

# REVUE DE L'ARBITRAGE

**EXTRAIT**

COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE

**2022 - N° 3**

## REVUE DE L'ARBITRAGE

**Directeur :** Charles JARROSSON

**Rédactrice en chef :** Claire DEBOURG

**Secrétaire générale :** Léonor JANDARD

### Comité scientifique

FRANCE : Jean-Pierre ANCEL – Pascal ANCEL – Dominique BUREAU  
Loïc CADIET – Guy CANIVET – Daniel COHEN – Yves GAUDEMET  
Dominique HASCHER – Laurence IDOT – Philippe LEBOULANGER  
Eric LOQUIN – Pierre MAYER – Jacques PELLERIN – FRANÇOIS-XAVIER TRAIN

ÉTRANGER : Frédéric BACHAND – George BERMANN – Pietro BERNARDINI  
Olivier CAPRASSE – Ali MEZGHANI – Luca RADICATI DI BROZOLO  
Klaus SACHS – Pierre TERCIER

### Comité de lecture

Mathias AUDIT – Sylvain BOLLÉE – Cécile CHAINAIS – Salim MOOLLAN  
Jérôme ORTSCHIEDT – Jean-Baptiste RACINE – Eduardo SILVA ROMERO

Revue trimestrielle : pour les abonnements, cf. *Bulletin d'abonnement*

La traduction en anglais des résumés est assurée par M<sup>e</sup> Olivier PURCELL.

## COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE

**Président :** Philippe PINSOLLE

**Vice-Président :** Nathalie MEYER FABRE

**Secrétaire générale :** Janice FEIGHER

**Trésorier :** Jérôme ORTSCHIEDT

INSTITUT POUR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL (IAI)  
(*International Arbitration Institute*)

**Présidente :** Yas BANIFATEMI

## COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE RÉDACTION DE LA REVUE DE L'ARBITRAGE

### Pour toute correspondance :

31, rue La Boétie – 75008 Paris – France

Tél. : +33 1 55 06 16 44 – Fax : +33 (0)9 70 32 75 48

Courrier électronique : [secretariat@cfa-arbitrage.com](mailto:secretariat@cfa-arbitrage.com)

[www.cfa-arbitrage.com](http://www.cfa-arbitrage.com)

# *Doctrine*

---

## **LE CONTRÔLE DES SENTENCES ARBITRALES PAR LE JUGE SUISSE : APERÇU DE QUELQUES TRAITS CARACTÉRISTIQUES ET CONFRONTATION AVEC LE DROIT FRANÇAIS**

par

**Sébastien BESSON (1)**

*Associé, Lévy Kaufmann-Kohler  
Professeur à l'Université de Neuchâtel*

### RÉSUMÉ

Le contrôle des sentences arbitrales par le juge marque souvent l'ultime étape d'un long processus. L'heure de vérité qui déterminera si la décision des arbitres sera ou non suivie d'effets. La présente contribution analyse les traits caractéristiques du droit suisse en cette matière, en mettant notamment en évidence les raisons procédurales qui expliquent le contrôle très restreint des sentences par l'instance de recours compétente, à savoir le Tribunal fédéral suisse. Elle débute avec l'examen du recours en annulation et se focalise sur les motifs permettant le contrôle de la compétence (en matière d'arbitrage commercial et d'investissement) et de l'ordre public. Les solutions du droit suisse sont confrontées à celles du droit français, et cette comparaison fait ressortir des différences importantes dans le pouvoir d'examen du juge. Loin d'être purement théoriques, ces différences ont des conséquences pratiques non négligeables qui peuvent influencer le résultat de la procédure judiciaire. Le contrôle du juge

---

(1) L'auteur remercie M<sup>me</sup> Erika Hasler, collaboratrice senior de l'étude Lévy Kaufmann-Kohler, pour sa précieuse assistance dans la préparation de cet article.

de l'annulation n'est donc pas identique en Suisse et en France. Dans une dernière partie, certains traits caractéristiques du recours en révision sont abordés, et, là aussi, les différences entre le droit suisse et le droit français sont mises en lumière, notamment en ce qui concerne l'autorité de révision et l'articulation de cette voie de droit avec le recours en annulation.

## SUMMARY

*The review of arbitration awards by the judge is often the final step in a long process. It is the moment of truth that will determine whether or not the arbitrators' decision will be implemented. The present contribution analyses the characteristic features of Swiss law in this area, highlighting in particular the procedural reasons for the very limited review of awards by the competent appeal body, the Swiss Federal Supreme Court. It begins with an examination of the action for setting aside and focuses on the grounds for reviewing jurisdiction (in commercial and investment arbitration) and public policy. The solutions of Swiss law are compared with those of French law, and this comparison brings out important differences in the judge's power of review. Far from being purely theoretical, these differences have significant practical consequences which may influence the outcome of the judicial proceedings. The review by the judge in the action for setting aside is therefore not identical in Switzerland and in France. In the last part of this article, certain characteristic features of the action for revocation of the award ("recours en révision") are discussed, and here too the differences between Swiss and French laws are highlighted, particularly with regard to the reviewing authority and the link between this legal remedy and the action for setting aside the award.*

## INTRODUCTION

Le contrôle des sentences arbitrales par le juge peut prendre des formes variées et il est nécessaire de limiter les questions abordées pour que la présente contribution demeure dans des proportions raisonnables.

En premier lieu, l'arbitrage interne sera exclu. On rappellera uniquement que le droit suisse de l'arbitrage prévoit, comme en France, un régime dualiste et soumet l'arbitrage interne et l'arbitrage international à deux régimes distincts. L'arbitrage interne est régi par les règles de la Partie 3 du Code suisse de

procédure civile (CPC) (2) et l'arbitrage international obéit aux règles du Chapitre 12 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) (3). Bien que figurant dans des textes distincts, les réglementations de l'arbitrage interne et international se ressemblent sur de nombreux points, y compris en ce qui concerne les voies de recours contre la sentence (4).

