Poursuite, LP

- TF 5A_794/2019, TF 5A_795/2019 du 20 décembre 2019 (f) – Art. 50 al. 2 LP ; poursuite ; élection de for ; for spécial de poursuite. Une élection de for contenue dans un contrat de vente immobilière ne peut que concerner une élection de for judiciaire, laquelle ne constitue en soi pas le domicile élu par un débiteur domicilié à l'étranger pour l'exécution d'une obligation au sens de l'art. 50 al. 2 LP. Pour qu'une telle élection de for puisse à la fois correspondre au for judiciaire et au for de poursuite, on doit admettre que le débiteur a manifesté la volonté de se soumettre à une exécution forcée en Suisse (consid. 6.2).

Arbitrage

Antonio Rigozzi, Erika Hasler

Les nouveautés et développements relatifs à l'arbitrage en matière sportive sont présentés dans le chapitre « Droit du sport »

Législation et règlements d'arbitrage

- Message concernant la modification de la Loi sur le droit international privé (Chapitre 12 : Arbitrage international), FF 2020 5481 – (modification du 19 juin 2020)
- London Court of International Arbitration (LCIA), révision du règlement d'arbitrage, *LCIA Arbitration Rules* ; entrée en vigueur le 1er octobre 2020
- Stockholm Chamber of Commerce (SCC), révision du règlement d'arbitrage, *SCC Arbitration Rules* ; entrée en vigueur le 1er janvier 2020
- Tribunal Arbitral du Sport (TAS), nouveau *Code de l'arbitrage en matière de sport ;* entré en vigueur le 1er juillet 2020

Doctrine

- ARROYO MANUEL, Giving birth to a 3'000-page treatise : How « Arbitration in Switzerland » came into being, ASA Bulletin 2019, 580-584
- BANTEKAS ILIAS, ORTOLANI PIETRO, SHAHLA ALI (édit.), UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration : A Commentary, Cambridge 2020
- BERGER BERNHARD, Die Schweiz als Schiedsort für Investitionsstreitigkeiten – Erkenntnisse aus der neueren Rechtsprechung Bundesgerichts Teil I, ASA Bulletin 2020, 32-54
- BERGER BERNHARD, Die Schweiz als Schiedsort für Investitionsstreitigkeiten – Erkenntnisse aus der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts Teil II, ASA Bulletin 2020, 296-314
- BESSON SEBASTIEN, RIGOZZI ANTONIO, SCHAFFSTEIN SILJA, Report on Switzerland, Delos Dispute Resolution, Guide to Arbitration Places 2019
- BOULARBAH HAKIM, JARROSSON CHARLES (édit.), Arbitrage international et intérêts publics, Bruxelles 2019
- BUNGENBERG MARC, REINISCH AUGUST (édit.), European Yearbook of International Economic Law – Special Issue – From

Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court : Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement, Cham 2020

- COHEN SMUTNY ABBY, DE LOTBINIÈRE MCDOUGALL ANDREW, DALY MICHAEL P. (édit.), A Practical Guide to International Arbitration, Huntington 2020
- CRIVELLARO ANTONIO, HODGSON MELIDA (édit.), Explaining Why You Lost – Reasoning in International Arbitration, Paris 2020
- DARDEL DANIELA, Trust in Arbitration : Schweizerische Schiedsgerichtsbarkeit in trustrechtlichen Angelegenheiten, Zurich 2019
- DE NANTEUIL ARNAUD, Droit international de l'investissement, Paris 2020
- DE STEFANO CARLO, Attribution in International Law and Arbitration, Oxford 2020
- FREEMAN JAMES, LÉVY QC MARK (édit.), Gas and LNG Price Arbitrations : A Practical Handbook, 2e éd., Surrey 2020
- GABRIEL SIMON, Congruence of the NYC and Swiss lex arbitri regarding extension of arbitral jurisdiction to non-signatories BGE 145 III 199 (BGer Nr. 4A_646/2018), ASA Bulletin 2019, 883-890
- GREINEDER DANIEL, MEDVEDSKAYA ANASTASIA, Beyond High Hopes and Dark Fears : Towards a Deflationary View of Soft Law in International Arbitration, ASA Bulletin 2020, 414-435
- GUANDALINI BRUNO, Economic Analysis of the Arbitrator's Function, La Haye 2020
- GUNTER PIERRE-YVES, SMAHI NADIA, Panorama international de jurisprudence/Panorama of World Cases Law – Switzerland/Suisse, Cahiers de l'arbitrage/Paris Journal of International Arbitration 2019, 531-625
- HANOTIAU BERNARD, Complex Arbitrations : Multi-party, Multi-contract & Multi-issue – A Comparative Study, 2e éd., La Haye 2020
- ICCA-NYCBar-CPR, 2020 Cybersecurity Protocol for International Arbitration, ICCA Reports No. 6, La Haye 2019
- ICCA, Report of the Cross-Institutional Task Force on Gender Diversity in Arbitral Appointments and Proceedings, ICCA Reports No. 8, La Haye 2020
- JENSEN J. OLE, Aligning Arbitrator Assistance with the Parties' Legitimate Expectations : Proposal of a ' Traffic Light Scale of Permissible Tribunal Secretary Tasks', ASA Bulletin 2020, 375-395
- KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, POTESTÀ MICHELE, Investor-State Dispute Settlement and National Courts, Cham 2020

