

Rédacteurs en chef • Editors in Chief

Charles Kaplan ■ Philippe Pinsolle

Les
Cahiers
de
l'Arbitrage

The
Paris
Journal
of
International
Arbitration

2011 4

L.G.D.J

lextenso éditions

Le Tribunal fédéral suisse annule (enfin ?) une sentence arbitrale internationale pour contrariété à l'ordre public

Charles PONCET
Docteur en droit, avocat, ZPG Genève

DÉCISION :

- Tribunal fédéral suisse, arrêt 4A-490/2009 du 13 avril 2010.
- L'arrêt est rédigé en langue allemande. Disponible sur le site internet du Tribunal fédéral www.bger.ch, il est également publié au Bulletin ASA 511 (2010). Une traduction anglaise de l'arrêt est disponible sur le site www.praetor.ch. Une traduction française a été publiée dans 2010 Semaine Judiciaire I 529 (2010).

RÉSUMÉ

Le 13 avril 2010, le Tribunal fédéral suisse a annulé une sentence arbitrale internationale pour contrariété à l'ordre public. Bien que la loi fédérale sur le droit international privé prévoit une possibilité d'annuler une sentence si elle est contraire à l'ordre public matériel ou procédural depuis 1989, c'est en fait la première fois que le Tribunal fédéral suisse admet un recours fondé sur ce moyen. Le Tribunal arbitral avait en l'espèce laissé de côté un jugement du Tribunal cantonal de Zurich portant sur le même objet et le Tribunal fédéral en a conclu que la sentence violait ainsi l'ordre public procédural, dans le domaine duquel il y a lieu de ranger l'effet de chose jugée.

ABSTRACT

*On April 13, 2010 the Swiss Federal Tribunal annulled an international arbitral award which it found in violation of procedural public policy. Whilst the Swiss statute provides for a possibility to annul an award that is contrary to substantive or procedural policy and has done so since 1989, the judgement of April 13, 2010 constituted a première. A review of the decision shows that the arbitrators chose to disregard a judgment of the Zurich cantonal Court on the same issue, thus leading the Swiss Federal Tribunal to conclude that *res judicata* is indeed part of procedural public policy.*

La loi suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (« LDIP ») est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989. Ses articles 176 à 194 règlent le domaine de

l'arbitrage international et l'article 190 LDIP définit les bases sur lesquelles une sentence arbitrale internationale peut être attaquée devant le Tribunal fédéral suisse (« TF »). Parmi les motifs de recours figure l'incompatibilité avec l'ordre public¹. Depuis l'entrée en vigueur de la LDIP, le Tribunal fédéral a été saisi de quelques 350 recours environ. Les études statistiques qui ont été conduites² montrent que la proportion de recours admis est faible (5 à 7 %). On peut donc affirmer sans hésitation que d'une manière générale, la haute juridiction helvétique a une approche plutôt libérale de l'arbitrage.

Sous l'angle de l'article 190 (2) (e) LDIP toutefois, ce libéralisme – si c'est le terme qui convient – confine à une vision restrictive. Alors que de très nombreux recours allèguent une violation de l'ordre public en effet, celle-ci n'a été admise qu'une fois et l'arrêt rendu le 13 avril 2010 est dès lors d'un intérêt particulier pour les praticiens internationaux.

Le litige et la sentence du TAS

Deux clubs de football bien connus, l'Atletico Madrid (« Atletico ») et le Benfica de Lisbonne (« Benfica ») sont en litige depuis des années à propos du transfert d'un joueur portugais, Daniel da Cruz Carvalho (« Dani »). Au mois de septembre 2000, Benfica avait en effet « acquis » Dani pour un montant de 1 806 562 euros – et le club signa un contrat avec le joueur pour quatre saisons. L'engagement financier de Benfica à l'égard de Dani était ainsi de l'ordre de 3 000 000 euros –. Peu après la signature du contrat toutefois, Benfica prit des mesures disciplinaires contre le joueur, qui résilia son contrat pour de justes motifs le 6 décembre 2000.