En deuxième lieu, l'accent sera mis sur les traits caractéristiques, y compris procéduraux, du droit suisse de l'arbitrage et sur les différences avec le droit français. Il s'agira de montrer les facettes du droit suisse qui pourraient étonner ou, à tout le moins, être les plus contrastées par rapport au droit français.

En troisième lieu, la discussion ne portera pas sur l'arbitrage administratif qui fait l'objet d'un régime spécifique en droit français, notamment en ce qui concerne le contrôle de la sentence (5), alors que le droit suisse de l'arbitrage n'opère pas cette distinction (6).

Enfin, les éléments d'actualité seront pris en compte. A cet égard, le contrôle des sentences pour des motifs liés à la compétence de l'arbitre ou tirés d'allégations de corruption a donné lieu, ces dernières années, à une riche jurisprudence en France et il est intéressant de confronter les principes dégagés par les tribunaux français avec la perspective suisse dont on peut d'ores et déjà dire qu'elle est radicalement différente.

---

(2) *Code de procédure civile* (CPC) du 19 décembre 2008, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, RS 272.

(3) *Loi fédérale sur le droit international privé* (LDIP) du 18 décembre 1987, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1989, RS 291.

(4) Parmi les traits communs, on peut mentionner le fait que le Tribunal fédéral est l'autorité de recours contre les sentences arbitrales rendues en matière interne et internationale (art. 389 CPC et art. 191 LDIP). Les différences essentielles concernent la renonciation au recours et les motifs de recours : la renonciation au recours n'est pas possible en matière interne (alors qu'elle est admissible en matière internationale selon l'art. 192 LDIP) et le motif de recours de « l'arbitraire » (art. 393 let. e CPC) permet au juge de revoir, de façon limitée, le fond du litige en matière interne lorsque la sentence est « arbitraire dans son résultat » (alors que, selon l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, seul l'ordre public matériel permet, en matière internationale, un contrôle du fond du litige par le juge, ce contrôle étant au demeurant purement théorique comme nous le verrons ci-dessous ...).

(5) A ce sujet, pour un état des lieux récent, v. par ex. D. Mouralis, « Contrôle des sentences arbitrales par le juge administratif », *Cah. arb./PJA*, 2022.501.

(6) S. Besson, « La conception française de l'arbitrage international vue de l'étranger », *Revue de Droit Henri Capitant*, 2020 n° 14, p. 81, spéc. pp. 92-95.

## I. – LES MOYENS DE CONTRÔLE DES SENTENCES ARBITRALES PAR LE JUGE SUISSE

Le droit suisse permet au juge (suisse) de contrôler les sentences arbitrales dans trois contextes différents : i) à l'occasion d'un *recours en annulation* contre la sentence rendue en Suisse, étant rappelé que l'on se concentre ici sur le recours en matière d'arbitrage international ; ii) à l'occasion d'un *recours en révision* ; iii) en cas de *reconnaissance et d'exécution* de la sentence en Suisse.

La dernière hypothèse de la reconnaissance et de l'exécution en Suisse ne sera pas traitée en détail car elle nous entraînerait sur le terrain, trop étendu, des motifs de refus de l'article V de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ci-après, CNY ou Convention de New York). Il suffira de souligner ici les différences fondamentales entre le droit suisse et le droit français en ce qui concerne le régime de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales.

En premier lieu, la place et l'importance accordées à la Convention de New York sont très différentes en Suisse et en France. En Suisse, l'article 194 LDIP prévoit que « *la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont régies par la Convention de New York* », ce qui a pour conséquence que le juge suisse applique l'article V CNY à toute sentence rendue à l'étranger, même dans l'hypothèse (peu fréquente en pratique) où cette sentence arbitrale étrangère sortirait du champ d'application de la Convention de New York, par exemple parce qu'elle émanerait d'un Etat non partie à la Convention. Comme les premiers commentateurs de la LDIP l'ont justement exprimé, « *la Convention de New York devient d'application générale pour toutes les sentences étrangères* » (7). Ce régime contraste avec la situation en France où la Convention de New York n'a guère de portée pratique dès lors que les règles internes françaises sur la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères sont généralement plus favorables que celles de l'article V CNY et l'emportent ainsi sur le traité international, ce qui est conforme à l'article VII CNY. Comme le relèvent MM. Seraglini et Ortscheidt, « [p]arce que le droit français est particulièrement libéral en matière

---

(7) P. Lalive, J.-F. Poudret et C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Ed. Payot, 1989, art. 194 LDIP, n° 1. En ratifiant la Convention de New York en 1965, la Suisse avait fait usage de la réserve de réciprocité prévue à l'art. I ch. 3 CNY. Avec l'entrée en vigueur de la LDIP et l'introduction de l'art. 194 LDIP, cette réserve a perdu son objet et sa raison d'être.

*de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales, il est rare que les litigants invoquent une convention internationale pour solliciter, en France, l'exequatur d'une sentence* » (8).

En deuxième lieu, la notion même d'exequatur des sentences est différente. En Suisse, l'exequatur – entendue comme une décision judiciaire déclarant exécutoire une décision étrangère ou une sentence arbitrale – n'est pas nécessaire pour obtenir l'exécution forcée portant sur le paiement d'une somme d'argent. La sentence est directement assimilée à un jugement étatique dans le cadre de la procédure d'exécution forcée et elle vaut « titre de mainlevée définitive », permettant au créancier d'écarter (« lever ») une opposition à un commandement de payer notifié par l'autorité de poursuite au débiteur et d'aller ainsi de l'avant dans l'exécution forcée contre ce dernier (9). En France, l'exequatur demeure nécessaire pour l'exécution forcée de la sentence arbitrale (art. 1516 CPC) mais elle est également, en matière internationale, intrinsèquement liée au recours en annulation contre la sentence. Plus précisément, ce recours « emporte de plein droit [...] recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'exequatur ou le dessaisissement de ce juge » selon l'article 1524 du Code de procédure civile, et le rejet du recours par la cour d'appel « confère l'exequatur à la sentence arbitrale », comme le prévoit l'article 1527 al. 2 du Code de procédure civile. Les deux régimes ont pour objectif d'éviter une décision séparée d'exequatur qui pourrait retarder l'exécution de la sentence. Le droit suisse va cependant plus loin que le droit français en se passant d'exequatur et en assimilant la sentence à un jugement étatique pour les besoins de l'exécution forcée (10).

