ATF 145 III 266 | TF, 07.05.2019, 4A_540/2018*

Les parties à un arbitrage interne peuvent convenir d'un opting out *sans devoir mentionner expressément l'exclusion de l'application du CPC ; il suffit que la volonté commune d'une telle exclusion ressorte clairement des termes écrits utilisés par les parties.*

Faits

Le 7 octobre 2015, la Chambre de jugement de la Commission d'éthique de la FIFA suspend provisoirement Jérôme Valcke, ancien secrétaire général de la FIFA, de ses fonctions avant de lui interdire, par décision finale, toute activité en lien avec le football.

Après avoir contesté cette décision devant la Commission de recours de la FIFA, Jérôme Valcke interjette appel auprès du Tribunal arbitral du sport. Celui-ci envoie aux parties une ordonnance de procédure qui prévoit notamment que « *the provisions of Chapter 12 of the Swiss Private International Law Statute (PILS) shall apply, to the exclusion of any other procedural law*« . Tant Jérôme Valcke que la FIFA la signent sans réserve.

Après s'être fait débouter par le TAS, Jérôme Valcke forme un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral qui doit notamment préciser la validité de l'*opting out* en faveur du chapitre 12 de la LDIP.

Droit

Jérôme Valcke invoque principalement le fait que l'*opting out* en faveur du chapitre 12 de la LDIP n'est pas valable puisqu'il n'exclut pas expressément l'application de la troisième partie du CPC, mais seulement « *to the exclusion of any other procedural law*« .

L'art. 353 al. 2 CPC prévoit que les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention conclue ultérieurement, exclure l'application des dispositions topiques du CPC et convenir que les dispositions du chapitre 12 de la LDIP sont applicables. La déclaration est soumise à la forme écrite (art. 358 CPC).

Afin d'examiner la validité de l'*opting out*, le Tribunal fédéral s'inspire de sa jurisprudence relative à l'art. 192 LDIP (« si les deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni

établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral »). Dès lors que les conséquences de la renonciation prévue à l'art. 192 LDIP sont plus importantes que celles de l'*opting out* de l'art. 353 al. 2 CPC, il convient de ne pas se montrer plus exigeant pour la seconde renonciation.

Au regard de sa jurisprudence relative à l'art. 192 LDIP, le Tribunal fédéral souligne que la volonté commune des parties doit prévaloir sur une approche formaliste lorsque les termes utilisés par les parties sont clairs. Ainsi, un *opting out* peut être valable même sans la mention expresse de l'exclusion de la troisième partie du CPC. Partant, la mention en l'espèce de « *to the exclusion of any other procedural law* » suffit au regard de l'art. 353 al. 2 CPC.

Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral se penche sur le moment de la conclusion de l'*opting out*. Après avoir exposé de manière précise les différents courants doctrinaux, il souligne que l'importance pratique de la question est limitée. Celle-ci concerne principalement la relation entre les parties, qui sont convenues de l'*opting out*, et du tribunal arbitral, qui devrait appliquer d'autres règles procédurales suite à l'*opting out*. Ainsi, les parties ne seraient pas nécessairement libres d'imposer un *opting out* au tribunal arbitral après l'acceptation de leur mission.

En l'espèce, c'est le TAS qui a proposé la clause litigieuse. Dès lors que la clause a été proposée par le tribunal arbitral, rien ne s'oppose à ce qu'un *opting out* soit conclu jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale.

Partant, l'*opting out* en faveur du chapitre 12 de la LDIP a été valablement conclu.

Alors que le recourant peut, dans un arbitrage interne, invoquer devant le Tribunal fédéral le fait que la sentence est arbitraire (art. 393 let. e CPC), il ne le peut pas lorsque le chapitre 12 de la LDIP s'applique (art. 190 al. 2 LDIP *a contrario*). Partant, et vu la validité de l'*opting out*, le Tribunal fédéral déclare irrecevable les griefs du recourant relatifs à l'arbitraire (art. 393 let. e CPC). Sur le fond, il rejette le recours.

Note

Bien qu’il ait examiné, en l’espèce, la validité de l’*opting out* selon l’art. 353 al. 2 CPC, le Tribunal fédéral souligne que l’*opting out* selon l’art. 176 al. 2 LDIP en faveur du CPC ne requiert pas non plus la mention expresse de l’exclusion du chapitre 12 de la LDIP.

Jérôme Valcke a également invoqué le fait qu’imposer un tel *opting out* serait contraire au principe de la bonne foi (art. 2 CC). Le Tribunal fédéral lui explique, de manière brève et claire, ce qui suit : « [u]ne partie, en particulier lorsqu’elle est assistée d’un avocat, ne peut signer un ordre de procédure contenant une clause d’élection de droit et, par la suite, soutenir ne pas être liée par celle-ci. Admettre le contraire reviendrait à violer le principe de la fidélité contractuelle (*pacta sunt servanda*) ».

Au-delà de cette question de forme, l’arrêt du Tribunal fédéral est particulièrement captivant pour tout lecteur s’intéressant aux questions de corruption au sein de la FIFA. L’état de fait de l’arrêt décrit de manière assez précise les nombreux reproches adressés à Jérôme Valcke, ancien secrétaire général de la FIFA.

Enfin, l’arrêt mentionne une autre question particulièrement intéressante. Jérôme Valcke invoquait le fait que son prétendu défaut de collaboration lors de la procédure ne pouvait lui être reproché puisque les résultats de cette procédure interne étaient susceptibles d’être transmis aux autorités pénales. Ainsi, le TAS aurait violé son droit à un procès équitable (art. 6 par. 1 CEDH et art. 14 du Pacte ONU II) puisque nul n’est tenu de s’accuser lui-même. Néanmoins, le Tribunal fédéral souligne que le recourant n’a pas prouvé qu’il faisait l’objet d’investigations pénales. Il n’a ainsi pas examiné le grief invoqué par le recourant.

Proposition de citation : C□LIAN HIRSCH, L’opting out en arbitrage signé par l’ancien secrétaire général de la FIFA, in: https://lawinside.ch/770/