Quelques jours plus tard, Dani signait un nouveau contrat de travail avec Atletico. La Fédération Portugaise de Football refusa de lui délivrer un certificat de transfert, mais la FIFA autorisa « provisionnellement » Dani à être enregistré comme joueur de l'Atletico à fin janvier 2001 afin, disait-elle, de ne pas mettre en péril la carrière future du joueur. Benfica intenta alors une procédure contre lui devant la Commission Arbitrale Paritaire, l'organisme portugais compétent pour trancher les litiges entre les clubs de football et leurs joueurs. Cette autorité rendit sa décision le 23 février 2001 et constata que Benfica était fondé à prendre des mesures disciplinaires contre Dani, ce qui signifiait que la résiliation du contrat de travail pour de justes motifs ne pouvait être acceptée. Cependant, la Commission Arbitrale Paritaire ne détermina pas quelles devaient être les conséquences d'une telle résiliation injustifiée et elle ne condamna en particulier pas Dani au paiement de dommages et intérêts à Benfica.

Une procédure judiciaire s'ensuivit devant les tribunaux portugais compétents en matière de rapports de travail et une transaction fut conclue entre les parties le 9 janvier 2003. Dani recevait un montant de l'ordre de 160 000 euros au titre d'arriérés de salaire.

1. Art. 190 (2) (e) LDIP.

2. Cf. à cet égard Felix Dasser *International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland : a Statistical Analysis*, 25 ASA Bulletin 444-472 (2007).

Entre-temps, en juin 2001, Benfica avait assigné Atletico devant la FIFA afin d'obtenir un paiement compensatoire du club espagnol, ce que le Comité Spécial de la FIFA accepta en avril 2002, ordonnant à Atletico de payer 2 500 000 euros à Benfica à ce titre.

La FIFA étant une association de droit suisse, qui a son siège à Zurich, Atletico recourut contre cette décision devant le Tribunal de commerce de Zurich, qui rendit son jugement le 21 juin 2004. Il *annula* la décision du Comité Spécial de la FIFA d'avril 2002, retenant qu'elle était contraire aux droits de la concurrence suisse et européen. Le Tribunal souligna que le montant alloué par le Comité Spécial de la FIFA était sans aucun rapport avec l'entraînement et la formation effectivement fournis par Benfica à Dani, de sorte que la décision était arbitraire.

Le jugement du Tribunal de commerce de Zurich ne fut frappé d'aucun appel et acquit donc force de chose jugée.

Le 25 août 2004, Atletico et la FIFA conclurent un accord à teneur duquel dans l'hypothèse où Benfica formulerait une nouvelle demande devant la FIFA dans la même espèce, cette dernière prendrait en considération les conclusions auxquelles était arrivé le Tribunal de commerce de Zurich.

Le 21 octobre 2004 Benfica déposa en effet une nouvelle demande devant la FIFA, concluant à la condamnation d'Atletico à lui payer un montant de l'ordre de 3 000 000 euros.

Le Comité Spécial rendit une décision datée du 14 février 2008, mais notifiée aux parties à la fin de l'année 2008 seulement, retenant que Benfica pouvait être en partie responsable pour la résiliation anticipée du contrat et soulignant que le joueur n'avait été au service de ce club que pendant trois mois, de septembre à décembre 2000. Le Comité Spécial se basa sur le Règlement FIFA du statut et du transfert des joueurs dans sa version de 2001 pour déterminer le montant dû, bien que ce texte ne fût pas applicable à l'époque des faits et considéra que le joueur avait réalisé son transfert à Atletico dans sa 24^e année, de sorte qu'il avait terminé sa période de formation. Le Comité Spécial admit le principe d'une compensation, mais retint qu'il n'y avait pas lieu d'en allouer une dans le cas d'espèce et rejeta par conséquent la requête de Benfica.

Benfica fit appel au Tribunal arbitral du sport (« TAS »). Le TAS siégea dans une formation composée de Me Efraim Barak, avocat à Tel-Aviv, M^e José Juan Pintó Sala, avocat à Barcelone et M^e Henrik Willem Keser, avocat à Zeist (Pays-bas) comme président. Le TAS rendit sa sentence le 31 août 2009, condamnant Atletico à payer 400 000 euros à Benfica et réformant en conséquence la décision du Comité Spécial.

Dans la procédure devant le TAS, Benfica avait notamment fait valoir que le jugement du Tribunal de commerce de Zurich ne lui était pas opposable, car elle n'avait pas été partie à cette procédure, dont elle ignorait tout. Il s'agissait au demeurant d'une procédure de recours contre la décision prise par une association de droit suisse, qui ne préjugait en rien d'une nouvelle décision de la FIFA, l'accord conclu entre cette dernière et Atletico n'ayant d'ailleurs jamais été porté à la connaissance de Benfica. Atletico contesta ce point de vue et fit valoir que le jugement du Tribunal de commerce de Zurich avait au contraire force de chose jugée.

