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_40/2017 du 8 mars 2017 (non publié)

[Rz 108] **Droit d'être entendu ; aucun droit à une décision motivée ; devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents.** Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par les art. 182 al. 3 et 190 al. 2 let. d LDIP, n'a en principe pas un contenu différent de celui consacré en droit constitutionnel. Dans le domaine de l'arbitrage, chaque partie a le droit de s'exprimer sur les faits essentiels pour le jugement, de présenter son argumentation juridique, de proposer ses moyens de preuve sur des faits pertinents et de prendre part aux séances du tribunal arbitral.⁵¹ En revanche, le droit d'être entendu n'englobe pas le droit de s'exprimer oralement. De même, le droit à une décision motivée [*tel que garanti par le droit constitutionnel*] ne s'applique pas en matière d'arbitrage.⁵² Toutefois, le tribunal arbitral a un devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes pertinents.⁵³ Ce devoir est violé lorsque, par inadvertance ou malentendu, le tribunal arbitral ne prend pas en considération des allégués, arguments, preuves et offres de preuve présentés par l'une des parties qui sont pertinents pour la sentence à rendre.⁵⁴

3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_220/2017 du 8 janvier 2018 (non publié)

[Rz 109] **Droit d'être entendu ; pas de droit à une décision motivée ; effet de surprise.** En Suisse, le droit d'être entendu en procédure contradictoire, loin d'être illimité, connaît, au contraire, d'importantes restrictions dans le domaine de l'arbitrage international. Ainsi n'exige-t-il pas qu'une sentence arbitrale internationale soit motivée. Une partie n'a, en outre, pas le droit de se prononcer sur l'appréciation juridique des faits ni, plus généralement, sur l'argumentation ju-

⁴⁹ Cf. ég. arrêt 4A_424/2017 du 23 octobre 2017, consid. 4.1.

⁵⁰ Cf. ég. arrêts 4A_80/2017 du 25 juillet 2017, consid. 3.1.2 ; 4A_236/2017 du 24 novembre 2017, consid. 4.1.

⁵¹ Cf. ég. arrêts 4A_497/2015 du 24 novembre 2016, consid. 4.2 ; 4A_478/2016 du 7 février 2017 ; 4A_490/2016 du 6 mars 2017, consid. 3.1.1 ; cf. ég. en arbitrage interne : arrêts 5A_294/2016 du 2 novembre 2016, consid. 4.1 ; 4A_587/2015 du 15 février 2017, consid. 3.1.

⁵² Cf. ég. arrêt 4A_692/2016 du 20 avril 2017, consid. 5.2.

⁵³ Cf. ég. en arbitrage interne : arrêt 5A_294/2016 du 2 novembre 2016, consid. 6.1.

⁵⁴ Cf. ég. arrêts 4A_470/2016 du 3 avril 2017, consid. 3.1 ; 4A_692/2016 du 20 avril 2017, consid. 5.1 ; 4A_34/2016 du 25 avril 2017, consid. 4.1.1 ; 4A_316/2017 du 2 août 2017, consid. 3.1 ; 4A_318/2017 du 28 août 2017, consid. 3.1 ; 4A_424/2017 du 23 octobre 2017, consid. 3.1 ; 4A_259/2015 du 8 juillet 2016, consid. 3.2 ; 4A_478/2016 du 7 février 2017, consid. 3.1 ; 4A_430/2017 du 30 novembre 2017, consid. 2.1.

ridique à retenir, à moins que le tribunal arbitral n'envisage de fonder sa décision sur une norme ou un motif juridique non évoqué au cours de la procédure et dont aucune des parties en présence ne s'est prévaluée et ne pouvait supputer la pertinence dans la cause en litige.⁵⁵ Le tribunal arbitral n'est pas non plus tenu d'aviser spécialement une partie du caractère décisif d'un élément de fait sur lequel il s'apprête à fonder sa décision, pour autant que celui-ci ait été allégué et prouvé selon les règles. Au demeurant, le grief tiré de la violation du droit d'être entendu ne doit pas servir, pour la partie qui se plaint de vices affectant la motivation de la sentence, à provoquer par ce biais un examen de l'application du droit de fond.⁵⁶

[Rz 110] En matière d'interprétation des contrats (cf. art. 18 al. 1 CO), il n'y a, a priori, guère de place pour un effet de surprise susceptible de prendre les parties au dépourvu.

4. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_692/2016 du 20 avril 2017 (non publié)

[Rz 111] **Droit d'être entendu ; aucun droit à une décision/ordonnance de clôture motivée.** Si la sentence passe totalement sous silence des éléments apparemment importants pour la solution du litige, c'est aux arbitres ou à la partie intimée qu'il appartient de justifier semblable omission dans leurs observations sur le recours. Il leur incombe de démontrer que, contrairement aux affirmations du recourant, les éléments omis n'étaient pas pertinents pour résoudre le cas concret ou, s'ils l'étaient, qu'ils ont été réfutés implicitement par le tribunal arbitral. Les arbitres n'ont cependant pas l'obligation de discuter tous les arguments invoqués par les parties. Le fait de n'avoir pas réfuté, même implicitement, un moyen objectivement dénué de toute pertinence ne constitue pas une violation du droit d'être entendu en procédure contradictoire.⁵⁷

[Rz 112] Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par les art. 182 al. 3 et 190 al. 2 let. d LDIP, n'exige pas qu'une sentence arbitrale internationale soit motivée. Ce principe s'applique aussi, *a fortiori*, à une ordonnance de clôture constatant que la cause pendante a pris fin *ipso jure* et qu'il y a lieu de la rayer du rôle. Les arbitres ont néanmoins l'obligation de traiter tous les arguments pertinents avancés par les parties, à tout le moins de manière implicite.

5. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_668/2016 du 24 juillet 2017 (non publié)

[Rz 113] **Droit d'être entendu.** La formule stéréotypée, que l'on retrouve dans la plupart des sentences du TAS, par laquelle la Formation déclare avoir pris en compte tous les arguments de fait et de droit soumis par les parties, n'a pas plus de valeur qu'une clause de style.

⁵⁵ Cf. ég. arrêts 4A_34/2016 du 25 avril 2017, consid. 4.1.2, dans lequel le Tribunal fédéral a rejeté l'argument tiré de l'imprévisibilité de l'argumentation juridique du Tribunal arbitral. Le Tribunal fédéral a relevé que, sous le couvert de l'argument de la surprise, les recourantes ne faisaient que remettre en cause les constatations factuelles du Tribunal arbitral et la manière dont il a interprété les clauses des différents contrats entrant en ligne de compte, voire l'application du droit applicable au fond du litige (en l'occurrence, le droit anglais). Or, le Tribunal fédéral ne saurait entrer en matière sur le fond du litige dans le cadre d'un recours en matière civile contre une sentence arbitrale. Cf. ég. arrêt 4A_202/2016 du 3 août 2016, consid. 3.1.

⁵⁶ Cf. ég. arrêt 4A_136/2016 du 3 novembre 2016.

⁵⁷ Cf. ég. arrêts 4A_678/2015 du 22 mars 2016, consid. 4.1. ; 4A_173/2016 du 20 juin 2016, consid. 4.1 ; 4A_34/2016 du 25 avril 2017, consid. 4.1.1.

6. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_704/2015 du 16 février 2017 (non publié)

[Rz 114] **Droit d'être entendu ; exigence de motivation du recours.** Il incombe à la partie soi-disant lésée de démontrer, dans son recours dirigé contre la sentence, en quoi une inadvertance des arbitres l'a empêchée de se faire entendre sur un point important. C'est à elle d'établir, d'une part, que le tribunal arbitral n'a pas examiné certains des éléments de fait, de preuve ou de droit qu'elle avait régulièrement avancés à l'appui de ses conclusions et, d'autre part, que ces éléments étaient de nature à influencer sur le sort du litige. Pareille démonstration se fera sur le vu des motifs énoncés dans la sentence attaquée.⁵⁸

7. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_592/2017 du 5 décembre 2017 (non publié)

[Rz 115] **Droit d'être entendu ; exigence de motivation du recours.** Le recourant aurait dû démontrer en quoi la supposée violation du droit d'être entendu dont il se prévaut était susceptible d'influer le sort du litige. Pour ce faire, il aurait fallu résumer l'argumentation développée dans la sentence et indiquer, à tout le moins, en quoi il aurait pu faire changer l'arbitre d'avis s'il avait été en mesure d'attirer son attention sur les éléments de preuve prétendument ignorés par l'arbitre.

8. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_34/2016 du 25 avril 2017 (non publié)

[Rz 116] **Droit d'être entendu ; devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents ; constatation des faits ; appréciation des preuves.** Il n'est pas question pour le Tribunal fédéral d'élargir son contrôle du respect du devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes pertinents, tel qu'il est garanti par les art. 182 al. 3 et 190 al. 2 let. d LDIP, d'autant moins qu'il est confronté à une tendance, qui ne cesse de s'accroître, consistant pour nombre de recourants à invoquer cet aspect de la garantie du droit d'être entendu dans l'espoir d'obtenir indirectement un examen du fond de la sentence attaquée. Or, le Tribunal fédéral n'est pas une juridiction d'appel et le législateur a consciemment et volontairement restreint son pouvoir d'examen lorsqu'il l'a chargé de statuer sur les recours en matière d'arbitrage international.

[Rz 117] En ce qui concerne l'établissement des faits, le droit d'être entendu permet certes à chaque partie de s'exprimer sur les faits essentiels pour la sentence à rendre, de proposer ses moyens de preuve sur les faits pertinents et de prendre part aux séances du tribunal arbitral. Il n'exige pas, en revanche, des arbitres qu'ils sollicitent une prise de position des parties sur la portée de chacune des pièces produites, pas plus qu'il n'autorise l'une des parties à limiter l'autonomie du tribunal arbitral dans l'appréciation d'une pièce déterminée en fonction du but assigné par elle à cet élément de preuve. En effet, si chaque partie pouvait décider par avance, pour chaque pièce produite, quelle sera la conséquence probatoire que le tribunal arbitral sera autorisé à en tirer, le principe de la libre appréciation des preuves, qui constitue un pilier de l'arbitrage international, serait vidé de sa substance.⁵⁹

⁵⁸ Cf. ég. arrêts 4A_692/2016 du 20 avril 2017, consid. 5.1 ; 4A_34/2016 du 25 avril 2017, consid. 4.1.1 ; 4A_424/2017 du 23 octobre 2017, consid. 3.1.

⁵⁹ Cf. ég. arrêt 4A_50/2017 du 11 juillet 2017, consid. 4.3.2 : dans le cadre d'un recours en matière civile contre une sentence arbitrale, le Tribunal fédéral ne saurait revoir l'appréciation des preuves effectuée par le Tribunal arbitral.

9. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_80/2017 du 25 juillet 2017 (non publié)

[Rz 118] **Droit d'être entendu ; établissement des faits ; appréciation des preuves.** Même si les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ou sont contraires au dossier, cela ne suffit pas pour annuler une sentence. Le droit d'être entendu ne donne aucun droit à une décision exacte sur le fond. Celui qui invoque une violation du droit d'être entendu en raison d'une erreur manifeste, ne peut se contenter d'expliquer en quoi l'erreur manifeste aurait conduit à une appréciation erronée des preuves, dès lors qu'une appréciation arbitraire des preuves ne suffit pas à établir une violation du droit d'être entendu. La partie concernée doit au contraire établir que l'erreur judiciaire l'a empêché d'alléguer et de prouver sa position en relation avec la question qui est procéduralement pertinente dans le procès.

10. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_277/2017 du 28 août 2017 (non publié)

[Rz 119] **Droit d'être entendu et égalité des parties ; appréciation anticipée des preuves.** Selon l'art. 190 al. 2 let. d LDIP, une sentence arbitrale peut être attaquée lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté. Ce motif de recours sanctionne les seuls principes impératifs de procédure réservés par l'art. 182 al. 3 LDIP, notamment le droit d'être entendu proprement dit, dont le contenu n'est pas différent de celui consacré à l'art. 29 al. 2 Cst. Cette disposition garantit aux parties, entre autres droits, celui de faire administrer les preuves pertinentes, offertes en temps utile et selon les formes requises.⁶⁰

[Rz 120] En matière d'arbitrage international, en particulier dans l'arbitrage sous l'égide du règlement de la CCI, le Tribunal fédéral a reconnu, déjà bien avant l'entrée en vigueur de la LDIP, le 1^{er} janvier 1989, le droit de faire procéder à une expertise à certaines conditions. Il a confirmé à plusieurs reprises, sous l'empire de cette loi, l'existence d'une telle garantie, rattachée au droit à la preuve et, plus généralement, au droit d'être entendu au sens de l'art. 182 al. 3 LDIP. Le droit de faire procéder à une expertise dans une procédure arbitrale internationale est subordonné aux conditions énumérées ci-après. Tout d'abord, la partie qui entend se prévaloir de ce droit doit avoir requis expressément l'administration d'une expertise. Il faut ensuite que la requête ad hoc ait été présentée dans les formes convenues et en temps utile, et que la partie ait accepté d'en avancer les frais. Enfin, l'expertise doit porter sur des faits pertinents, c'est-à-dire susceptibles d'influer sur la sentence, être propre à prouver ces faits et apparaître nécessaire. Tel ne sera le cas que si, d'une part, il s'agit de faits à caractère technique ou faisant, de toute autre manière, appel à des connaissances spéciales, de telle sorte qu'ils ne peuvent être prouvés d'une autre manière, et si, d'autre part, les arbitres ne disposent pas eux-mêmes de ces connaissances.

[Rz 121] Le tribunal arbitral peut refuser d'administrer une preuve, sans violer le droit d'être entendu, si le moyen de preuve est inapte à fonder une conviction, si le fait à prouver est déjà établi, s'il est sans pertinence ou encore si le tribunal, en procédant à une appréciation anticipée des preuves, parvient à la conclusion que sa conviction est déjà faite et que le résultat de la mesure

⁶⁰ Cf. ég. arrêts 4A_616/2015 du 20 septembre 2016, consid. 4.3.2; 4A_497/2015 du 24 novembre 2016, consid. 4.2; 4A_42/2016 du 3 mai 2016, consid. 4.; 4A_532/2016 du 30 mai 2017, consid. 4.1; cf. ég. en arbitrage interne : arrêt 4A_156/2016 du 23 août 2016, consid. 1.3.

probatoire sollicitée ne peut plus la modifier. Le Tribunal fédéral ne peut revoir une appréciation anticipée des preuves, sauf sous l'angle extrêmement restreint de l'ordre public.⁶¹

11. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_616/2015 du 20 septembre 2016 (non publié)

[Rz 122] **Droit d'être entendu ; forclusion.** La partie qui se plaint d'une violation de son droit d'être entendu ou d'un autre vice de procédure doit l'invoquer d'emblée dans la procédure arbitrale, sous peine de forclusion. Il est en effet contraire au principe de la bonne foi d'invoquer un vice de procédure qu'au stade du recours dirigé contre la sentence arbitrale lorsque le vice aurait pu être signalé en cours de procédure.⁶²

F. Ordre public (art. 190 al. 2 let. e LDIP)

1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_116/2016 du 13 décembre 2016 (non publié)

[Rz 123] **Ordre public (matériel) ; protection de la personnalité (art. 27 CC).** Une sentence est incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique. On distingue un ordre public procédural et un ordre public matériel.⁶³

[Rz 124] Une sentence est contraire à l'ordre public matériel lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants ; au nombre de ces principes figurent, notamment, la fidélité contractuelle, le respect des règles de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, la prohibition des mesures discriminatoires ou spoliatrices, ainsi que la protection des personnes civilement incapables.⁶⁴

[Rz 125] Comme cela résulte de l'adverbe « notamment », la liste d'exemples ainsi dressée par le Tribunal fédéral pour décrire le contenu de l'ordre public matériel n'est pas exhaustive. Il serait d'ailleurs délicat, voire dangereux, d'essayer de recenser tous les principes fondamentaux qui y auraient sans conteste leur place, au risque d'en oublier l'un ou l'autre. Il est donc préférable de la laisser ouverte. D'autres principes fondamentaux, telle l'interdiction du travail forcé, relèvent également de l'ordre public matériel. De même, une sentence qui porterait atteinte au principe cardinal que constitue le respect de la dignité humaine violerait l'ordre public matériel, quand bien même ce principe ne figure pas expressément dans la liste en question.⁶⁵

⁶¹ Cf. ég. arrêts 4A_497/2015 du 24 novembre 2016, consid. 4.2 ; 4A_80/2017 du 25 juillet 2017, consid. 3.1.1 ; cf. ég. en arbitrage interne (sans toutefois faire référence à la réserve d'ordre public) : arrêt 4A_587/2015 du 15 février 2017, consid. 3.1.