- KÜNZLE JÜRG, Multiple Contracts and Coordination in International Construction Projects : A Swiss Law Analysis, La Haye 2020
- LANDBRECHT JOHANNES, Commercial Arbitration in the Era of the Singapore Convention and the Hagues Court Convention, ASA Bulletin 2019, 871-882
- MABILLARD RAMON, Attraktivität des Schiedsplatzes « Schweiz », RSPC 2019, 471-482
- MITROVIC MILIVOJE, Dealing with the Consequences of Non-Compliance with Mandatory Pre-Arbitral Requirements in Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses. The Swiss Approach and a Look Across the Border, ASA Bulletin 2019, 559-579
- OETIKER CHRISTIAN, Enforcement in Switzerland – A Practical Guide to enforcing Civil Judgments and Arbitral Awards, Berne 2020
- PIRKER BENEDIKT, Das Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen zwischen Eigenständigkeit und Autonomie des Unionsrecht, ASA Bulletin 2019, 592-610
- PACZOSKA KOTTMANN DOROTA MARIA, Materiellrechtliche Folgen der Missachtung einer internationalen Schiedsvereinbarung nach Schweizer Recht, Zurich 2019
- POULTON EDWARD (édit.), Arbitration of M&A Transactions, 2e éd., Surrey 2020
- RAESS LORENZ, Challenging Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration – the Swiss Perspective, ASA Bulletin 2019, 902-915
- RAESS LORENZ, Court Assistance in the Taking of Evidence : Switzerland's Way Forward, RSDIE 2020, 27-43
- REINISCH, AUGUST, SCHREUER CHRISTOPH, International Protection of Investments, Cambridge 2020
- RISSE JÖRG, The Shadow Arbitrator : Mere Luxury or Real Need ?, ASA Bulletin 2020, 338-349
- ROSENTHAL DAVID, Complying with the General Data Protection Regulation (GDPR) in International Arbitration – Practical Guidance, ASA Bulletin 2019, 822-852
- RUBINO-SAMMARTANO MAURO (édit), Arbitrage international : droit et pratique, Bruxelles 2019
- SCHERER MATTHIAS, CASEY ANGELA, Domestic Review of Investment Treaty Arbitrations : the Swiss Experience Revisited, ASA Bulletin 2019, 805-821

- TERAMURA NOBUMICHI, Ex Aequo et Bono and Arbitration Theories : an Arbitrator's Subjective Perspective of Fairness as the Final 'Gap-Filler', ASA Bulletin 2020, 350-374
- TSCHANZ PIERRE-YVES, SPOORENBERG FRANK, Chronique de jurisprudence étrangère : Suisse, Revue de l'arbitrage 2019, 1173-1197
- VOGT HANS-UELI, SCHMIDT PATRICK, Schiedsklauseln in Vereinsstatuten Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil 5A_1027/2018 vom 22. Juli 2019 und zur Revision des 12. Kapitels des IPRG und des Aktienrechts (Teil I), ASA Bulletin 2020, 75-95
- VOGT HANS-UELI, SCHMIDT PATRICK, Schiedsklauseln in Vereinsstatuten Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil 5A_1027/2018 vom 22. Juli 2019 und zur Revision des 12. Kapitels des IPRG und des Aktienrechts (Teil II), ASA Bulletin 2020, 315-337
- VOSER NATHALIE, NESSI SEBASTIANO, in STANIC, BALTAG (Eds) – Future of Investment Treaty Arbitration in EU : Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Cour, Chapter 8 : Consequences of Achmea on Arbitrations Seated in Switzerland, Alphen aan den Rijn 2020, 115-142
- WEBSTER THOMAS, Handbook of UNCITRAL Arbitration, 3e éd., Londres 2019
- WEIGAND FRANK-BERND, BAUMANN ANTJE (édit), Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, 3e éd., Oxford 2019
- WOLFF REINMAR (édit.), New York Convention : Article-by-Article Commentary, 2e éd., Munich 2019

Jurisprudence

Arbitrage international

Recours en matière civile
Recevabilité

Délai de recours (art. 100 al. 1 LTF)

- TF 4A_264/2019 du 16 octobre 2019 (d), (*A. [société de droit azerbaïdjanais] c. B [société de droit chinois]*). Recours contre la sentence rendue le 17 octobre 2018 par un arbitre unique CCI. Dans l'arbitrage CCI, l'acte qui doit être regardé comme « la notification de l'expédition complète » au sens de l'art. 100 al. 1 LTF est la notification aux parties de l'original signé de la sentence (ATF 4A_40/2018, consid. 2.2). Selon la jurisprudence constante du TF, le principe de la bonne foi procédurale, tel qu'il dérive de l'art. 5 al. 3 de la Constitution fédérale, s'applique également dans les arbitrages internationaux sis en Suisse (consid. 1.3). En vertu de ce principe, la recourante se devait de vérifier promptement l'expédition de l'original de la sentence que la CCI lui a notifiée par courrier. Elle aurait alors pu signaler que la sentence reçue par ce moyen (contrairement à la copie électronique qu'elle avait reçue par courriel le jour précédent) était incomplète. Au vu de la tardiveté de sa demande d'une nouvelle expédition (plusieurs mois après la réception de l'expédition de l'original incomplet) elle est forclose à se prévaloir de l'argument que la nouvelle expédition de l'original signé (cette fois complète) effectuée par la CCI a fait courir un nouveau délai de recours (consid. 1.4). Recours irrecevable.