Le TAS rejeta l'exception de chose jugée dans sa sentence du 31 août 2009, considérant en substance que la procédure devant le Tribunal de commerce de Zurich était l'action prévue par l'art. 75 du Code civil suisse (« CCS »)³ par laquelle le membre d'une association peut contester en justice la décision d'un organe à laquelle il n'a pas consenti, si celle-ci est illégale ou viole les statuts. Le Tribunal arbitral en concluait ce qui suit :

« La demande d'Atletico devant le Tribunal de commerce de Zurich n'est dès lors pas de nature arbitrale, mais met en œuvre une procédure interne suisse indépendante visant à contester une décision rendue par une association de droit suisse conformément à l'article 75 du Code civil suisse. Il est dès lors important de souligner que, pour les raisons susmentionnées, et bien sûr avec tout le respect qui lui est dû, la décision rendue par le Tribunal de commerce de Zurich ne peut pas être considérée comme une décision finale qui empêcherait la Formation de considérer l'affaire de novo »⁴.

Cette première constatation faite, le TAS analysa ensuite la portée du jugement du Tribunal de commerce de Zurich, aux termes duquel des paiements compensatoires en application du Règlement de 1997 du Statut et du Transfert des joueurs violaient les dispositions suisses et européennes en matière de concurrence. La Composition en déduisit qu'une compensation pouvait être accordée à Benfica, à condition qu'elle correspondît à la formation effectivement donnée au joueur. Le dommage subi par Benfica était ainsi au maximum égal à la somme payée pour son transfert d'Ajax Amsterdam (1 806 562,50 euros et en l'espèce 1 691 250 euros – correspondant aux 45 mois pendant lesquels Dani n'avait pas joué pour Benfica). Atletico avait, selon le TAS, contacté le joueur sans même entreprendre les vérifications élémentaires pour s'assurer qu'il n'était pas sous contrat avec un autre club et probablement incité, ou tout au moins aidé, Dani à mettre un terme prématuré à son contrat. Le TAS fit donc application de l'article 42 (2) du Code suisse des Obligations (« CO »)⁵ pour fixer une somme de 400 000 euros – à titre de montant compensatoire équitable.

L'arrêt du Tribunal fédéral du 13 avril 2010

Les arrêts du Tribunal fédéral (« TF ») sont rendus à la suite d'une procédure écrite. Il est très rare que des débats aient lieu. En outre, les articles 58 et 59 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 prévoient dans certains cas que la délibération du TF puisse être publique, ce qui permet aux parties d'assister aux échanges de vues entre les juges et justifie, au moins partiellement, l'absence d'opinions dissidentes dans la

3. Art. 75 CCS : « Tout sociétaire est autorisé de par la loi à attaquer en justice, dans le mois à compter du jour où il en a eu connaissance, les décisions auxquelles il n'a pas adhéré et qui violent des dispositions légales ou statutaires ».

4. Sentence arbitrale du 31 août 2009, § 81 et 82, traduction libre de l'anglais.

5. Art. 42 CO : « Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée ».

pratique suisse. L'arrêt du TF du 13 avril 2010 n'a cependant pas fait l'objet d'une délibération publique et a été rendu dans une composition à cinq juges⁶.

Le Tribunal fédéral souligne dans son arrêt⁷ que les deux procédures – devant le Tribunal de commerce de Zurich et devant le TAS – avaient pour objet l'appréciation juridique de la décision du Comité Spécial de la FIFA quant à l'indemnité compensatoire requise par Benfica. Or, le Tribunal de commerce de Zurich avait déclaré nulle la décision du Comité Spécial de la FIFA basée sur le Règlement de 1997, notamment pour violation des droits de la concurrence suisse et européen. Malgré la nature cassatoire de l'action prévue par l'article 75 CCS, l'organe concerné est lié par les considérants du jugement rendu et le Comité Spécial de la FIFA l'était d'autant plus que sa décision n'avait pas été simplement annulée, mais déclarée nulle. En accordant une indemnité compensatoire à Benfica, le TAS avait donc refusé de tenir compte d'un jugement entré en force portant sur la même question et le simple fait que Benfica n'ait pas été partie à la procédure de l'époque ne supprimait pas l'effet de chose jugée dans le cas d'espèce, car l'admission du recours contre une décision d'un organe associatif a un effet *erga omnes*.