---

(8) Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2019, n° 1007, p. 1005.

(9) P.-R. Gillieron, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 5<sup>e</sup> éd., 2012, n° 752a et 752d ; D. Staehelin, « Artikel 80 », in D. Staehelin et al. (éd.), *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 3<sup>e</sup> éd., 2021, n° 16 et s.

(10) Pour être précis, cette règle s'applique à l'exécution forcée portant sur le paiement d'une somme d'argent, ce qui est l'hypothèse la plus fréquente en pratique et qui relève en Suisse d'une loi spéciale, *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* (loi de police) du 11 avril 1889, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1892, RS 281.1. Lorsque l'exécution forcée porte sur une obligation de faire ou de ne pas faire, elle relève du CPC et d'autres règles entrent en jeu (art. 335 et s) ; pour un aperçu de ces deux régimes, v. not. G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2015, n° 8.279-8.283, p. 531-533 ; B. Berger et F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Sweet & Maxwell, 4<sup>e</sup> éd., 2020, n° 2006-2033, p. 761-770.

En troisième lieu, la Suisse traite différemment la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères, d'une part, et celles des sentences suisses, d'autre part. Les premières sont soumises à la Convention de New York et la partie défenderesse pourra invoquer au stade de l'exécution forcée les motifs d'opposition ou de refus de l'article V CNY. Les secondes sont, comme on l'a vu, directement exécutoires en Suisse lorsqu'elles portent sur le paiement d'une somme d'argent et permettent une exécution forcée de la même manière qu'un jugement final d'un tribunal étatique suisse. En pratique, la partie défenderesse ne pourra pas invoquer de moyens de défense pour s'opposer à l'exécution forcée (11). En France et en matière d'arbitrage international, les sentences rendues en France et celles rendues à l'étranger sont soumises aux mêmes motifs d'opposition à l'exequatur, lesquels correspondent aussi aux motifs de recours en annulation (art. 1520 CPC). Cet enchevêtrement de la procédure de recours d'annulation et d'exequatur paraît aller de soi pour les juristes français mais il représente à nos yeux une spécificité du droit français.

Ces quelques remarques émises au sujet de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale, nous nous concentrerons dans les développements qui suivent sur les recours en annulation (II) et en révision (III).

## **II. – LE RECOURS EN ANNULATION CONTRE LA SENTENCE ARBITRALE**

### **A) Caractéristiques générales du recours**

La caractéristique la plus frappante est que le recours contre la sentence n'est ouvert que devant le Tribunal fédéral, c'est-à-dire la juridiction suprême en Suisse, qui statue en instance unique. Cette particularité est le résultat d'une volonté politique lors de l'élaboration de la LDIP, à savoir renforcer l'attractivité

---

(11) V. cependant les arrêts 5A\_334/2021, 5A\_335/2021 et 5A\_336/2021 (tous rendus le 19 juillet 2022 et concernant la même sentence arbitrale), où le Tribunal fédéral a confirmé le refus d'exécuter une sentence rendue en Suisse dans un arbitrage international au motif que la condamnation pécuniaire prononcée par le tribunal arbitral n'était pas claire en ce qui concerne la responsabilité respective des débiteurs. Cette jurisprudence ne remet toutefois pas en cause le principe selon lequel une sentence rendue en Suisse est directement exécutoire en Suisse.

de la place d'arbitrage suisse et éviter l'intervention dans ce domaine des juridictions cantonales (12). Elle est fondamentale pour comprendre l'approche très restrictive de la jurisprudence et certaines limitations au pouvoir d'examen du juge de l'annulation.

Etant en première ligne dans le contrôle des sentences arbitrales rendues en Suisse (13), le Tribunal fédéral a élaboré des principes jurisprudentiels que l'on pourrait qualifier d'auto-protecteurs afin d'éviter d'être submergé par le travail lié à ces recours. Ces principes ont pour but de limiter l'examen du Tribunal fédéral et vont dans le sens d'un contrôle minimaliste.

Etroitement liée à la première, la deuxième caractéristique concerne le mode de raisonnement suivi par le Tribunal fédéral. Ce dernier aborde le contrôle des sentences comme une Cour suprême saisie en dernière instance. La situation est toutefois particulière puisqu'il n'y a pas eu d'instance cantonale précédente, ce qui est habituellement le cas dans les autres domaines du droit. En matière d'arbitrage, l'instance précédente est la procédure arbitrale conduite devant les arbitres. La loi qualifie d'ailleurs le tribunal arbitral comme « l'autorité précédente » et ne fait pas de distinction procédurale selon que cette autorité précédente est cantonale ou arbitrale. En cas de recours contre leur sentence, les arbitres siégeant en Suisse sont amenés à interagir avec le Tribunal fédéral ; ils reçoivent communication du recours ; un délai leur est imparti pour « se déterminer » (c'est-à-dire déposer des observations), s'ils le souhaitent, sur le recours, et, à cette même occasion, il leur est demandé de produire le dossier de la cause (14). En bref, le tribunal arbitral est traité comme le serait une instance cantonale, par exemple la Cour de justice de Genève

---

(12) P. Lalive, J.-F. Poudret et C. Reymond, *op. cit.*, note 7, art. 190 LDIP, n° 1 ; ATF 130 III 76 du 18 septembre 2003, c. 4.2, p. 84.

(13) Lors de l'entrée en vigueur de la LDIP le 1<sup>er</sup> janvier 1989, le Tribunal fédéral était instance de recours unique en matière d'arbitrage international ; en revanche, les juridictions cantonales du siège de l'arbitrage demeuraient compétentes pour statuer sur les recours en matière d'arbitrage interne. Depuis l'entrée en vigueur du CPC en 2011, le Tribunal fédéral est devenu l'instance de recours unique aussi bien en matière interne qu'en matière internationale (art. 389 al. 1 CPC, art. 191 LDIP). Par souci d'exhaustivité, il faut encore noter que l'art. 390 CPC permet aux parties de « *convenir* (par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention conclue ultérieurement) que la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal cantonal compétent en vertu de l'art. 356, al. 1 », en lieu et place du Tribunal fédéral.