Langue du mémoire (art. 42 al. 1 et 6 LTF)

- TF 4A_114/2020 du 20 mai 2020 (f), (*A. c. B. Group*). Recours contre la sentence rendue le 28 janvier 2020 par un arbitre unique siégeant sous l'égide de la *Swiss Chambers' Arbitration Institution*. En vertu de l'art. 42 al. 6 LTF, si le mémoire de recours n'est pas rédigé dans une langue officielle (art. 70 al. 1 Cst.), le TF *peut* le renvoyer à son auteur en lui impartissant un délai approprié pour remédier à l'irrégularité. En dépit de la formulation potestative de cette disposition, le TF n'est, en principe, pas libre de déclarer d'emblée irrecevable un mémoire déposé dans une autre langue qu'une langue officielle ; il doit bien plutôt fixer un délai permettant à la partie concernée de traduire cette écriture, afin d'éviter tout formalisme excessif. Cependant, cette règle souffre des exceptions, en particulier en présence d'un abus de droit. En l'espèce, le recourant lui-même admet qu'il a délibérément déposé le mémoire en une langue autre qu'une langue officielle (c'est-à-dire, un acte juridique vicié), dans le seul but de sauvegarder le délai de recours (lequel n'est pas prolongeable (art. 47 al. 1 LTF)). Un tel comportement est constitutif d'un abus de droit, qu'il ne se justifie pas de protéger. Recours manifestement irrecevable (à double titre, car l'acte était également démuni de signature manuscrite ; consid. 4).

Faits nouveaux et preuves nouvelles (art. 99 al. 1 LTF)

- TF 4A_80/2018 du 7 février 2020 (f), (*La République X. c. A. N.V [société de droit néerlandais, filiale de B. Ltd], B. Ltd. [société de droit chypriote], C. Ltd [société de droit chypriote], D. Sàrl [société de droit luxembourgeois]*). Recours contre la sentence arbitrale partielle rendue le 20 décembre 2017 par un tribunal arbitral ad hoc constitué conformément au Traité sur la Charte de l'énergie (TCE) et au Règlement CNUDCI. L'art. 99 al. 1 LTF proscrit en principe la présentation de faits nouveaux et preuves nouvelles devant le TF. A contrario, cette disposition n'interdit pas les moyens de droit nouveaux. Aussi la production d'un avis de droit, d'extraits doctrinaux ou de jurisprudence, pour autant qu'elle soit effectuée en temps utile (soit dans le délai de recours), échappe-t-elle en principe à l'interdiction des nova, en tant que ces éléments visent à supporter

l'argumentation juridique du recourant. Cela étant dit, une expertise sur le droit étranger, des extraits de doctrine ou encore des décisions d'autorités judiciaires étrangères peuvent avoir, partiellement au moins, le caractère d'un moyen de preuve, dans la mesure où les parties doivent contribuer à faire constater le droit étranger. Il arrive également qu'une partie produise un jugement ayant un lien avec la cause pour étayer des faits. Enfin, la production de jugements postérieurs à la décision entreprise heurte le postulat sous-jacent à l'art. 99 LTF, à savoir que le TF contrôle l'application du droit sur la base de la situation prévalant au moment du jugement attaqué (consid. 2.4.1). Par ailleurs, le TF a déjà eu l'occasion de relever, dans des recours contre des sentences arbitrales dans le domaine de la protection internationale des investissements, que les solutions dégagées dans d'autres affaires arbitrales ne lient pas un tribunal arbitral, de sorte qu'on ne saurait voir dans la jurisprudence arbitrale une source à proprement parler du droit de l'arbitrage. En application de ces principes, la sentence étrangère produite par les intimées à l'appui de leur duplique est irrecevable (consid. 2.4.3) (voir également le consid. 4 de cet arrêt, résumé ci-dessous en relation avec l'art. 190 al. 2 let. b LDIP).

Motifs de recours

Arbitre irrégulièrement désigné ou tribunal arbitral irrégulièrement composé (art. 190 al. 2 let. a LDIP)