Le respect de la *res judicata* est une composante de l'ordre public au sens formel du terme et la sentence du TAS devait dès lors être annulée à ce titre.

La notion d'ordre public selon l'article 190 (2) (e) LDIP

Le texte légal se borne à indiquer qu'un recours est possible « *lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public* ». Il s'agit de la seule possibilité de recours qui ne soit pas de nature principalement procédurale. Les quatre autres voies de recours de l'article 190 LDIP concernent en effet la composition du tribunal arbitral, sa compétence, le refus de statuer ou un prononcé *ultra petita* et enfin le respect de l'égalité entre les parties ou celui du contradictoire.

À la différence du Concordat suisse sur l'arbitrage du 27 mars 1969, qui permettait le recours contre une sentence « arbitraire », l'article 190 (2) (e) LDIP limite la voie de recours à l'*incompatibilité avec l'ordre public*. La différence mérite d'être précisée : est en effet *arbitraire* une sentence reposant sur des constatations manifestement contraires aux faits résultant du dossier ou constituant une violation évidente du droit ou de l'équité ; de façon générale est arbitraire en droit suisse une décision qui s'avère manifestement insoutenable, méconnaît gravement une règle de droit ou un principe juridique clair et incontesté, ou encore heurte le sentiment de la justice et de l'équité⁸. L'ordre public est un concept *plus restrictif* que la notion d'arbitraire et une sentence arbitraire ne serait pas nécessairement contraire à l'ordre public.

6. M^{me} Kathrin Klett, Présidente, M^{me} Vera Rottenberg Liatowitsch et M^{me} Christina Kiss ainsi que MM. Gilbert Kolly et Bernard Corboz. Le Juge fédéral Corboz est un éminent connaisseur de l'arbitrage international, à qui on doit notamment l'arrêt Tensacciai du 8 mars 2006 (ATF 132 III 389) par lequel le Tribunal fédéral a retenu que le droit européen de la concurrence ne fait pas partie de l'ordre public au sens de l'article 190 (2) (e) LDIP.

7. Voir considérant 2.2.2.

8. ATF 132 III 209 (2006).

La formulation restrictive de l'article 190 (2) (e) LDIP a été introduite pendant les travaux législatifs et c'est la Commission des affaires juridiques du Conseil national⁹ qui a d'abord remplacé la notion d'arbitraire par celle de « *sentence si manifestement incompatible avec les principes fondamentaux du droit qu'elle en est contraire à l'ordre public* ». Le Conseil des États¹⁰ introduisit ensuite la formulation qui figure actuellement dans le texte légal¹¹. La doctrine relève¹² que les travaux en cours à l'époque sur la loi modèle de la CNUDCI ont joué un rôle dans la modification du texte, de même que le désir de ne pas rendre les motifs d'annulation en Suisse plus larges que ceux prévus par la Convention de New York¹³.

À cela s'ajoute une restriction supplémentaire, qui a été introduite par la jurisprudence : la sentence doit être contraire à l'ordre public dans son *résultat* et non pas dans sa *motivation* seulement. En d'autres termes, un tribunal arbitral siégeant en Suisse pourrait motiver sa décision de manière contraire à l'ordre public, sans s'exposer à une annulation de la sentence si le dispositif de celle-ci reste dans les limites de l'article 190 (2) (e) LDIP.

La doctrine s'est interrogée sur la question de savoir s'il s'agit de l'ordre public suisse – ce que suggérerait par exemple l'article 17 LDIP¹⁴ – et s'il y avait donc lieu de se limiter aux sentences incompatibles avec les principes fondamentaux ou les valeurs du système suisse¹⁵, ou s'il fallait aller au-delà dans une perspective transnationale, voire universelle¹⁶. À juste titre, le Tribunal fédéral a choisi une approche pragmatique de cette question et dès 1994, il relevait dans un des arrêts Westland¹⁷, que « *lorsque le Tribunal arbitral doit appliquer un autre droit matériel que le droit suisse et qu'il n'est donc pas tenu de respecter l'ordre public suisse, rien ne justifie apparemment de corriger sa sentence (...) par une référence à l'ordre public de la Suisse* »¹⁸. Le TF relevait aussi qu'en principe, le choix de l'ordre public suisse en matière internationale au lieu d'un ordre public transnational ne devrait pas conduire à un résultat différent. Et de conclure : « *c'est la raison pour laquelle il convient de privilégier une approche pragmatique de la question controversée, au lieu de chercher à la trancher définitivement dans un sens ou dans l'autre, d'autant plus qu'elle porte sur une notion juridique indéterminée – l'ordre public – qu'il est difficile de cerner et de définir une fois pour toutes* ».