(14) Art. 102 LTF.

en cas de recours au Tribunal fédéral contre une décision de dernière instance cantonale dans d'autres matières civiles.

Le Tribunal fédéral est ainsi dans une situation particulière puisqu'il est à la fois autorité de *dernière* instance (en considérant le tribunal arbitral comme « l'autorité précédente ») et *seule* instance judiciaire de recours. De ce point de vue, la mission et la perspective du Tribunal fédéral se distinguent de celles de la Cour d'appel et de la Cour de cassation en France. Le Tribunal fédéral est en quelque sorte l'une et l'autre ou, plutôt, ni vraiment l'une ni vraiment l'autre.

La troisième caractéristique a trait au cadre législatif. Si les motifs de recours sont exhaustivement énumérés à l'article 190 LDIP, la procédure de recours est réglée dans une autre loi, à savoir la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) (15), et plus précisément l'article 77 LTF. Cette disposition prévoit à son alinéa 1 que le « recours en matière civile » est « recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux » aux conditions prévues par les articles 190 à 192 LDIP (16). Le renvoi au régime du « recours en matière civile » est toutefois assorti d'importantes restrictions prévues à l'article 77 al. 2 LTF.

Pour notre propos, il faut insister sur le régime applicable à l'examen des faits par le Tribunal fédéral. Selon l'article 105 al. 1 LTF, le Tribunal fédéral « statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente » ; cette règle s'applique en matière d'arbitrage, avec la précision que l'autorité précédente est le tribunal arbitral.

Par ailleurs, l'article 105 al. 2 LTF prévoit en principe un correctif en autorisant le Tribunal fédéral à « rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art[icle] 95 [LTF] » ; cette règle ne s'applique toutefois pas en matière d'arbitrage.

Il en résulte que le Tribunal fédéral statue uniquement « sur la base des faits établis par l'autorité précédente », sans pouvoir faire usage du correctif de l'article 105 al. 2 LTF, lorsqu'il examine les motifs de recours de l'article 190 LDIP.

---

(15) *Loi sur le Tribunal fédéral* du 17 juin 2005, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007, RS 173.110.

(16) L'art. 77 al. 1 LTF prévoit par ailleurs que le recours est aussi recevable contre les décisions de tribunaux en matière interne aux conditions prévues aux articles 389 à 395 CPC.

D'autres restrictions procédurales importantes limitent les possibilités du recourant (17). Sans souci d'exhaustivité, on peut mentionner les principes suivants : le recourant doit présenter tous ses griefs dans son mémoire de recours (18) ; les pièces nouvelles ou moyens de preuve nouveaux sont exclus (19) ; le Tribunal fédéral ne revoit pas l'appréciation des preuves par les arbitres (20) ; en cas de motivation alternative dans la sentence, le recourant doit attaquer tous les fondements qui peuvent justifier la solution retenue par les arbitres (21).

Le parcours du recourant est ainsi un véritable chemin de croix. Ces contraintes procédurales expliquent dans une large mesure le très faible taux de succès des recours devant le Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international. Ce taux est de l'ordre de 7 % (22).

Pour le contrôle de l'ordre public matériel, ce taux est à vrai dire de « 0 % » en matière commerciale. Depuis l'entrée en vigueur de la LDIP en 1989, aucune sentence arbitrale internationale n'a été annulée par le Tribunal fédéral pour violation de l'ordre public matériel en matière d'arbitrage commercial. Une sentence du Tribunal arbitral du sport (TAS) a été annulée pour ce motif (23) mais c'est le seul cas et il ne concerne pas l'arbitrage commercial (24).

Le Tribunal fédéral a décrit lui-même cette réalité par une formule qui relève de l'euphémisme : « *il doit désormais être clair, dans l'esprit de quiconque conclut une convention d'arbitrage donnant lieu à l'application des articles 176 ss LDIP que ses chances de succès seront extrêmement minces le jour où il voudra attaquer une sentence arbitrale en invoquant le motif de recours prévu à* »

---

(17) Pour une étude de la nature et des spécificités, y compris procédurales, du recours en annulation en matière d'arbitrage, v. not. G. Bovey, « Article 77 LTF », in F. Aubry Girardin *et al.* (éd.), *Commentaire de la LTF*, Stämpfli, 3<sup>e</sup> éd., 2022, p. 903 et s.

(18) Cf. par ex. l'arrêt 4A\_464/2021 du 31 janvier 2022, c. 4.1 ; G. Bovey, préc., note 17, n° 74.

(19) Cf. par ex. l'arrêt 4A\_464/2021 du 31 janvier 2022, c. 4.2-4.3.

(20) Cf. par ex. arrêt 4A\_264/2021 du 11 novembre 2021, c. 5.3.2.

(21) Cf. par ex. arrêt 4A\_66/2019 du 17 juin 2019, c. 2.3.

(22) F. Dasser, P. Wójtowicz, « Swiss International Arbitral Awards Before the Federal Supreme Court – Statistical Data 1989-2019 », *ASA Bull.*, 2021.7.

(23) ATF 138 III 322 du 27 mars 2012.

(24) Le Tribunal fédéral a également annulé une sentence du TAS pour violation de l'ordre public *procédural* (ATF 136 III 345 du 13 avril 2010).

*l'article 190 al. 2 let. e LDIP* » (25). Par une autre expression remise au goût du jour et qui relève tout autant de l'euphémisme, le Tribunal fédéral rappelle que l'annulation d'une sentence arbitrale internationale pour violation de l'ordre public matériel au sens de l'article 190 al. 2 let. e LDIP « *est chose rarissime* » (26).