- TF 4A 292/2019 du 16 octobre 2019 (d), (*A. AG [société suisse] c. B. [société turque]*). Recours contre la sentence rendue le 13 mai 2019 par un tribunal arbitral ad hoc avec siège à Wollerau. Découverte par la recourante qu'une conversation téléphonique de quelques minutes avait eu lieu entre l'arbitre nommé par une partie et le conseil de cette partie, après confirmation de l'arbitre mais avant la nomination par les coarbitres d'un président et la constitution du tribunal arbitral. Les contacts unilatéraux entre une partie ou son représentant légal et un arbitre ne sont pas exclus dans tous les cas. Par exemple, il est d'usage et généralement permis de contacter un arbitre potentiel pour déterminer son aptitude et sa disponibilité ou pour discuter de la nomination d'un président du tribunal. En relation avec le cas de figure litigieux en l'espèce, les *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration* de 2013 prévoient expressément, en leur chiffre 8, que : « *(b) A Party Representative may communicate with a prospective or appointed Party-Nominated Arbitrator for the purpose of the selection of the Presiding Arbitrator* ». La doctrine confirme également qu'il est largement admis que – sauf convention contraire – les deux coarbitres peuvent être en contact avec les parties qui les ont désignés en vue de choisir un président ; en revanche, les contacts unilatéraux ne sont généralement pas autorisés après la désignation du président. Enfin, le Canon III/B.2 du *AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* de 2004 confirme lui aussi que « *[i]n an arbitration in which the two party-appointed arbitrators are expected to appoint the third arbitrator, each party-appointed arbitrator may consult with the party who appointed the arbitrator concerning the choice of the third arbitrator* ». Il apparaît évident que le contact téléphonique entre le coarbitre Lazopoulos et la représentante de la demanderesse – qui, selon les explications fournies, concernait le droit applicable au fond, avait été convenu au préalable avec l'autre coarbitre et dont le président avait été informé par la suite – ait servi à choisir un président approprié, étant donné que la décision de nomination des deux coarbitres par le tribunal d'arrondissement de Höfe ne contenait aucune indication concernant l'élection de droit, et que cette question était de nature à influencer le choix du président. Ainsi, compte tenu des circonstances, il n'y a pas d'élément objectif qui puisse justifier des doutes quant à l'impartialité du coarbitre Lazopoulos (consid. 3.4). Recours rejeté.

Compétence ou incompétence du tribunal arbitral (art. 190 al. 2 let. b LDIP)

- TF 4A_636/2018 du 24 septembre 2019 (d), (*A. [Joint-Venture de droit turc], B. SA, C. SA [actionnaires] c. D. [organisation indépendante régissant la construction d'un grand fleuve artificiel], Etat de Libye*). Recours contre la sentence intitulée *Partial Award* rendue le 22 octobre 2018 par un tribunal CCI. Confirmation de la jurisprudence *Westland* (arrêt P 1675/1987 du 19 juillet 1988), selon laquelle le droit suisse reconnaît l'indépendance des entités détenues par l'Etat par rapport à ce dernier (consid. 4.5.1). Une convention d'arbitrage signée par une organisation étatique ne lie pas automatiquement l'Etat (non-signataire de la convention) ayant créé cette organisation. En l'espèce, les faits établis dans la sentence attaquée montrent que l'entité D. était indépendante de l'Etat libyen, n'exerçait pas la puissance publique, et avait conclu le contrat litigieux de manière autonome (consid. 4.3). La théorie du droit libyen selon laquelle la responsabilité contractuelle encourue par une entité étatique doit être endossée par l'Etat, à la supposer applicable, est sans pertinence en matière de compétence juridictionnelle (consid. 4.4.2). Les faits constatés par les arbitres ne permettent pas non plus de conclure à une extension de la convention d'arbitrage sur la base du droit suisse (consid. 4.5). Recours rejeté.
- TF 4A_342/2019 du 6 janvier 2020 (d), (*A. [Société de droit sud-coréen spécialisée dans la production d'écrans pour automobiles] c. B. [société de droit allemand spécialisée dans les technologies automobiles.]*). Recours contre la sentence partielle sur compétence et responsabilité rendue le 3 juin 2019 par un tribunal arbitral CCI avec siège à Zurich. Litige ayant surgi de l'attribution d'une commande d'écrans à transistors pour automobiles dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres. Alors que la demanderesse avait déjà commencé à livrer les écrans, les

parties ne réussissaient pas à trouver un accord sur la teneur finale de certaines dispositions du « Contrat cadre » et des « Conditions d'achat » censés régir la commande. En revanche, les parties parvenaient à s'accorder sur et à signer le *Quality Assurance Agreement* (QAA) qui devait accompagner ces deux autres contrats. Chacun des documents contractuels discutés entre les parties envisageait la soumission d'éventuels litiges à un tribunal arbitral CCI avec siège à Zurich. Arbitrage initié par l'intimée sur le fondement de la clause d'arbitrage contenue dans le QAA, à la suite de la déclaration de la recourante qu'elle n'entendait pas livrer toutes les unités convenues. C'est à raison que le tribunal arbitral s'est considéré compétent pour décider du litige, malgré le fait que celui-ci ne portait pas sur les obligations spécifiques couvertes dans le QAA, car le langage de ce contrat et de la clause litigieuse, tout comme l'ensemble de la relation contractuelle entre les parties indiquent clairement qu'elles entendaient soumettre à l'arbitrage envisagé dans le QAA (tout comme, en des termes très similaires, dans les projets des autres accords que les parties n'avaient pas signés) l'ensemble des litiges (« *contract disputes* ») pouvant surgir en relation avec la commande d'écrans adjugée à la recourante (consid. 3.4). Recours rejeté.