9. Chambre basse du Parlement suisse.

10. Chambre haute du Parlement suisse.

11. Bulletin sténographique CN 1986 1368 et CE 1987, 195.

12. Cf. Bernhard Berger et Franz Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, p. 458 (2^e éd. Sweet&Maxwell 2010), ci-après « Berger-Kellerhals ».

13. Convention du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, art. V (2) (b).

14. Art. 17 LDIP : « *L'application des dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse* ».

15. Pierre Lalive, Jean-François Poudret, Claude Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, n. 5^e ad art. 190 LDIP.

16. Andreas Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, p. 130.

17. ATF 120 2 155 (1994).

18. Arrêt Westland, p. 168.

Cette approche a été confirmée dans le *leading case* *Tensacciai*¹⁹, le TF soulignant que « d'une manière générale, la jurisprudence s'est employée à délier l'ordre public de l'article 190 al. 2 let. (e) LDIP de toute attache nationale, qu'il s'agisse de la *lex fori*, de la *lex causae* ou de la loi d'un État tiers. La raison en est que le motif de recours prévu par cette disposition ne vise pas à protéger l'ordre juridique suisse, pas plus qu'il ne tend à sanctionner le défaut d'application ou la mauvaise application du droit étranger applicable au fond du litige, fût-il impératif, ni l'absence de prise en considération d'une loi de police ou d'application immédiate d'un État tiers »²⁰.

La jurisprudence et la doctrine²¹ distinguent l'ordre public matériel de l'ordre public procédural.

Une sentence arbitrale internationale 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 déterminant²².

Ces principes comprennent la règle de la bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit. On y trouve également la prohibition de mesures spoliatrices ou discriminatoires, ainsi que la protection des incapables. La doctrine²³ y ajoute l'interdiction des pots de vin et celle de la corruption, celle du travail forcé et, probablement, l'interdiction d'exclure totalement la responsabilité d'une des parties au contrat ou celle de la *reformatio in pejus*. En matière contractuelle, le principe *pacta sunt servanda* appartient à l'ordre public matériel, mais la jurisprudence suisse en donne une définition si restrictive qu'il est pratiquement exclu qu'elle trouve jamais application dans la pratique. Pour violer la règle *pacta sunt servanda*, une sentence arbitrale devrait en effet admettre qu'une clause contractuelle liât les parties mais refuser d'en faire application ou, à l'inverse, dénier toute valeur à une clause contractuelle pour l'imposer ensuite aux parties. Il paraît pratiquement impossible que des arbitres internationaux puissent agir de la sorte et compte tenu de l'importance du contentieux contractuel dans le domaine de l'arbitrage international, on peut se demander si la définition donnée par le Tribunal fédéral n'aboutit pas en réalité à le soustraire dans sa quasi-intégralité au domaine protégé par l'ordre public au sens de l'art. 190(2) (e) LDIP, ce qui est assez problématique.

Parmi les règles qui pourraient relever de l'ordre public matériel mais qui n'en font pas partie, on relèvera les dispositions du droit de la concurrence depuis l'arrêt *Tensacciai*²⁴; les intérêts composés ou les dommages et intérêts punitifs²⁵; des

19. ATF 132 III 389 (2006)

20. ATF 132 III 389, p. 394 (2006).

21. Sur ces questions, cf. principalement Gabrielle Kaufmann-Kohler et Antonio Rigozzi, *Arbitrage international Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, p. 522-539 (ci-après « Kaufmann-Kohler/Rigozzi ») (2010) et Berger/Kellerhals, p. 458-468. Voir également Homayoon Arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, p. 165 et s. (2005); Philippe Schweizer, « L'ordre public de l'article 190 al. 2 lit. e. LDIP : Le caméléon court toujours » in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, p. 273 (2002); Francesco Trezzini, *The Challenge of Arbitral Awards for Breach of Public Policy According to Art. 190 para. 2 lit. E of the Swiss Private International Law*, p. 109 et s. (2003).

22. Définition contenue dans de nombreux arrêts du Tribunal fédéral et toujours répétée depuis l'arrêt *Westland* de 1994.