⁶² Cf. ég. arrêts 4A_690/2016 du 9 février 2017, consid. 3.1 ; 4A_668/2016 du 24 juillet 2017, consid. 3.1.

⁶³ Cf. not. arrêts 4A_32/2016 du 20 décembre 2016, consid. 4.1 ; 4A_690/2016 du 9 février 2017, consid. 4.1 ; 4A_692/2016 du 20 avril 2017, consid. 6.1 ; 4A_312/2017 du 27 novembre 2017, consid. 3.1 ; 4A_157/2017 du 14 décembre 2017, consid. 3.1.

⁶⁴ Cf. ég. arrêts 4A_536/2016, 4A_540/2016 du 26 octobre 2016, consid. 4.3.1 ; 4A_136/2016 du 3 novembre 2016, consid. 4.1 ; 4A_522/2016 du 2 décembre 2016, consid. 3.2 ; 4A_690/2016 du 9 février 2017, consid. 4.1 ; 4A_50/2017 du 11 juillet 2017, consid. 4.1 ; 4A_312/2017 du 27 novembre 2017, consid. 3.1 ; 4A_157/2017 du 14 décembre 2017, consid. 3.1 ; 4A_478/2016 du 7 février 2017, consid. 4.1.

⁶⁵ Cf. ég. arrêts 4A_32/2016 du 20 décembre 2016, consid. 4.1 ; 4A_312/2017 du 27 novembre 2017, consid. 3.1 ; 4A_157/2017 du 14 décembre 2017, consid. 3.1.

[Rz 126] S'il n'est pas aisé de définir positivement l'ordre public matériel, de cerner ses contours avec précision, il est plus facile, en revanche, d'en exclure tel ou tel élément. Cette exclusion touche, en particulier, l'ensemble du processus d'interprétation d'un contrat et les conséquences qui en sont logiquement tirées en droit, ainsi que l'interprétation faite par un tribunal arbitral des dispositions statutaires d'un organisme de droit privé. De même, pour qu'il y ait incompatibilité avec l'ordre public, notion plus restrictive que celle d'arbitraire, il ne suffit pas que les preuves aient été mal appréciées, qu'une constatation de fait soit manifestement fautive ou encore qu'une règle de droit ait été clairement violée.⁶⁶

[Rz 127] Qu'un motif retenu par le tribunal arbitral heurte l'ordre public n'est pas suffisant; encore faut-il que le résultat auquel la sentence aboutit soit lui-même incompatible avec l'ordre public.⁶⁷

[Rz 128] La violation de l'art. 27 CC n'est pas automatiquement contraire à l'ordre public; encore faut-il que l'on ait affaire à un cas grave et net de violation d'un droit fondamental.⁶⁸ Une restriction contractuelle de la liberté économique est excessive au regard de l'art. 27 al. 2 CC si elle livre celui qui s'est obligé à l'arbitraire de son cocontractant, supprime sa liberté économique ou la limite dans une mesure telle que les bases de son existence économique sont mises en danger.⁶⁹ Cette disposition vise également les engagements excessifs en raison de leur objet, à savoir ceux qui ont trait à certains droits de la personnalité dont l'importance est telle qu'une personne ne peut se lier pour l'avenir à leur égard.⁷⁰

[Rz 129] Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a renoncé « [...] à pénétrer sur terrain miné des rapports entre le football et l'argent [...] tant il est vrai que ces rapports paraissent échapper à l'entendement, eu égard aux sommes astronomiques en jeu et à l'opacité des relations nouées par les différents intéressés [...] ». Il a également refusé de reconnaître l'existence de bonnes mœurs propres au domaine du sport en général et du football en particulier au titre d'ordre public matériel [*nonobstant l'interdiction des opérations de type TPO prononcée par la FIFA à compter du 1^{er} mai 2015*].⁷¹

2. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_536/2016, 4A_540/2016 du 26 octobre 2016 (non publié)

[Rz 130] **Ordre public matériel; clause pénale et dommages et intérêts punitifs.** Le fait que l'art. 163 al. 3 CO soit une norme d'ordre public ne suffit pas à retenir que sa violation contre-

⁶⁶ Cf. ég. arrêts 4A_32/2016 du 20 décembre 2016, consid. 4.1; 4A_312/2017 du 27 novembre 2017, consid. 3.1; 4A_157/2017 du 14 décembre 2017, consid. 3.1.

⁶⁷ Cf. ég. arrêts 4A_32/2016 du 20 décembre 2016, consid. 4.1; 4A_312/2017 du 27 novembre 2017, consid. 3.1; 4A_157/2017 du 14 décembre 2017, consid. 3.1; 4A_478/2016 du 7 février 2017, consid. 4.1.

⁶⁸ Cf. ég. arrêt 4A_132/2016 du 30 juin 2016, consid. 3.2.

⁶⁹ Cf. ég. arrêt 4A_668/2016 du 24 juillet 2017, consid. 4.2.

⁷⁰ Cf. ég. arrêts 4A_32/2016 du 20 décembre 2016, consid. 4.1; 4A_312/2017 du 27 novembre 2017, consid. 3.1.

⁷¹ Cf. ég. arrêt 4A_312/2017 du 27 novembre 2017, consid. 3.1. Pour un raisonnement similaire : cf. ég. arrêt 4A_32/2016 du 20 décembre 2016, consid. 4.3. Dans cet arrêt, le recourant avait argumenté que la responsabilité solidaire entre le nouveau club et le joueur imposée par l'article 17 al. 2 du Règlement de la FIFA du Statut et du Transfert des Joueurs (RSTJ) était contraire à l'ordre public matériel. Plus spécifiquement, il a soutenu que cette responsabilité constituait une grave violation des droits de la personnalité du club concerné. Le Tribunal fédéral s'est refusé à intervenir dans un « [...] domaine qui relève avant tout de la politique sportive et où les instances compétentes du football sont mieux armées que lui pour intervenir efficacement, à tête reposée ». Cf. ég. arrêt 4A_668/2016 du 24 juillet 2017, consid. 4.2 : le simple fait de méconnaître un règlement de la FIFA, fût-il impératif à l'égard des personnes concernées et de l'objet traité, n'implique pas encore une violation de l'ordre public visé par l'art. 190 al. 2 let. e LDIP.

viendrait à l'ordre public de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. À la différence des dommages et intérêts punitifs, qui s'imposent au débiteur, la peine conventionnelle vaut parce qu'elle a été acceptée par le débiteur. Dans cette affaire, question laissée ouverte de savoir si une sentence arbitrale, qui condamnerait une partie au paiement de dommages et intérêts punitifs, serait contraire à l'ordre public matériel.