- TF 4A_80/2018_du 7 février 2020 (f), (*La République X. c. A. N.V [société de droit néerlandais, filiale de B. Ltd], B. Ltd. [société de droit chypriote], C. Ltd [société de droit chypriote], D. Sàrl [société de droit luxembourgeois]*). Recours contre la sentence arbitrale partielle rendue le 20 décembre 2017 par un tribunal arbitral ad hoc constitué conformément au Traité sur la Charte de l'énergie (TCE) et au Règlement CNUDCI. Question de savoir si la « taxe solaire » litigieuse était une « mesure fiscale » au sens de l'art. 21 TCE, auquel cas les intimées ne pouvaient déduire aucun droit de ce traité ni se prévaloir de la clause d'arbitrage figurant en son art. 26. Interprétation du TCE conformément aux art. 31 ss de la Convention de Vienne sur le droit des traités (RS 0.111), qui codifient en substance le droit coutumier international. A la lumière de son analyse de la jurisprudence de la plus haute instance ordinaire du pays hôte de l'investissement, ayant dûment examiné les implications de la désignation formelle de la mesure en question, tout comme son essence, le contexte de son introduction et son but, le tribunal a constaté que la « taxe solaire » n'avait matériellement pas la nature d'un impôt, et n'était donc pas une mesure fiscale au sens de l'art. 21 TCE. Cette interprétation est conforme aux principes applicables en la matière et ne peut donc pas être remise en question (consid. 3). Question du changement stratégique de nationalité, accompli dans le but d'obtenir la protection d'un traité d'investissement qui, sans cette opération, ne trouverait pas application (« *Treaty shopping* »). Sur le vu des faits constatés dans la sentence, interprétés à la lumière des dispositions pertinentes du TCE et des traités bilatéraux de protection des investissements applicables, les intimées ont bel et bien effectué des investissements protégés par ces traités (consid. 4.1-4.7). Le correctif de l'abus de droit, qui trouve à s'appliquer en tant que principe général du droit international ou même en tant que règle de droit international coutumier, suppose des circonstances exceptionnelles. La situation factuelle présentée dans la sentence, notamment la chronologie des événements et la conduite des parties dans ce contexte, qui montrent que le litige n'était pas nécessairement prévisible, portent à conclure que de telles circonstances ne sont pas réunies en l'espèce (consid. 4.8). Recours rejeté (voir également les consid. 2.4.1-2.4.3 de cet arrêt, résumé ci-dessus, dans la section intitulée Recevabilité, en relation avec l'art. 99 al. 1 LTF).
- TF 4A_306/2019 du 25 mars 2020 (f), (*A. S.L [société espagnole sise à B. c. République bolivarienne du Venezuela]*). Recours contre la sentence rendue le 20 mai 2019 par un tribunal arbitral avec siège à Genève. Notion d'investissement selon l'art. I(2) du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Espagne-Venezuela. Statuant sur sa compétence, le tribunal s'est penché sur les objections *ratione personae* et *ratione materiae* soulevées par l'intimée et est parvenu à la conclusion que la recourante n'avait pas effectué un investissement propre à fonder sa compétence en vertu du TBI. Conformément à sa jurisprudence, le TF interprète le sens des termes « investisseur » et « investissement » dans un TBI conformément aux règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (consid. 3.4.1). Ayant déjà eu l'occasion de constater qu'il n'existe pas de définition abstraite, définitive et unanimement acceptée de la notion d'investissement dans les traités internationaux de protection des investissements, le TF interprète cette notion de bonne foi, à partir du texte du traité examiné, suivant le sens ordinaire des termes pertinents, considérés dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité (consid. 3.4.2.2). Se fondant sur une interprétation littérale de l'article I(2) TBI, le tribunal arbitral en a déduit la nécessité d'un acte d'investissement actif de la part de l'investisseur. Quand bien même les actions de la société D. S.A. constituaient un investissement, et même si la recourante remplissait les critères pour être considérée un investisseur au sens du TBI, le tribunal a tenu pour décisif le fait que les actions avaient été transférées à la recourante par des sociétés sises dans des pays tiers, dans le cadre d'une restructuration dont le but était précisément de bénéficier de la protection du TBI. Sur cette base, il a nié à la recourante la protection du TBI, en se déclarant incompétent pour statuer sur le litige qui lui a été soumis. Il est admis que les Etats parties aux TBIs disposent – et font régulièrement usage – de possibilités diverses

d'exclure une telle pratique, connue sous l'appellation de « *treaty shopping* ». De nombreux TBI comportent, par exemple, des clauses dites de « *denial of benefits* » ou « *origin of capital* » qui servent précisément à cette fin. Or, le TBI en question ne contient aucune clause de ce genre, alors qu'elles étaient déjà courantes à l'époque de sa conclusion et que les deux pays signataires en ont fait usage dans d'autres traités. Force est donc de constater que les Etats contractants avaient renoncé en connaissance de cause à inclure une telle disposition limitative dans le TBI. Ainsi, c'est à tort que le tribunal arbitral a retenu l'existence d'un investissement actif comme condition d'application de ce traité. En réalité, rien ne permet de dégager du texte du TBI la volonté des Etats contractants d'exclure l'investissement en question de son champ d'application. Demeure réservée l'hypothèse de l'abus de droit, que le Tribunal arbitral devra encore examiner dans le cadre des objections de l'intimée qu'il avait pu se dispenser de déterminer en déclinant sa compétence sur la base de cette interprétation erronée (consid. 3.4.2.4-3.4.2.8). Recours partiellement admis, sentence annulée. Renvoi de la cause au tribunal arbitral pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