La dernière caractéristique est plus anecdotique. Depuis la réforme du 1<sup>er</sup> janvier 2021 (27), les parties peuvent s'adresser au Tribunal fédéral *en anglais*. Cette innovation résulte de l'introduction à l'article 77 LTF d'un alinéa 2 *bis* prévoyant que « [l]es mémoires [donc notamment l'acte de recours] *peuvent être rédigés en anglais* » (28).

L'introduction de l'anglais a engendré passablement de controverses dans le milieu suisse de l'arbitrage (29). Compte tenu de la technicité du recours au Tribunal fédéral, il nous semblerait hasardeux de déposer un acte de recours au Tribunal fédéral en anglais, de sorte que la faculté de procéder dans cette langue revêt à nos yeux une portée symbolique plutôt qu'une véritable utilité pratique.

## **B) Quelques différences avec le droit français**

Si l'on s'en tient à une simple lecture des dispositions de la LDIP, respectivement du Code de procédure civile français, on pourrait avoir le sentiment que les recours en annulation suisse et français présentent des similitudes importantes. En particulier, les motifs de recours énumérés à l'article 190 al. 2 LDIP et ceux de l'article 1520 du Code de procédure civile se recourent dans une large mesure. Un examen attentif montre toutefois que cette similitude apparente masque des différences qui ne sont pas anodines en pratique et que les motifs de recours du droit suisse sont plus restrictifs sur certains points. La différence essentielle selon nous est que l'article 190 al. 2 LDIP ne permet pas de sanctionner la violation par l'arbitre des règles régissant la procédure arbitrale – seule une violation de l'égalité de traitement

---

(25) ATF 132 III 389 du 8 mars 2006, c. 2.1, p. 391-392.

(26) Cf. par ex. arrêt 4A\_418/2021 du 18 janvier 2022, c. 4.1.

(27) Sur cette réforme, S. Besson et A. Rigozzi, « La réforme du droit suisse de l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2021.11.

(28) Il faut préciser que cette faculté ne concerne que les parties. En cas de recours en langue anglaise, l'arrêt et toutes les communications du Tribunal fédéral demeureront rédigées dans une des langues officielles suisses (français, allemand, italien et rumantsch grischun ; art. 54 al. 1 LTF).

(29) S. Besson et A. Rigozzi, *préc.*, note 27, pp. 40-42.

ou du droit d'être entendu étant pertinente selon l'article 190 al. 2 let. d LDIP – alors que certaines violations procédurales peuvent donner lieu à sanction en France sous l'angle de la violation de la « mission » au sens de l'article 1520-3° du Code de procédure civile (30).

Les différences les plus profondes entre le droit suisse et le droit français concernent toutefois d'autres aspects du recours. Elles portent sur i) le *pouvoir d'examen* du juge, ii) le *lien entre le recours en annulation et l'exequatur*, et iii) les *effets du recours*.

En Suisse, on vient de voir que le *pouvoir d'examen* du juge est très restreint et que Tribunal fédéral est lié par les faits établis par la sentence arbitrale, dans la mesure où il statue « *sur la base des faits établis par l'autorité précédente* ». Il ne peut pas non plus revoir l'appréciation des preuves par le tribunal arbitral ni compléter l'état de fait, fût-ce avec des éléments ressortant du dossier de la procédure arbitrale. Sauf exceptions très rares (31), l'univers factuel du juge de l'annulation est la sentence telle qu'elle a été rédigée par le tribunal arbitral. Ce qui est en dehors de ce cadre est inexistant : le plaideur qui tenterait d'élargir ce cadre serait rabroué et ses arguments taxés d'appellatoires par le Tribunal fédéral (32).

En France, la Cour d'appel peut revoir, en droit et en fait, si les vices énumérés par l'article 1520 du Code de procédure civile sont réalisés. Consacré par l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire du *Plateau des Pyramides* (33), ce principe a été maintes fois rappelé par la jurisprudence. Selon la formule de la Cour de cassation reprise par la Cour d'appel de Paris: « *si la mission de la Cour d'appel, saisie en vertu de l'article 1520 du Code de*

(30) Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *op. cit.*, note 8, p. 986, n° 996.

(31) Selon sa jurisprudence, « [...] 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 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 [...] » (v. par ex. Arrêt 4A\_464/2021, 31 janvier 2022, c. 4.2). Ces exceptions concernent des hypothèses rares en pratique, notamment des faits survenus après le prononcé de la sentence et avant le délai de recours (par exemple, la découverte de vices affectant le délibéré arbitral) ou des faits établis en violation du droit d'être entendu (v. Sébastien Besson, « Le recours contre la sentence arbitrale internationale selon la nouvelle LTF (aspects procéduraux) », *ASA Bull.*, 2007.2, p. 25 et s.).

(32) Cf., par ex., les arrêts 4A\_167/2021 du 11 novembre 2021, c. 3.2 et 4.2 et 4A\_618/2020 du 2 juin 2021, c. 5.3.3.

(33) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 janvier 1987, n° 84-17.274, *Rev. arb.*, 1987.469, note Ph. Le Boulanger.

*procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ce texte, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question* » (34).

Le pouvoir du juge de revoir les faits pertinents pour l'examen des motifs de recours permet notamment à la Cour d'appel d'examiner tous les éléments de preuve figurant au dossier de la procédure arbitrale, sans être liée par l'appréciation des preuves effectuée par les arbitres (35). En cas de recours fondé sur la compétence ou l'ordre public, la jurisprudence va même au-delà et admet que les parties puissent, dans la procédure de recours, alléguer des faits nouveaux et produire des preuves nouvelles qui n'avaient pas été présentées aux arbitres (36).

Ces différences entre le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral et celui de la Cour d'appel sont fondamentales et elles peuvent entraîner des conséquences sur le sort du recours, comme le montrent les affaires *Société Schooner et al. c/ République de Pologne* et *Alexander Brothers c/ Alstom*. Il y a sans conteste un monde entre analyser une sentence en se limitant aux faits constatés dans celle-ci – ce qui est la position suisse –, et rouvrir le débat factuel devant le juge de l'annulation, y compris avec des éléments de preuve nouveaux – ce qui est la position française.