23. Kaufmann-Kohler/Rigozzi, p. 536.

24. ATF 132 III 389.

25. Berger – Kellerhals, p. 463.

honoraires ou des frais de procédure excessifs²⁶ ou l'application d'un droit autre que celui qui est désigné par les règles de conflit applicable²⁷. On peut enfin se demander avec Kaufmann-Kohler/Rigozzi si les arbitres qui trancheraient en équité alors qu'ils n'y sont pas autorisés ne violeraient pas l'ordre public, quelle que soit la définition « pragmatique » retenue à cet effet.

L'ordre public *procédural* est violé quant à lui lorsque des principes fondamentaux et généralement reconnus pour garantir aux parties un jugement indépendant sur leurs conclusions et sur les faits qu'elles soumettent au Tribunal arbitral ont été appliqués d'une façon qui conduit à une contradiction insupportable avec le sentiment de la justice, la décision devenant dès lors incompatible avec les valeurs reconnues dans un état de droit²⁸. L'ordre public procédural est distinct des garanties procédurales que donnent les lettres (a) à (d) de l'article 190 (2) LDIP et il n'a pas pour objet d'établir une sorte de code de procédure arbitrale, mais bien de remédier à des violations flagrantes qui pourraient ne pas être prises en compte par les autres moyens de recours de l'article 190 (2) LDIP. On peut ainsi songer à l'impartialité d'un expert²⁹, à la règle *iura novit curia*, ou à la maxime *actori incumbat probatio*, voire éventuellement à l'exigence d'un niveau minimum de motivation dans une sentence, hors le cas où les parties auraient accepté une décision non motivée.

La force de chose jugée relève de l'ordre public procédural, comme l'a notamment rappelé l'arrêt *Fomento*³⁰, afin d'éviter « deux décisions judiciaires contradictoires sur la même action et entre les mêmes parties, qui sont également et simultanément exécutoires »³¹. L'application de cette notion à la litispendance devant un tribunal arbitral international en raison d'une procédure pendante devant un tribunal étatique a ensuite amené le Parlement suisse à modifier l'article 186 LDIP, pour lui donner une teneur plus favorable à l'arbitrage international³².

Il n'est dès lors guère surprenant que le Tribunal fédéral ait retenu dans son arrêt du 13 avril 2010 que le raisonnement du TAS aboutissait à violer l'effet de chose jugée attaché au jugement du Tribunal de commerce de Zurich. De ce point de vue en tout cas, l'arrêt échappe à la critique et il a d'ailleurs été généralement approuvé³³. Le raisonnement de la sentence arbitrale déferée au Tribunal fédéral n'était guère convaincant sur ce point et son annulation ne constitue pas une surprise.

26. Arrêt 4P. 280/2005 du 9 janvier 2006.

27. Kaufmann-Kohler/Rigozzi, p. 538.

28. ATF 132 III 392. Définition reprise à plusieurs reprises dans la jurisprudence.

29. Berger/Kellerhals, p. 467.

30. ATF 127 III 279 (2001).

31. Arrêt *Fomento* précité, p. 283.

32. Art. 186 (1 bis) LDIP : « Il (= l'arbitre) statue sur sa compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure ».

33. Cf. Philipp Dickenmann, *Optimierungen in der TAS-Rechtsprechung Folgerungen nach Ordre Public-Urteil des Bundesgerichts 2010 Cas 202* (2010) ; Elliott Geisinger/Aileen Truttman, Chapitre sur la Suisse dans *Global Arbitration Review 2011* (www.globalarbitrationreview.com). Alexandre Mazuranc, "Has the Swiss Federal Tribunal Opened Pandora's Box by Setting Aside an Award on the Ground of Public Policy?", 16 *Arbitration News* 74 (2011).

Cela étant, le Tribunal fédéral donne de l'ordre public une conception si restrictive qu'il paraît fort peu probable que d'autres sentences arbitrales internationales soient annulées de ce chef à l'avenir. Savoir si la jurisprudence suisse va ainsi trop loin *in favore arbitri* et s'il ne conviendrait pas d'entendre notamment le respect de la maxime *pacta sunt servanda* d'une manière moins restrictive, est affaire de points de vue : les praticiens de l'arbitrage sont souvent réticents face aux « interférences » du juge étatique, sauf peut-être à l'égard d'une sentence qui mériterait d'être annulée à leurs yeux ; on ne peut exclure que ce soit parfois au seul motif qu'elle leur a donné tort.