- TF 4A_12/2019 du 17 avril 2020 (f), (*A. SA [Société de droit suisse sise à Genève, créateur d'un concept de bars d'aéroport] c. Z. Ltd [Société de droit anglais sise à Londres, exploitant d'échoppes de nourriture et boissons dans les lieux de transport]*). Recours contre la sentence finale rendue le 23 novembre 2018 par un tribunal arbitral siégeant à Genève. En matière d'arbitrage, la qualité de partie à la convention d'arbitrage et la légitimation active ou passive, qualité qui relève du fondement matériel de l'action, peuvent se chevaucher, car, contrairement aux juges, les arbitres tirent leur compétence de la convention des parties, souvent incorporée, en tant que clause de résolution des différends, dans le contrat dont découle l'obligation litigieuse. Déterminer si l'on peut déduire d'un contrat l'existence d'une obligation stipulée pour autrui et s'il est possible de prendre des conclusions en faveur d'un tiers sur la base d'une telle stipulation est une question de fond. Les arbitres sont compétents pour en connaître, du moment que les parties à l'arbitrage sont les signataires du contrat en question et que celui-ci inclut une clause soumettant à l'arbitrage toute controverse concernant le contrat, respectivement toute réclamation relative au contrat ou à sa violation. De même, lorsqu'une clause d'arbitrage couvre les litiges relatifs aux dommages-intérêts consécutifs à une violation contractuelle, il importe peu que le créancier fasse valoir son propre dommage ou celui d'un tiers : dans l'un et l'autre cas, ses conclusions entrent dans le champ d'une telle clause compromissoire (consid. 3.2). Dans le cas d'espèce, telle que formulée, la clause d'arbitrage permettait bel et bien aux arbitres de connaître de la question du dommage subi par un tiers non partie au contrat de licence contenant cette clause (consid. 3.4.2). Recours rejeté.

- TF 4A_418/2019 du 18 mai 2020 (d), (*A. A.S. [société de construction de droit turc] et B. [société de construction de droit iranien] c. C [société de droit iranien contrôlée par le ministère iranien des routes et du développement urbain] et D. [Banque d'Etat iranienne]*). Recours contre la sentence rendue le 2 juillet 2019 par un tribunal arbitral avec siège à Genève. Cas d'un Accord Trilatéral (AT) entre une entreprise de construction étrangère d'une part, et une société et une banque contrôlées par l'Etat iranien d'autre part, portant sur la construction de 20'000 logements sociaux en Iran et contenant une convention d'arbitrage s'avérant être une copie presque identique de la clause de résolution des différends contenue dans le Traité bilatéral d'investissement entre la Turquie et la République islamique d'Iran de 1996. Absence de cohérence entre la convention d'arbitrage et le reste de l'AT (consid. 3.1). Sentence majoritaire concluant à l'incompétence du tribunal pour résoudre le litige entre les parties. Confirmation de la jurisprudence selon laquelle le TF ne peut revoir les constatations de fait contenues dans la sentence, même dans le cadre d'un recours visant une décision sur compétence (consid. 3.2.3). Il découle de cette jurisprudence que, s'agissant de l'interprétation de la convention d'arbitrage, le TF ne peut revoir que l'établissement de la volonté présumée des parties (interprétation dite objective ; question de droit) et non pas la constatation de leur volonté réelle (interprétation dite subjective ; question de fait). Ayant établi que les parties envisageaient deux types différents (et incompatibles) d'arbitrage pour résoudre les différends pouvant surgir de l'AT, la majorité du tribunal a conclu, sur le fondement d'une interprétation subjective de la clause d'arbitrage, à l'absence de volonté mutuelle et concordante des parties de recourir à l'arbitrage international. Le tribunal a correctement déduit de cette conclusion qu'il n'y avait pas lieu de procéder à une interprétation objective de la convention d'arbitrage. En effet, la divergence des vues des parties quant au mode de résolution des différends à adopter étant clairement établie, il eût été impossible que l'une ou l'autre d'entre elles puisse croire, de bonne foi, qu'un accord avait été trouvé à ce sujet (consid. 3.2.5). Recours rejeté.

Décision infra, ultra ou extra petita (art. 190 al. 2 let. c LDIP)

- TF 4A_294/2019, 4A_296/2019 du 13 novembre 2019 (d), (*A. Ltd [société israélienne] c. B. A.S [société de droit turc] et C. A.S. [société de droit turc]*). Recours contre la sentence rendue le 6 mai 2019 par un tribunal arbitral CCI avec siège à Zurich. Une sentence arbitrale statue *ultra* ou *extra petita* si elle alloue davantage ou autre chose que

ce qui a été demandé. En l'espèce, le tribunal arbitral a statué *extra petita* en allouant des dommages-intérêts alors que la demanderesse n'avait demandé qu'une décision déclaratoire constatant que les défenderesses avaient manqué à leurs obligations en vertu de l'accord litigieux, mais non une fixation du dédommagement dû en conséquence de ces violations (consid. 4.2). De même, les défenderesses soutiennent à juste titre que la demanderesse n'avait pas demandé la compensation de sa créance avec les demandes reconventionnelles éventuellement admises par le tribunal, alors que la sentence procède bel et bien à une telle compensation (consid. 6.2.2). Recours partiellement admis. Annulation de certains dispositifs de la sentence et renvoi au tribunal pour qu'il rende une nouvelle décision sur les chefs de demande correspondants (voir également le consid. 5 de cet arrêt, résumé ci-dessous en relation avec l'art. 190 al. 2 let. e LDIP).