**Le lien entre le recours en annulation et l'exequatur** est également différent en droit suisse et en droit français.

En Suisse, le recours en annulation, d'une part, et la reconnaissance et l'exécution de la sentence, d'autre part, sont deux procédures différentes. En rejetant le recours, le Tribunal fédéral ne prononce pas l'exequatur de la sentence dans l'ordre juridique suisse, d'autant que l'exequatur n'est pas nécessaire lorsque la sentence porte sur le paiement d'une somme d'argent dès lors qu'elle est assimilée à un jugement étatique pour les besoins de l'exécution forcée en Suisse. La réception effective de la sentence dans l'ordre juridique

---

(34) Paris, 16 janvier 2018, *MK Group c/ Sarl Onix and Société Financial Initiative*, *Rev. arb.*, 2018.401, note S. Lemaire.

(35) Paris, 27 septembre 2016, *SA Ancienne Maison Marcel Bauche c/ Indagro*, *Rev. arb.*, 2017.942 et l'article d'E. Gaillard, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », p. 824 ; Paris 10 avril 2018, *Alstom Transport c/ Alexander Brothers*, *Rev. arb.*, 2018.574, note E. Gaillard.

(36) Paris, 21 février 2017, *République du Kirghizistan c/ M. Belokon*, *Rev. arb.*, 2017.915, note S. Bollée et M. Audit ; v. aussi *infra*, sections D) et E).

suisse relève de la procédure d'exécution forcée, qui n'a pas lieu devant le Tribunal fédéral et qui est soumise à d'autres règles procédurales devant les juridictions cantonales.

Cela ne signifie pas que, dans un arbitrage international avec siège en Suisse, le rejet du recours au Tribunal fédéral soit sans conséquence pour l'exécution forcée de la sentence en Suisse. Dans une telle hypothèse, le juge cantonal statuant dans le cadre de l'exécution forcée, notamment en cas d'opposition par le débiteur au commandement de payer notifié par l'autorité de poursuite sur réquisition du créancier, n'aurait sans doute guère de marge de manœuvre et ne pourrait que donner effet à la sentence, comme il devrait donner effet à un jugement prononcé par un tribunal étatique suisse après épuisement des voies de recours disponibles (37). De façon un peu surprenante toutefois, ces aspects du droit suisse sont peu discutés en doctrine et il n'existe pas à notre connaissance de jurisprudence très claire sur la question du pouvoir résiduel du juge de l'exécution de contrôler, au moins sous l'angle de l'ordre public, l'exécution en Suisse d'une sentence rendue en Suisse.

Si la sentence est rendue à l'étranger, le débiteur pourra faire valoir devant le juge cantonal de l'exécution forcée (par exemple le Tribunal de première instance de Genève si des biens sont séquestrés à Genève en vue de satisfaire les montants accordés dans la sentence) les motifs d'opposition et de refus de l'article V CNY. Cela résulte de la loi suisse sur l'exécution forcée qui prévoit que, « *si le jugement [ou la sentence qui est assimilée à un jugement étatique] a été rendu dans un autre Etat, l'opposant peut en outre faire valoir les moyens prévus par une convention liant cet Etat* » (38). Dans ce contexte, le contrôle du juge (cantonal) de l'exécution forcée ne sera pas exactement le même que le contrôle effectué par le Tribunal fédéral en cas de recours en annulation contre une sentence rendue en Suisse. En particulier, les motifs de contrôle ne sont pas les mêmes (art. V CNY, respectivement art. 190 al. 2 LDIP) (39), les juridictions saisies ne sont pas les mêmes (juridictions cantonales du lieu de

---

(37) Cf. Obergericht du Canton d'Argovie, 24 août 2009, ZSU.2009.261, X AG c/ X Baden, ASA Bull., 2010.137.

(38) Art. 81 al. 3 LP.

(39) On peut ajouter que la notion d'ordre public au sens de l'art. 190 al. 1 let. e LDIP n'est sans doute pas la même que l'ordre public de réception, réservé par l'art. V ch. 2 CNY (cf. par ex. B. Berger et F. Kellerhals, *op. cit.*, note 10, n° 2097, p. 793 ; A. Bucher, *Commentaire romand : Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, Helbing et Lichtenhahn, 2011, ad Art. 190 LDIP, n° 128).

l'exécution forcée, respectivement Tribunal fédéral en instance unique), et les règles de procédure ne sont pas les mêmes (procédure sommaire du CPC (40), respectivement règles du recours en matière d'arbitrage telles que décrites ci-dessus).

La perspective est différente en France où la procédure de recours et l'exequatur des sentences sont imbriqués, notamment par le jeu de l'article 1525 al. 4 du Code de procédure civile, qui prévoit que les motifs de refus de la reconnaissance et de l'exequatur sont ceux de l'article 1520 (donc les motifs de recours en annulation), et de l'article 1527 al. 2, qui prévoit que le rejet du recours en annulation « *confère l'exequatur* » à la sentence arbitrale.

Cette imbrication emporte plusieurs conséquences.

En premier lieu, aucune différence n'est faite entre un arrêt de la Cour d'appel statuant sur recours contre une sentence prononcée en France et un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu sur recours contre une décision conférant l'exequatur à une sentence étrangère. Les mêmes motifs (art. 1520 CPC) et les mêmes règles de procédure (art. 900 à 930-1 CPC, en vertu de l'article 1527 al. 1<sup>er</sup> CPC) s'appliquent dans ces deux hypothèses et, à notre connaissance, la jurisprudence et les auteurs français se réfèrent indifféremment aux arrêts d'annulation et à ceux portant sur l'exequatur d'une sentence étrangère lorsqu'il s'agit d'analyser l'étendue du pouvoir de contrôle du juge en matière d'arbitrage (41).