3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_136/2016 du 3 novembre 2016 (non publié)

[Rz 131] **Ordre public matériel ; corruption.** Les promesses de versement de pots-de-vin, d'après la conception juridique suisse, sont contraires aux mœurs et, partant, nulles en raison du vice affectant leur contenu. Elles contreviennent également à l'ordre public. Encore faut-il que, non-obstant la corruption, le tribunal arbitral ait refusé d'en tenir compte.⁷²

[Rz 132] De simples « règles de compliance » ne sauraient être élevées au niveau normatif, autrement dit à celui de la notion d'ordre public matériel. Il n'est pas imaginable d'abandonner à un sujet de droit privé, n'ayant de surcroît pas son siège en Suisse, le soin de déterminer les contours de l'ordre public matériel, selon la conception suisse.⁷³

4. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_522/2016 du 2 décembre 2016 (non publié)

[Rz 133] **Ordre public matériel ; règles sur le fardeau de la preuve ; *pacta sunt servanda*.** Les règles sur le fardeau de la preuve ne font pas partie de l'ordre public matériel. Elles sont dès lors soustraites à l'examen du Tribunal fédéral dans le cadre d'un recours en matière civile visant une sentence arbitrale internationale.⁷⁴

[Rz 134] Le principe de la fidélité contractuelle (*pacta sunt servanda*), au sens restrictif que lui donne la jurisprudence relative à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, n'est violé que si le tribunal arbitral refuse d'appliquer une clause contractuelle tout en admettant qu'elle lie les parties ou, à l'inverse, s'il leur impose le respect d'une clause dont il considère qu'elle ne les lie pas. En d'autres termes, le tribunal arbitral doit avoir appliqué ou refusé d'appliquer une disposition contractuelle en se mettant en contradiction avec le résultat de son interprétation à propos de l'existence ou du contenu de l'acte juridique litigieux. En revanche, le processus d'interprétation lui-même et les conséquences juridiques qui en sont logiquement tirées ne relèvent pas de la fidélité contractuelle. Par conséquent, ces questions ne sauraient prêter le flanc au grief de violation de l'ordre public. Aussi, la quasi-totalité du contentieux dérivé de la violation du contrat est exclue du champ de protection du principe *pacta sunt servanda*.⁷⁵

[Rz 135] Le moyen pris de l'incohérence intrinsèque des considérants d'une sentence n'entre pas dans la définition de l'ordre public matériel.

⁷² Cf. ég. arrêt 4A_50/2017 du 11 juillet 2017, consid. 4.3.2.

⁷³ Cf. ég. arrêt 4A_50/2017 du 11 juillet 2017, consid. 4.3.3.

⁷⁴ Cf. ég. arrêts 4A_616/2015 du 20 septembre 2016, consid. 4.3.1 ; 4A_668/2016 du 24 juillet 2017, consid. 4.3.2.

⁷⁵ Cf. ég. arrêts 4A_50/2017 du 11 juillet 2017, consid. 4.2.1 ; 4A_318/2017 du 28 août 2017, consid. 4.2 ; 4A_497/2015 du 24 novembre 2016, consid. 5.2 ; 4A_532/2016 du 30 mai 2017, consid. 3.2.2.

5. **Arrêt du Tribunal fédéral 4A_312/2017 du 27 novembre 2017 (non publié)**

[Rz 136] **Ordre public matériel ; clause pénale.** L'art. 163 al. 3 CO commande au juge de réduire les peines qu'il estime excessives. Cette disposition relève de l'ordre public suisse, en ce sens que le juge doit appliquer cette disposition impérative même si le débiteur de la peine conventionnelle n'a pas demandé expressément une réduction du montant de celle-ci. Cela ne signifie pas encore que sa violation contreviendrait à l'ordre public de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. Dans cette affaire, le Tribunal a refusé de fixer un certain pourcentage du salaire du travailleur (*in casu*, un joueur) à partir duquel une commission (*in casu*, réclamée par un agent de joueur) deviendrait excessive dans le domaine du courtage.

6. **Arrêt du Tribunal fédéral 4A_157/2017 du 14 décembre 2017 (non publié)**

[Rz 137] **Ordre public matériel ; interprétation des dispositions topiques d'un traité bilatéral d'investissement (« TBI »).** S'il est invité à vérifier la compatibilité de la sentence attaquée avec l'ordre public matériel (art. 190 al. 2 let. e LDIP), le Tribunal fédéral ne sanctionnera pas, à ce titre, une interprétation erronée, voire arbitraire, d'une clause d'un traité bilatéral d'investissement, non plus qu'une constatation par hypothèse insoutenable des faits pertinents à cet égard.

7. **Arrêt du Tribunal fédéral 4A_690/2016 du 9 février 2017 (non publié)**

[Rz 138] **Ordre public procédural ; formalisme excessif.** L'ordre public procédural n'est qu'une garantie subsidiaire. Il assure aux parties le droit à un jugement indépendant sur les conclusions et l'état de fait soumis au tribunal arbitral d'une manière conforme au droit de procédure applicable ; il y a violation de l'ordre public procédural lorsque des principes fondamentaux et généralement reconnus ont été violés, ce qui conduit à une contradiction insupportable avec le sentiment de justice, de sorte que la décision apparaît incompatible avec les valeurs reconnues dans un État de droit.⁷⁶

[Rz 139] Au regard du principe de l'égalité de traitement et sous l'angle de la sécurité du droit, un strict respect des dispositions du Code TAS concernant les délais de recours s'impose, sans qu'il y ait une contradiction entre pareille exigence et la prohibition du formalisme excessif.⁷⁷

8. **Arrêt du Tribunal fédéral 4A_692/2016 du 20 avril 2017 (non publié)**

[Rz 140] **Ordre public procédural ; formalisme excessif.** L'application erronée, voire arbitraire, d'un règlement d'arbitrage ne constitue pas en soi une violation de l'ordre public.

[Rz 141] Du moment qu'une garantie aussi importante que l'interdiction de l'arbitraire dans l'application des règles de la procédure arbitrale ne relève pas de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, faut-il assimiler la méconnaissance de l'interdiction du formalisme excessif à la violation de l'ordre public procédural ? Question laissée ouverte par le Tribunal fédéral. Celui-ci relève cependant qu'afin de prévenir tout abus de ce moyen, il conviendrait peut-être, sous l'angle de l'ordre public procédu-

⁷⁶ Cf. ég. arrêts 4A_692/2016 du 20 avril 2017, consid. 6.1 ; 4A_668/2016 du 24 juillet 2017, consid. 4.1 ; 4A_236/2017 du 24 novembre 2017, consid. 5.1.

⁷⁷ Cf. ég. arrêts 4A_692/2016 du 20 avril 2017, consid. 6.2 ; 4A_384/2017 du 4 octobre 2017, consid. 4.2.3.

ral, de ne prendre en considération que les hypothèses de violation caractérisée de l'interdiction du formalisme excessif.

[Rz 142] La sanction de l'irrecevabilité du recours pour défaut de paiement à temps de l'avance de frais ne procède pas d'un formalisme excessif ou d'un déni de justice, pour autant que les parties aient été averties de façon appropriée du montant à verser, du délai imparti pour le versement et des conséquences de l'inobservation de ce délai. À la lumière de ces principes, le Tribunal fédéral a estimé, dans cette affaire, que l'Ordonnance de clôture, par laquelle le TAS avait déclaré que la déclaration d'appel était réputée retirée en raison du non-paiement de l'avance de frais dans le délai imparti (cf. art. R64.2 du Code TAS), ne procédait pas d'un formalisme excessif.

9. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2017 du 4 octobre 2017 (non publié)

[Rz 143] **Ordre public procédural ; double degré de juridiction.** L'exigence d'une double instance ou d'un double degré de juridiction ne relève pas de l'ordre public procédural au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP.

10. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017 (non publié)

[Rz 144] **Ordre public ; arbitraire.** L'incompatibilité de la sentence avec l'ordre public (cf. art. 190 al. 2 let. e LDIP) est une notion plus restrictive que celle d'arbitraire.⁷⁸

G. Révision

1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_412/2016 du 21 novembre 2016 (non publié)

[Rz 145] **Révision d'une sentence ; recevabilité.** La LDIP ne contient aucune disposition relative à la révision des sentences arbitrales au sens des art. 176 ss LDIP. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui a comblé cette lacune, les parties à une procédure d'arbitrage international peuvent avoir recours à la voie extraordinaire de la révision, qui est du ressort du Tribunal fédéral. S'il admet une demande de révision, il ne se prononce pas lui-même sur le fond mais renvoie la cause au tribunal arbitral qui a statué ou à un nouveau tribunal arbitral à constituer.