Incompatibilité de la sentence avec l'ordre public (art. 190 al. 2 let. e LDIP)

- TF 4A_294/2019 ; 4A_296/2019 du 13 novembre 2019 (d), (*A. Ltd [société israélienne] c. B. A.S [société de droit turc] et C. A.S. [société de droit turc]*). Recours contre la sentence rendue le 6 mai 2019 par un tribunal arbitral CCI avec siège à Zurich. Selon une jurisprudence bien établie, le fait que l'art. 163 CO relève de l'ordre public suisse ne signifie pas encore que sa violation contreviendrait à l'ordre public de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. L'argument de la demanderesse selon lequel le tribunal arbitral aurait violé l'art. 163 al. 2 CO du fait qu'il a alloué des pénalités conventionnelles pour la non-exécution d'une obligation devenue impossible se heurte au fait que cette disposition prévoit précisément la possibilité pour les parties de conclure une « convention contraire » par rapport à la règle voulant que les pénalités sont en principe inexigibles dans une telle circonstance (consid. 5 ; voir également les consid. 4.2 et 6.2.2 de cet arrêt, résumés ci-dessus en relation avec l'art. 190 al. 2 let. c LDIP).
- TF 4A_244/2019 du 12 décembre 2019 (d), (*Fédération de Russie c. B. [société ukrainienne]*). Recours contre la sentence rendue le 12 avril 2019 par un tribunal arbitral siégeant à Genève. Note : ce recours contre la sentence finale faisait suite au recours contre la sentence sur compétence du 26 juin 2017, rejeté par le TF dans son arrêt ATF 144 III 559 du 16 octobre 2018. Dans cet arrêt précédent, le TF avait entériné la décision du tribunal arbitral, qui, fondant sa juridiction sur le Traité d'investissement de 1998 entre l'Ukraine et la Russie (ISA 1998), l'avait déclaré applicable à un investissement effectué en Ukraine (sur la péninsule de Crimée), mais se trouvant désormais (à la suite de l'annexion de la Crimée en 2014) sur un territoire placé sous le contrôle et la juridiction *de facto* de la Fédération de Russie. Les allégations de la recourante selon lesquelles l'investissement aurait été entaché de fraude et corruption sont irrecevables car elles se fondent sur des documents nouveaux et des faits non constatés dans la sentence (consid. 3.5). La recourante reproche au tribunal de s'être prononcé sur la question – qui selon elle est non arbitrable et non sujette à la libre disposition des parties au litige – du statut et de la portée de l'ISA 1998 entre l'Ukraine et la Russie en ce qui concerne le territoire de la Crimée. De ce fait, selon la recourante, la sentence doit être déclarée nulle ou alors doit être annulée pour violation de l'ordre public au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. En réalité, le tribunal s'est uniquement prononcé sur la demande de l'intimée, qui visait à obtenir un dédommagement pour l'expropriation de ses investissements effectuée par la recourante en violation de l'ISA 1998. Une telle demande constitue une cause de nature patrimoniale au sens de l'art. 177 LDIP et était donc tout à fait arbitrable. A y regarder de plus près, dans la mesure où il critique la constatation du tribunal que le litige relevait du champ d'application matériel, temporel et territorial de l'ISA 1998, le recours vise à nouveau la décision arbitrale sur compétence, qui a déjà été confirmée par le TF et ne peut donc être remise en question (consid. 4.1). Recours rejeté.
- TF 4A_246/2019 du 12 décembre 2019 (d), (*Fédération de Russie c. A., B., C., D., E., F., G., H., I., J., K. [sociétés ukrainiennes]*). Recours contre la sentence rendue le 12 avril 2019 par un tribunal arbitral siégeant à Genève. Voir le résumé de l'arrêt du TF 4A_244/2019 ci-dessus, dont le texte est identique (à l'exception des détails concernant les parties intimées) à celui du présent arrêt.

Convention de New York

- TF 5A_1019/2018 du 5 novembre 2019 (f), (*A [CEO et actionnaire majoritaire de B. AG], B. AG [société d'informatique suisse] c. C. [société américaine]*). Recours contre l'arrêt de la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal vaudois du 30 octobre 2018. Argument selon lequel l'inobservation par les arbitres de clauses contractuelles claires et pertinentes pour l'issue du litige devrait conduire au refus de reconnaître la sentence en application de l'art. V ch. 2 let. b CNY. La doctrine et la jurisprudence des tribunaux du siège arbitral n'accréditent pas forcément cette thèse. En l'espèce, la carence de motivation de la sentence quant aux effets d'une clause limitative de responsabilité ne fait pas obstacle, au regard de l'ordre public, à l'*exequatur* de cette décision (consid. 6). Recours rejeté.