En second lieu, la jurisprudence française attribue une importance particulière à la notion « d'insertion » de la sentence dans l'ordre juridique national, y compris lorsqu'elle statue sur un recours en annulation contre une sentence rendue en France, ce qui s'explique par le fait que le rejet du recours « *confère l'exequatur* » à la sentence. Ainsi, la Cour d'appel a pu rappeler que le juge de l'annulation « *n'est pas le juge du contrat mais de l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique national* ». Le point central de l'analyse est de savoir si la sentence peut ou non être « insérée » dans l'ordre juridique français. Cette perspective est

---

(40) Art. 251 ss CPC.

(41) Cf. par ex. P. Mayer, « Corruption : nouvelles orientations dans le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international », note sous Paris, 27 octobre 2020, Paris, 17 novembre 2020, Paris, 25 mai 2021, *Rev. arb.*, 2021.748, spéc. n° 16, p. 794 ; Ch. Seraglini, « Le contrôle par le juge de l'absence de contrariété de la sentence à l'ordre public international : le passé, le présent, le futur », *Rev. arb.*, 2020.347.

particulièrement marquée lorsque le vice invoqué est une violation de l'ordre public international au sens de l'article 1520-5° du Code de procédure civile. La Cour d'appel souligne alors que le juge de l'annulation peut examiner, indépendamment de ce que l'arbitre a jugé, les faits pertinents pour s'assurer de la compatibilité de la sentence avec l'ordre public, par exemple en cas d'indices de corruption, et elle tente de distinguer cet examen d'une révision au fond : « *dans le cadre de son office, il appartient au juge de l'annulation, non pas de procéder à un nouvel examen des indices de corruption pour apprécier la licéité du contrat litigieux, ce qui reviendrait à opérer un contrôle de la sentence ou de sa motivation, lequel est prohibé, mais d'examiner si ces indices sont suffisamment graves, précis et concordants pour caractériser, du fait de l'insertion de la sentence dans l'ordre interne, une violation de l'ordre public international* » (42).

Sur ces deux aspects également, la différence avec le droit suisse est à nouveau frappante car le Tribunal fédéral ne se préoccupe pas de l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique national (43). Il se limite à examiner si l'un des motifs de recours de l'article 190 al. 2 LDIP est ou non réalisé dans le cadre des contraintes procédurales strictes imposées notamment par la LTF.

**L'effet du recours** en annulation est également différent en droit suisse et en droit français lorsque le recours est admis.

En Suisse, l'admission du recours en annulation a pour conséquence que la sentence est annulée et que l'affaire est renvoyée au même tribunal arbitral. Ainsi, si une sentence arbitrale est sanctionnée et annulée pour une violation du droit d'être entendu (art. 190 al. 2 let. d LDIP) ou pour violation de l'ordre public international (art. 190 al. 2 let. e LDIP, hypothèse purement théorique !), les *mêmes* arbitres seront ressaisis de l'affaire (44) et ils devront statuer à nouveau en se conformant

(42) Paris, 27 octobre 2020, *République du Bénin c/ société Securiport Bénin et Société Securiport LLC*, *Rev. arb.*, 2021.748, spéc. p. 758, n° 34.

(43) Comme déjà relevé, cela ne signifie pas que le rejet du recours par le Tribunal fédéral soit sans conséquence pour l'exécution forcée de la sentence en Suisse car, dans une telle hypothèse, le juge cantonal n'aurait sans doute guère de marge de manœuvre et ne pourrait que donner effet à la sentence non annulée. Il n'en demeure pas moins que la perspective du Tribunal fédéral n'est pas focalisée sur l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique suisse et que cette question de l'insertion n'est pas pertinente dans la jurisprudence suisse alors qu'elle est omniprésente dans la jurisprudence française.

(44) Si un arbitre est entre-temps décédé ou s'il refuse de continuer sa mission, il devra évidemment être remplacé selon la même procédure que celle

aux considérations émises par le Tribunal fédéral pour justifier l'annulation de la sentence (45). Cette règle ne s'applique pas si le motif de recours est lié à l'incompétence du tribunal arbitral ou à sa composition irrégulière, auquel cas le recours aura aussi pour conséquence de mettre un terme à l'affaire (en cas d'incompétence du tribunal arbitral) ou de modifier la composition du tribunal arbitral (46).

Le renvoi de l'affaire aux mêmes arbitres peut étonner, mais c'est la conséquence de la nature cassatoire du recours en annulation (47) et il est conforme à l'idée que l'arbitre est, comme on l'a vu, mis sur le même pied que « l'autorité [cantonale] précédente » en cas de recours au Tribunal fédéral. Au demeurant, il témoigne de la grande confiance placée par l'ordre juridique suisse dans l'institution de l'arbitrage et dans les arbitres.

En France, l'admission du recours a des effets plus importants puisque la cause n'est pas renvoyée aux mêmes arbitres (48). Une nouvelle procédure arbitrale pourra être engagée mais cela impliquera de repartir *ab ovo* devant un nouveau tribunal arbitral (49).

Ayant ainsi mis en évidence certaines différences importantes entre le droit suisse et français, il est intéressant de prolonger l'analyse en examinant les conséquences concrètes de ces différences en lien avec le contrôle de la compétence du tribunal arbitral et celui de la compatibilité de la sentence avec l'ordre public international.

---

mise en œuvre pour sa désignation ; v. par ex. B. Berger et F. Kellerhals, *op. cit.* note 10, n° 1829.

(45) S. Besson, « Le recours contre la sentence en droit suisse », *Rev. arb.*, 2018.99, spéc. p. 114 ; X. Favre-Bulle, « L'effet cassatoire des décisions du Tribunal fédéral suisse et les pouvoirs (circonscrits) des arbitres de restituer », *Cah. arb./P/JIA*, 2013.417 ; cf. ég., par ex., arrêt 4A\_462/2018 du 4 juillet 2019, c. 3.2.1.

(46) ATF 136 III 605 du 29 octobre 2010, c. 3.3.4, p. 615-616 ; ATF 128 III 50 du 16 octobre 2001, c. 1b, p. 53 ; G. Bovey, *op. cit.* note 17, n° 87.

(47) La nature cassatoire du recours en annulation contre les sentences arbitrales résulte du fait que l'art. 77 al. 2 LTF exclut 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 ».