[Rz 146] Les motifs de révision sont désormais visés par l'art. 123 LTF.

[Rz 147] Seuls peuvent justifier une révision fondée sur l'art. 123 al. 2 let. a LTF les faits qui se sont produits jusqu'au moment où, dans la procédure principale, des allégations de fait étaient encore recevables, mais qui n'étaient pas connus du requérant malgré toute sa diligence et n'ont été découverts par lui que postérieurement à l'arrêt du Tribunal fédéral ; ces faits doivent, de surcroît, être pertinents, à savoir de nature à modifier l'état de fait qui est à la base de l'arrêt attaqué et à aboutir à un jugement différent en fonction d'une appréciation juridique correcte.

⁷⁸ Cf. ég. arrêt 4A_206/2016 du 20 mai 2016, consid. 5.

2. ATF 142 III 521 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_386/2015 du 7 septembre 2016)

[Rz 148] **Révision d'une sentence ; récusation.** La découverte, postérieurement à l'expiration du délai de recours contre une sentence arbitrale internationale, d'un motif qui eût commandé la récusation de l'arbitre unique ou de l'un des membres du tribunal arbitral peut-elle donner lieu au dépôt, devant le Tribunal fédéral, d'une demande de révision de ladite sentence? Question laissée ouverte.⁷⁹

3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_506/2017 du 3 octobre 2017 (non publié)

[Rz 149] **Révision ; applicabilité de l'art. 48 al. 3 LTF.** Demande de révision adressée à une autorité cantonale incompétente.

[Rz 150] Si l'acte transmis au Tribunal fédéral par l'autorité cantonale incompétente est un recours, au sens de l'art. 77 al. 1 let. a LTF, dirigé contre la sentence finale rendue par l'arbitre unique, l'art. 48 al. 3 LTF, qui impose la transmission sans délai au Tribunal fédéral du mémoire adressé en temps utile à une autorité cantonale incompétente, ne trouve pas application en vertu de l'art. 77 al. 2 LTF. Dès lors, le délai de recours (de l'art. 100 al. 1 LTF) n'est pas observé en cas de dépôt du mémoire de recours auprès d'une autorité cantonale incompétente.

[Rz 151] Cependant, ces principes ne s'appliquent pas à une demande de révision, laquelle n'est pas soumise aux règles de l'art. 77 LTF et des art. 190 à 192 LTF, mais aux dispositions qui régissent la révision des arrêts du Tribunal fédéral. L'art. 48 al. 3 LTF est dès lors applicable. Par conséquent, le délai dans lequel la demande de révision doit être soumise au Tribunal fédéral sera considéré comme observé pour autant que le mémoire transmis à cette autorité ait été adressé avant son échéance à l'autorité cantonale concernée.

4. ATF 143 III 589 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_53/2017 du 17 octobre 2017)

[Rz 152] **Révision ; renonciation au recours ; règles de la bonne foi.** Dans cette affaire, la recourante a découvert, avant la fin du délai de recours, le prétendu cas de récusation à l'encontre de l'un des arbitres entrant à la fois dans les prévisions de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP, comme motif de recours, et de l'art. 121 let. a LTF ou de l'art. 123 al. 2 let. a LTF, comme motif éventuel de révision. Selon la jurisprudence, la révision revêt en principe un caractère subsidiaire par rapport au recours en matière civile. Il paraît dès lors difficile d'admettre qu'une partie ayant expressément renoncé à recourir, et donc à se prévaloir du motif prévu à l'art. 190 al. 2 let. a LDIP, puisse saisir le Tribunal fédéral par la bande en invoquant le même motif, découvert avant l'expiration du délai de recours, dans le cadre d'une demande de révision. Faute de quoi l'art. 192 LDIP deviendrait lettre morte. Un plaideur, ayant renoncé d'emblée, conjointement avec son adverse partie, à former un éventuel recours afin d'y dénoncer la composition irrégulière du futur tribunal arbitral, y compris dans un cas de récusation, ne saurait contourner cet obstacle en déposant une demande de révision. Un tel procédé heurte au plus haut point les règles de la bonne foi.

⁷⁹ Cf. ég. ATF 143 III 589, consid. 3.1 (arrêt 4A_53/2017 du 17 octobre 2017).

H. Autres questions

1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_690/2016 du 9 février 2017 (non publié)

[Rz 153] **Assistance judiciaire.** L'assistance judiciaire est exclue en matière d'arbitrage (cf. en matière d'arbitrage interne : art. 380 CPC, qui est une disposition de droit impératif). En revanche, les parties peuvent adopter d'autres solutions comme celle consistant à laisser ces frais à la charge d'une institution d'arbitrage, comme le fait le TAS.

[Rz 154] Par contre, la procédure de recours contre une sentence arbitrale, conduite devant le Tribunal fédéral (art. 389 CPC et art. 191 LDIP) ou un tribunal arbitral (art. 390 CPC) est une procédure étatique qui tombe sous le coup de l'art. 29 al. 3 Cst. Par conséquent, le bénéfice de l'assistance judiciaire vaut également dans le cas d'un recours en matière civile formé contre une sentence rendue dans un arbitrage interne ou international.

II. Arbitrage interne

A. Recevabilité du recours en matière civile

1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017 (non publié)

[Rz 155] **Griefs admissibles ; exigence de motivation.** Le recours en matière civile contre une sentence arbitrale interne diffère partiellement du recours contre un jugement étatique. En particulier, seuls les griefs limitativement énumérés à l'art. 393 CPC sont recevables. En outre, le Tribunal fédéral examine uniquement les griefs invoqués et motivés (art. 77 al. 3 LTF), les exigences en la matière correspondant à celles posées pour les griefs concernant la violation de droits fondamentaux (cf. art. 106 al. 2 LTF).⁸⁰

2. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_473/2016 du 16 février 2017 (non publié)

[Rz 156] **Griefs admissibles.** Seuls sont recevables les griefs limitativement énumérés à l'art. 393 CPC.⁸¹ Il est donc exclu de faire valoir, dans un tel recours, que la sentence viole le droit fédéral, au sens de l'art. 95 let. a LTF, qu'il s'agisse de la Constitution fédérale ou de la législation fédérale.

3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_356/2017 du 3 janvier 2018 (non publié)

[Rz 157] **Application erronée ou arbitraire de règles de procédure.** Toute violation, même arbitraire, d'une règle procédurale ne suffit pas pour annuler une sentence arbitrale.⁸²

⁸⁰ Cf. ég. arrêts 4A_156/2016 du 23 août 2016, consid. 1.2; 4A_356/2017 du 3 janvier 2018, consid. 1.2. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral relève que le simple renvoi, dans le mémoire de recours, à une opinion dissidente (« *dissenting opinion* ») de l'un des membres du Tribunal arbitral ne suffit pas pour satisfaire à l'exigence de motivation.

⁸¹ Cf. ég. arrêt 4A_156/2016 du 23 août 2016, consid. 1.2.

⁸² Cf. toutefois en arbitrage international : ATF 129 III 445, 464 consid. 4.2.1. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a précisé que seule peut entrer en considération, au regard du grief de l'ordre public procédural, la violation d'une règle essentielle pour assurer la loyauté de la procédure.

4. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_322/2016 du 28 juillet 2016 (non publié)

[Rz 158] **Valeur litigieuse minimale?** Le recours en matière civile dirigé contre une sentence arbitrale est-il soumis à l'exigence d'une valeur litigieuse minimale de CHF 30'000 (cf. art. 74 LTF)? Question laissée ouverte.

5. Arrêt du Tribunal fédéral 5A_507/2016 du 15 août 2016 (non publié)

[Rz 159] **Restitution du délai de recours.** Conditions d'une restitution du délai de recours au regard de l'art. 50 al. 1 LTF. Refus de restitution du délai en l'espèce. L'empêchement non fautif cesse dès que la partie est en mesure soit d'exécuter elle-même l'acte de procédure, soit d'en confier le soin à un tiers apte à le faire.

6. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_546/2016 du 27 janvier 2017 (non publié)

[Rz 160] **Arbitrage interne; applicabilité de la Partie 3 du CPC.** La procédure arbitrale a été introduite sur la base d'une convention d'arbitrage, dont les parties avaient leur domicile en Suisse au moment de la conclusion du contrat. Ni la convention d'arbitrage ni l'accord ultérieur prévoient que les dispositions sur l'arbitrage international (cf. art. 176 ss LDIP) s'appliqueront (art. 353 al. 2 CPC). Par conséquent, les dispositions sur l'arbitrage interne contenues dans la Partie 3 du CPC (art. 353 ss CPC) sont applicables.⁸³

7. ATF 143 III 157 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_475/2016 du 28 mars 2017)

[Rz 161] **Renonciation au recours.** Validité de la renonciation à recourir exprimée après qu'une sentence interne a été prononcée. La renonciation peut être valablement déclarée auprès du tribunal arbitral ou de la partie adverse. Interprétation de la déclaration de renonciation selon les principes généraux d'interprétation des contrats.

B. Désignation irrégulière de l'arbitre unique et composition irrégulière du tribunal arbitral (art. 393 let. a CPC)

1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_322/2016 du 28 juillet 2016 (non publié)

[Rz 162] **Procédure de désignation de l'arbitre unique.** L'art. 393 let. a CPC correspond à l'art. 190 al. 2 let. a LDIP applicable en matière d'arbitrage international. Par régularité de la désignation de l'arbitre unique, il faut entendre la manière dont l'arbitre a été nommé et l'absence de motifs de récusation; la récusation est notamment possible lorsque l'arbitre ne répond pas aux qualifications convenues par les parties (cf. art. 180 al. 1 let. a LDIP). Celui qui renonce par anticipation, en concluant une convention d'arbitrage, au droit – de rang constitutionnel et conventionnel – à voir sa cause 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

⁸³ Cf. arrêts 4A_156/2016 du 23 août 2016, consid. 1.1; 4A_618/2015, 4A_634/2015 du 9 mai 2016, consid. 3.1; cf. ég. en arbitrage international: arrêt 4A_206/2016 du 20 mai 2015, consid. 4.

garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, mais encore répondent aux exigences que les parties ont fixées d'un commun accord (nombre, qualifications, mode de désignation) ou qui résultent d'un règlement d'arbitrage adopté par elles, voire de dispositions légales applicables à titre subsidiaire.

[Rz 163] Dans cette affaire, il n'y avait aucune contestation relative à la procédure de désignation et à l'indépendance de l'arbitre ; seules les qualifications de l'arbitre étaient remises en cause. Plus particulièrement, la recourante faisait valoir qu'il aurait fallu nommer un ingénieur civil ou un géotechnicien pour trancher le litige, et non un avocat, fût-il spécialiste FSA en droit de la construction et l'immobilier, à l'instar de l'arbitre désigné en l'occurrence. Le Tribunal fédéral a rejeté ce grief dès lors que les parties n'avaient pas fixé, d'un commun accord, de telles exigences en matière de qualification de l'arbitre. De surcroît, il ne ressortait pas du règlement d'arbitrage applicable ou de dispositions légales que l'arbitre désigné devait remplir de telles exigences de formation.

C. Compétence (art. 393 let. b CPC)

1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_473/2016 du 16 février 2017 (non publié)

[Rz 164] **Compétence ; principes applicables ; portée subjective (et extension) de la convention d'arbitrage.** Le motif tiré de la compétence ou de l'incompétence du tribunal arbitral de l'art. 393 let. b CPC correspond à celui de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP applicable en matière d'arbitrage international, de sorte que la jurisprudence rendue en relation avec cette dernière disposition est applicable.⁸⁴

[Rz 165] Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a estimé que les conditions d'une extension subjective de la convention d'arbitrage à un tiers, sur la base de la théorie dite « de l'immixtion », n'étaient pas remplies.

2. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_407/2017 du 20 novembre 2017 (non publié)

[Rz 166] **Compétence *ratione temporis* ; acte attaquant ; griefs admissibles ; pas de recours contre la décision par laquelle le juge d'appui nomme un arbitre ; nullité absolue de la décision de nomination de l'arbitre ? Caractère non-exhaustif des cas de nomination de l'art. 362 al. 1 CPC.** Lorsque, par une sentence séparée, un tribunal arbitral admet sa compétence, il rend une sentence incidente (art. 359 al. 1 et 383 CPC). En vertu de l'art. 392 let. b CPC, une telle sentence ne peut être attaquée devant le Tribunal fédéral que pour les motifs tirés de la désignation irrégulière de l'arbitre unique ou de la composition irrégulière du tribunal arbitral (art. 393 let. a CPC), d'une part, et de l'incompétence du tribunal arbitral (art. 393 let. b CPC), d'autre part.

[Rz 167] Selon une jurisprudence récente, les griefs fondés sur l'art. 190 al. 2 let. c-e LDIP peuvent être cependant invoqués également à l'encontre de telles décisions, nonobstant le texte de l'art. 190 al. 3 LDIP, pour autant qu'ils se limitent strictement aux points concernant directement la composition ou la compétence du tribunal arbitral. La même situation prévaut en matière d'arbitrage interne, de sorte qu'il est désormais possible d'invoquer contre une décision incidente

⁸⁴ Cf. ég. arrêts 4A_407/2017 du 20 novembre 2017, consid. 2.1 ; 4A_82/2016 du 6 juin 2016, consid. 2.2.

(sur compétence), sous la même réserve et en dépit du texte de l'art. 392 let. b CPC, les moyens tirés de l'art. 393 let. c–e CPC.

[Rz 168] En revanche, il ne devrait pas être possible de recourir directement au Tribunal fédéral contre une sentence incidente relative à la composition ou à la compétence du tribunal arbitral au motif que les dépenses et les honoraires des arbitres fixés par le tribunal arbitral – si tant est qu'une décision à leur sujet n'ait pas été renvoyée au moment du prononcé de la sentence finale, comme c'est généralement le cas – sont manifestement excessifs (cf. art. 393 let. f CPC), dès lors que l'on ne voit pas en quoi cette décision serait susceptible d'influer sur la décision concernant la constitution ou la compétence du tribunal arbitral.

[Rz 169] Contrairement à la décision par laquelle le juge d'appui refuse de nommer un arbitre ou déclare irrecevable la requête ad hoc – décision qui peut être soumise directement au Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile –, la décision par laquelle le juge d'appui nomme un arbitre, conformément à l'art. 362 CPC, n'est pas sujette à recours, que ce soit directement ou indirectement, c'est-à-dire conjointement avec un recours en matière civile dirigé contre la sentence ultérieure, incidente ou finale, par laquelle l'arbitre unique désigné (ou le tribunal arbitral constitué) avec l'aide du juge d'appui admet sa compétence sans être lié par les motifs retenus à ce propos dans la décision étatique de nomination.

3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_546/2016 du 27 janvier 2017 (non publié)

[Rz 170] **Compétence; acte attaquant; décision de nomination de l'arbitre rendue par une institution d'arbitrage.** La décision prise par un organisme privé désigné par les parties, telle qu'une institution d'arbitrage (par exemple, la CCI ou la SCAI) au sujet de la nomination d'un arbitre, n'est pas attaquant. Une telle décision n'étant pas une sentence arbitrale, elle ne peut faire l'objet d'un recours. Il en est de même d'une décision rendue par une institution d'arbitrage en matière de récusation d'un arbitre. La désignation ou la composition du tribunal arbitral pourra néanmoins être revue dans le cadre d'un recours dirigé contre la sentence ultérieure (annulable).