Arbitrage interne

Motifs de recours

Arbitraire (art. 393 let. e CPC)

- TF 4A_224/2019 du 11 novembre 2019 (d) (*A. Schweiz AG [société de publicité suisse] c. B. Europe AG [société de commercialisation et distribution de machines-outils ayant son siège social à V.]*). Recours contre la sentence rendue le 27 mars 2019 par un tribunal arbitral siégeant à Zurich. Une partie de la doctrine s'interroge sur la question de savoir si la « violation manifeste du droit » visée à l'art. 393 let. e CPC *in fine* concerne aussi le droit étranger ou seulement le droit (matériel et international privé) suisse (consid. 2.1). Question laissée ouverte (consid. 2.5). Recours rejeté.

Révision

- TF 4A_62/2019, 4A_354/2019 du 6 août 2019 (f), (D. [*avocat à Sion*] c. *A, B, C [avocats et notaires à Sion et E. [arbitre unique]*). Recours contre les prononcés de la Chambre des affaires arbitrales du Tribunal cantonal du canton du Valais du 14 décembre 2018 et du 5 juillet 2019. L'arbitrage à l'origine du recours était pendant lorsque le Code de procédure civile unifié (CPC) est entré en vigueur en 2011. Dès lors, les dispositions du Concordat sur l'arbitrage de 1969 (CA) s'appliquent à cette procédure, à l'exception des voies de recours ouvertes contre la sentence finale, rendue en 2014, qui sont celles prévues par le CPC (consid. 1). Le CA ne prévoyait pas la possibilité de demander la révision d'une sentence en cas de découverte d'un motif de récusation après la clôture de l'arbitrage. Il en va de même du CPC. Quant à elle, la LTF prévoit en son art. 38 al. 4 que si un motif de récusation à l'encontre d'un juge ou greffier du TF est découvert après la clôture de la procédure, les dispositions sur la révision s'appliquent. L'art. 121 let. a LTF régit la révision dans les cas où les dispositions concernant la composition du tribunal ou la récusation n'ont pas été observées. Dans l'ATF 142 III 521, consid. 2, le TF a envisagé que le régime des art. 38 al. 4 et 121 let. a LTF, prévu pour ses propres juges et greffiers, soit applicable par analogie aux membres d'un tribunal arbitral, nonobstant l'absence de dispositions correspondantes dans le CPC. Il avait déterminé que la question pouvait rester indécise au motif que la législation topique était en cours de révision et allait être complétée, et que dans le cas d'espèce, de toute manière, il n'y avait pas lieu à révision de la sentence attaquée. Question laissée derechef indécise dans le présent arrêt, par identité de motifs (même si l'art. 121 let. a LTF devait s'appliquer par analogie, l'arbitre unique n'était pas récusable au regard des dispositions pertinentes du CA ; consid. 3-5). Recours rejetés.
- TF 4F_7/2019 du 27 août 2019 (f), (*A. [avocat] c. B. [avocat]*). Demande de révision de l'arrêt rendu par le TF le 27 mars 2019 dans la cause TF 4A_539/2018 (résumé dans le chapitre « Arbitrage » de l'édition 2018-2019 de cet ouvrage). Le requérant se réfère à un passage dans le considérant 7 de l'arrêt précité (retenant que « *[d]ans ce litige… emprunt d'un puissant esprit d'animosité et de polémique, le tribunal arbitral pouvait voir dans l'exception [de compensation soulevée par le recourant] une simple récrimination supplémentaire plutôt qu'un moyen de défense sérieux…* »), et à un courrier reçu du greffier du TF, pour reprocher à la Haute Cour d'avoir violé la garantie d'un tribunal indépendant et impartial. Contrairement à ce qu'il soutient, ni le passage incriminé, ni le courrier (envoyé par le greffier sur ordre de la Présidente de la Ire Cour de droit civil) ne démontrent une apparence de partialité (consid. 4.3). Demande rejetée.

LE DROIT POUR LE PRATICIEN

2019 – 2020

Edité par
La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn

UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

www.droitpraticien.ch

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse http://dnb.d-nb.de.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-4382-7

© 2020 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel
www.helbing.ch

Préface

A l'occasion de sa traditionnelle Journée annuelle de formation continue destinée à tous les professionnels du droit, la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, en collaboration avec le CEMAJ, propose une recension des principales mises à jour de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence dans les grands domaines du droit.

Les exposés oraux présentés lors de la Journée sont complétés par un ouvrage remis aux participants. Vingt-six domaines du droit sont couverts grâce à la collaboration du corps professoral et intermédiaire de la Faculté. Le site Internet www.droitpraticien.ch permet de retrouver en format électronique tous les résumés de jurisprudence des dix dernières années, ainsi que les arrêts récents du Tribunal fédéral, classés par thèmes. Le tout peut être facilement recherché par articles de loi et mots-clés. Il est possible de créer des alertes personnalisées.

La Faculté de droit et le CEMAJ tiennent à remercier ici les auteurs, de même que toute l'équipe du secrétariat pour son aide déterminante dans l'élaboration du manuscrit et l'intégration des nouvelles données sur la plate-forme, ainsi que Madame Cindy Leschaud, informaticienne, pour l'administration du site www.droitpraticien.ch.

François Bohnet et Anne-Sylvie Dupont