[Rz 171] Demeure réservée l'hypothèse de la nullité absolue de la décision de nomination. La nullité absolue, constatable en tout temps, d'une décision en matière d'arbitrage ne sera prononcée que dans des cas extrêmes, tels que le défaut d'arbitrabilité du litige, et doit rester l'exception. Ainsi, une sentence, même affectée d'un vice grave, n'est en principe pas nulle, mais seulement annulable, remarque qui vaut plus particulièrement pour les vices que la loi érige en motifs d'annulation de la sentence, comme le fait pour le tribunal arbitral de se déclarer à tort compétent ou incompétent (art. 393 let. b CPC). Dans cette affaire, le Tribunal a rejeté l'argument tiré de la nullité absolue de la décision étatique de nomination de l'arbitre.

[Rz 172] Les cas d'intervention du juge d'appui énumérés à l'art. 362 al. 1 CPC ne sont pas exhaustifs. Le juge d'appui est habilité à intervenir lorsque le tiers, chargé de cette mission par les parties, n'a pas procédé à la nomination d'un des arbitres.

[Rz 173] Lorsque le juge d'appui, saisi d'une demande ad hoc, nomme un arbitre, sa décision, rendue en procédure non contentieuse, ne jouit pas de l'autorité de la chose jugée, de sorte que les arbitres nommés ont encore la faculté d'examiner de manière indépendante la compétence et la régularité de la composition du tribunal arbitral. Ce principe vaut aussi, *mutatis mutandis*, lorsqu'un arbitre unique a été désigné pour trancher le différend. La décision incidente rendue sur ce point (art. 359 al. 1 CPC) par les arbitres nommés, respectivement par l'arbitre unique

désigné, est, dès lors, sujette à recours immédiat au Tribunal fédéral (art. 392 let. b CPC) pour les motifs prévus à l'art. 393 let. a et b CPC.

[Rz 174] Le grief fait à un tribunal arbitral d'avoir violé le mécanisme contractuel constituant un préalable obligatoire à l'arbitrage revient à lui reprocher de ne pas s'être déclaré incompétent *ratione temporis*.

[Rz 175] Lorsqu'un tribunal arbitral, par une sentence séparée, écarte une exception d'incompétence, il rend une décision incidente que la partie défenderesse doit entreprendre immédiatement sous peine de forclusion.⁸⁵

4. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_618/2015, 4A_634/2015 du 9 mars 2016 (non publié)

[Rz 176] **Nullité d'une sentence arbitrale ; forme de la convention d'arbitrage.** Une sentence arbitrale est nulle lorsqu'elle présente un vice d'une telle gravité qu'il n'existe aucun élément permettant de retenir l'existence d'une sentence valable en la forme de sorte que cela apparaît comme une usurpation, si un tribunal arbitral se déclare compétent.

[Rz 177] En vertu de l'art. 358 CPC, la convention d'arbitrage est passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte. À l'instar de l'art. 178 al. 1 LDIP, il s'agit d'une condition de validité de la convention d'arbitrage. La déclaration de volonté de toutes les parties à la convention d'arbitrage doit revêtir la forme écrite. Une simple déclaration par oral ou une acceptation par actes concluants d'une offre d'arbitrer adressée par écrit ne suffit pas à respecter la condition de la forme écrite. En l'espèce, nullité d'une décision sur compétence et d'une sentence arbitrale dès lors que l'arbitre unique avait fondé sa compétence sur la simple acceptation, par actes concluants, de l'offre d'arbitrer par la partie recourante.

D. Sentence ultra et infra petita (art. 393 let. c CPC)

[Rz 178] Le Tribunal fédéral n'a rendu aucun arrêt concernant ce grief durant la période concernée.

E. Égalité des parties et droit d'être entendu (art. 393 let. d CPC)

1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_322/2016 du 28 juillet 2016 (non publié)

[Rz 179] **Égalité des parties ; droit d'être entendu.** L'art. 393 let. d CPC précise que la sentence issue d'un arbitrage interne peut être attaquée si l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté. Ce motif de recours a été repris des règles régissant l'arbitrage international. En conséquence, la jurisprudence relative à l'art. 190 al. 2 let. d LDIP est, en principe, également applicable dans le domaine de l'arbitrage interne.⁸⁶

[Rz 180] Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a estimé qu'en ne donnant pas suite à une requête de preuve tardive, l'arbitre n'avait pas violé le droit d'être entendu de la recourante.

⁸⁵ Cf. ég. arrêt 4A_156/2016 du 23 août 2016, consid. 2.1.

⁸⁶ Cf. ég. arrêts 5A_294/2016 du 2 novembre 2016, consid. 4.1 ; 4A_570/2016 du 7 mars 2017, consid. 2.1 ; 4A_356/2017 du 3 janvier 2018, consid. 2.1.

2. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_570/2016 du 7 mars 2017 (non publié)

[Rz 181] **Droit d'être entendu ; répartition des frais de procédure.** Le juge peut renoncer à inviter les parties à se déterminer lorsque les frais de procédure seront répartis comme à l'ordinaire ou si les parties, au regard des dispositions et du déroulement de la procédure, auraient dû savoir qu'elles pouvaient se prononcer sur la répartition des frais de la procédure et des dépens. Cependant, lorsque la question de la répartition n'est pas claire, les parties ont le droit de se déterminer au préalable sur ce point. Cela vaut en particulier, lorsqu'une partie sollicite que les frais soient partagés.

[Rz 182] Étant donné la nature formelle du droit d'être entendu, la violation de cette garantie entraîne, en principe, l'annulation de la sentence attaquée.⁸⁷ Cependant, il peut être remédié à une violation qui est de peu de gravité lorsque la partie concernée a eu la possibilité de se déterminer devant l'autorité précédente, laquelle doit être en mesure de revoir l'état de fait et le droit. Il peut être également renoncé au renvoi de l'affaire lorsqu'un tel renvoi serait formaliste et conduirait à des retards inutiles.

[Rz 183] Application par analogie de ces principes à l'arbitrage. Sentence annulée au motif que le tribunal arbitral aurait dû donner l'opportunité au recourant de se déterminer sur le sort des frais de l'arbitrage ensuite de la renonciation par l'intimée de poursuivre l'arbitrage.

3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_356/2017 du 3 janvier 2018 (non publié)

[Rz 184] **Droit d'être entendu ; pas de droit absolu à un double échange d'écritures dans la procédure d'arbitrage.** La garantie du droit d'être entendu n'implique pas un droit absolu à un double échange d'écritures [*pour autant que le demandeur ait la possibilité de se déterminer sous une forme ou une autre sur les moyens articulés par le défendeur en second lieu, en particulier sur d'éventuelles conclusions reconventionnelles*].⁸⁸

F. Arbitraire (art. 393 let. e CPC)

1. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_407/2017 du 20 novembre 2017 (non publié)

[Rz 185] **Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral ; constatation des faits ; arbitraire.** Contrairement à ce qui est le cas en matière d'arbitrage international (cf. les griefs énumérés limitativement à l'art. 190 al. 2 LDIP), en arbitrage interne, la partie recourante peut s'en prendre directement à l'établissement des faits par le tribunal arbitral ou l'arbitre unique. L'art. 393 let. e CPC sanctionne, en effet, la sentence qui est « arbitraire dans son résultat parce qu'elle repose sur des constatations manifestement contraires aux faits résultant du dossier », entre autres motifs. Toutefois, la jurisprudence a sensiblement atténué la portée de ce grief. Il s'ensuit qu'une constatation de fait n'est arbitraire au sens de la disposition citée que si le tribunal arbitral, à la suite d'une inadvertance, s'est mis en contradiction avec les pièces du dossier, soit en perdant de vue certains passages d'une pièce déterminée ou en leur attribuant un autre contenu que celui qu'ils ont réellement, soit en admettant par erreur qu'un fait est établi par une pièce alors que celle-ci ne

⁸⁷ Cf. ég. arrêt 5A_294/2016 du 2 novembre 2016, consid. 4.1.

⁸⁸ Cf. ATF 142 III 360, 362 consid. 4.1.2.

donne en réalité aucune indication à cet égard. L'objet du grief d'arbitraire en matière de faits est restreint : il ne porte pas sur l'appréciation des preuves et les conclusions qui en sont tirées, mais uniquement sur les constatations de fait manifestement réfutées par des pièces du dossier. La façon dont le tribunal arbitral exerce son pouvoir d'appréciation ne peut pas faire l'objet du recours ; le grief d'arbitraire est limité aux constatations de fait qui ne dépendent pas d'une appréciation, c'est-à-dire à celles qui sont inconciliables avec des pièces du dossier.⁸⁹

2. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017 (non publié)

[Rz 186] **Notion d'arbitraire ; violation manifeste du droit au sens de l'art. 393 let. e CPC.** La sentence issue d'un arbitrage interne peut être attaquée, entre autres motifs, lorsqu'elle est arbitraire dans son résultat parce qu'elle repose sur des constatations manifestement contraires aux faits résultant du dossier ou parce qu'elle constitue une violation manifeste du droit ou de l'équité (art. 393 let. e CPC). Ce motif de recours a été repris de l'art. 36 let. f du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (CA).

[Rz 187] Selon la jurisprudence relative à l'art. 36 let. f CA, qui conserve toute sa valeur sous l'empire du CPC, une constatation de fait n'est arbitraire que si le tribunal arbitral, à la suite d'une inadvertance, s'est mis en contradiction avec les pièces du dossier, soit en perdant de vue certains passages d'une pièce déterminée ou en leur attribuant un autre contenu que celui qu'ils ont réellement, soit en admettant par erreur qu'un fait est établi par une pièce alors que celle-ci ne donne en réalité aucune indication à cet égard. L'objet du grief d'arbitraire en matière de faits prévu par l'art. 36 let. f CA est donc restreint : il ne porte pas sur l'appréciation des preuves et les conclusions qui en sont tirées, mais uniquement sur les constatations de fait manifestement réfutées par des pièces du dossier. La façon dont le tribunal arbitral exerce son pouvoir d'appréciation ne peut pas faire l'objet d'un recours ; le grief d'arbitraire est limité aux constatations de fait qui ne dépendent pas d'une appréciation, c'est-à-dire à celles qui sont inconciliables avec des pièces du dossier.⁹⁰ En d'autres termes, l'erreur sanctionnée autrefois par l'art. 36 let. f CA et aujourd'hui par l'art. 393 let. e CPC s'apparente davantage à la notion d'inadvertance manifeste qu'utilisait l'art. 63 al. 2 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ) qu'à celle d'établissement des faits de façon manifestement inexacte qui figure à l'art. 105 al. 2 LTF et qui correspond à l'arbitraire.

[Rz 188] L'arbitraire proscrit par l'art. 393 let. e CPC découle aussi du fait que la sentence arbitrale constitue une violation manifeste du droit. Seul le droit matériel est visé, à l'exclusion du droit de procédure. Demeurent réservées, par analogie avec la jurisprudence relative à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, les fautes de procédure qui portent atteinte à l'ordre public procédural.⁹¹ Conformément à la définition générale de l'arbitraire, une décision ne mérite ce qualificatif, s'agissant de l'application du droit, que si elle méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté. Il ne suffit donc pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable.⁹²

⁸⁹ Cf. ég. arrêts 5A_294/2016 du 2 novembre 2016, consid. 5.1 ; 4A_587/2015 du 15 février 2017, consid. 3.2 ; 4A_156/2016 du 23 août 2016, consid. 3.1 ; 4A_356/2017 du 3 janvier 2018, consid. 3.1. ; 4A_322/2016, du 28 juillet 2016, consid. 4 ; 4A_355/2016, du 5 août 2016, consid. 3.1.

⁹⁰ Cf. ég. arrêt 4A_322/2016 du 28 juillet 2016, consid. 4.1

⁹¹ Cf. ég. arrêt 4A_587/2015 du 15 février 2017, consid. 3.2.

⁹² Cf. ég. arrêts 4A_621/2015 du 28 mars 2017, consid. 3.3.1 ; 4A_156/2016 du 23 août 2016, consid. 3.1 (qui renvoie à la notion d'arbitraire de l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse [Cst. ; RS 101]) ;

[Rz 189] Quant à la violation manifeste de l'équité, sanctionnée par la même disposition, elle suppose que le tribunal arbitral ait été autorisé à statuer en équité ou qu'il ait appliqué une norme renvoyant à l'équité.⁹³

[Rz 190] Faut-il réexaminer la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle le champ d'application de l'art. 393 let. e CPC est limité au droit matériel (à l'exclusion du droit de procédure ; cf. *supra*) ? Question laissée ouverte.

[Rz 191] Faut-il considérer que seule l'application arbitraire du droit matériel, c'est-à-dire du droit étatique, peut être sanctionnée au titre de violation manifeste du droit visée par l'art. 393 let. e CPC ? Le Tribunal fédéral y répond par la négative. Les règlements disciplinaires adoptés par une fédération sportive [en l'occurrence, les art. 19 et 20 du Code d'éthique de la FIFA, énonçant les conditions permettant de conclure à l'existence d'un conflit d'intérêts, respectivement à l'acceptation ou à la distribution de cadeaux et d'autres avantages] ne sont pas des règles de nature procédurale, mais découlent du droit matériel touchant les sanctions disciplinaires adoptées par un organisme privé.

[Rz 192] Le même raisonnement peut être appliqué, *mutatis mutandis*, à l'action en annulation des décisions de l'association consacrant une violation de la loi ou des statuts (art. 75 CC). Une telle action peut servir à sanctionner la violation (en plus des « dispositions légales ») non seulement des statuts proprement dits de l'association, mais encore d'autres règles adoptées par celle-ci. Par conséquent, la personne qui s'estime lésée par la peine disciplinaire que l'association lui a infligée sur la base de règles ad hoc préétablies doit pouvoir dénoncer pareille violation au travers de l'art. 75 CC. Dans le cadre d'un recours contre une sentence arbitrale rendue dans une procédure d'arbitrage interne et fondé sur l'art. 393 let. e CPC, elle ne pourrait cependant se plaindre que de la violation manifeste de ces « règles de droit » par le tribunal arbitral saisi.

3. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_426/2015 du 11 avril 2016 (non publié)

[Rz 193] Lorsque la sentence est annulée, les arbitres sont liés par l'arrêt de cassation (art. 395 al. 2 CPC). Ce principe prévalait déjà sous l'égide du concordat. Si les arbitres s'écartent des considérants de l'arrêt de cassation, il s'agit d'une violation manifeste du droit au sens de l'art. 393 let. e CPC. Grief admis en l'espèce, et annulation de la sentence attaquée.

G. Dépenses et honoraires des arbitres manifestement excessifs (art. 393 let. f CPC)

[Rz 194] Le Tribunal fédéral n'a rendu aucun arrêt concernant ce grief durant la période concernée.

4A_356/2017 du 3 janvier 2018, consid. 3 (dans cette affaire, le Tribunal fédéral a notamment estimé que le Tribunal arbitral n'avait pas appliqué de manière arbitraire les règles sur le fardeau de la preuve de l'art. 8 du Code civil suisse [CC; RS 210]); cf. ég. arrêt 4A_110/2016 du 3 août 2016, consid. 2 (qui se réfère également à la notion d'arbitraire de l'art. 9 Cst. féd.).

⁹³ Cf. ég. arrêt 4A_587/2015 du 15 février 2017, consid. 3.2.

H. Révision (art. 396 ss CPC)

[Rz 195] Le Tribunal fédéral n'a rendu aucun arrêt concernant ce grief durant la période concernée.

I. Autres questions

[Rz 196] Le Tribunal fédéral n'a rendu aucun arrêt concernant ce grief durant la période concernée.

FABRICE ROBERT-TISSOT, docteur en droit, LL.M. (Columbia), avocat (Genève et New York) est associé au sein du cabinet Bonnard Lawson à Genève. Il est spécialisé en matière d'arbitrage international (arbitrage commercial et arbitrage sportif), ainsi qu'en matière de contentieux et de restructuration d'entreprises.

L'auteur remercie vivement M^e Aline Boitelle-Petermann et M. Marc Fiorellino pour leur aide dans la rédaction de cet article.