(48) Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *op. cit.*, note 8, p. 969, n° 979.

(49) *Id.*, pp. 969-970.

### C) Contrôle de la compétence

Comme en France, le droit suisse permet un contrôle de la compétence du tribunal arbitral. Plus précisément, l'article 190 al. 1 let. b LDIP prévoit que la sentence peut être annulée si l'arbitre s'est déclaré à tort compétent ou incompétent.

Les restrictions mentionnées ci-dessus en lien avec le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral s'appliquent aussi en cas de recours portant sur la compétence du tribunal arbitral. Dans ce cas également, le Tribunal fédéral est lié par les constatations de fait de la sentence. Le contrôle porte uniquement sur le raisonnement juridique ayant conduit les arbitres à se déclarer compétents ou incompétents (50).

Ces restrictions prennent une dimension particulière en raison de l'importance que revêtent les faits dans le processus d'interprétation de la volonté de parties, lequel est déterminant pour apprécier la compétence du tribunal arbitral chaque fois que l'analyse de la volonté d'une partie de conclure une convention d'arbitrage est en cause.

Ainsi, de nombreux faits peuvent être pertinents pour apprécier la volonté des parties, y compris les témoignages des parties sur leur propre volonté, le contexte de la conclusion du contrat, ou encore l'historique des négociations. Le contrôle par le Tribunal fédéral s'effectuera sur la base des faits constatés dans la sentence, de telle sorte qu'il ne pourrait pas, à titre d'exemple, se fonder sur un projet de contrat non retenu par les arbitres dans leur état de fait pour en conclure que l'analyse par ceux-ci de la volonté des parties était erronée.

En outre, le contrôle peut se révéler plus limité encore, voire quasiment impossible, si les arbitres constatent la volonté subjective des parties de se soumettre (ou de ne pas se soumettre) à l'arbitrage. Pour interpréter la volonté des parties, le droit suisse prescrit au juge (ou à l'arbitre) de procéder en deux temps : d'abord il convient d'essayer d'établir la volonté « réelle et concordante » des parties (aussi parfois qualifiée de volonté subjective) ; si cette volonté « réelle et concordante » ne peut être établie, le juge (ou l'arbitre) doit passer à la seconde étape et interpréter les manifestations de volonté pour en dégager une volonté objectivée selon le principe de la confiance (51).

---

(50) B. Berger et F. Kellerhals, *op. cit.*, note 10, n° 1723.

(51) V., par ex., B. Winiger, « Article 18 CO », in L. Thévenoz et F. Werro (éd.), *Commentaire romand – Code des obligations I*, Helbing & Lichtenhahn, 3<sup>e</sup> éd. 2021, p. 150 et s.

Selon le Tribunal fédéral, la première étape du raisonnement porte sur une question de fait car il s'agit d'apprécier les preuves pour rechercher la volonté réelle et concordante des parties. Cette question de fait n'est pas susceptible de contrôle dans un recours au Tribunal fédéral, comme la jurisprudence l'a rappelé dans un ATF 142 III 239 (52) :

*« En droit suisse, l'interprétation d'une convention d'arbitrage se fait selon les règles générales d'interprétation des contrats. A l'instar du juge, l'arbitre ou le tribunal arbitral s'attachera, tout d'abord, à mettre au jour la réelle et commune intention des parties (cf. art. 18 al. 1 CO), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexactes dont elles ont pu se servir. Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté des parties, qu'il s'agisse des déclarations antérieures à la conclusion du contrat, des projets de contrat, de la correspondance échangée, voire de l'attitude des parties après la conclusion du contrat [...]. Cette interprétation subjective repose sur l'appréciation des preuves. Si elle s'avère concluante, le résultat qui en est tiré, c'est-à-dire la constatation d'une commune et réelle intention des parties, relève du domaine des faits et lie, partant, le Tribunal fédéral [...]. Dans le cas contraire, celui qui procède à l'interprétation devra rechercher, 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 [...]. Cette interprétation dite objective, qui relève du droit, s'effectuera non seulement d'après le texte et le contexte des déclarations, mais également sur le vu des circonstances qui les ont précédées et accompagnées [...], à l'exclusion des circonstances postérieures [...] ».*

Cette solution est insatisfaisante car elle ne permet pas un contrôle complet de la compétence du tribunal arbitral par le juge. Par ailleurs, elle pourrait inciter les arbitres à constater dans leur sentence la volonté réelle et concordante des parties (même si ce constat apparaît aléatoire au vu des preuves présentées) afin d'éviter une annulation de leur sentence par le Tribunal fédéral. Certains auteurs ont ainsi émis des critiques à l'encontre de cette limitation du contrôle de la compétence. Nous y reviendrons ci-dessous (53).

---

(52) ATF 142 III 239 du 18 février 2016, c. 5.2.1.

(53) V. *infra*, F).

## D) Contrôle de la compétence en matière d'investissement

Le contrôle de la compétence du tribunal arbitral peut également concerner les cas où cette compétence repose sur un traité d'investissement.

Dans ce contexte, la compétence du tribunal arbitral ne dépendra généralement pas du sens à donner à une clause arbitrale peu claire ou pathologique, mais elle mettra le plus souvent en cause des notions générales du droit de l'investissement. Il s'agira de déterminer si les conditions de la protection de l'investissement sont remplies en l'espèce, ce qui peut amener le tribunal arbitral à analyser, par exemple, les notions de *contract claims*, *treaty claims*, *umbrella clauses* (54), d'investisseur (55), d'investissement (56), de préinvestissement (57), ou encore la conformité de l'investissement avec le droit national (58).

Le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts concernant des arbitrages issus de traités d'investissement et il admet largement que ces notions relèvent de la compétence au sens de l'article 190 al. 1 let. b LDIP et qu'elles peuvent ainsi être revues dans un recours contre la sentence (59).

Toutefois, il applique là encore les restrictions relatives à son pouvoir d'examen et il s'en tient notamment aux faits constatés dans la sentence attaquée. Ces règles limitent considérablement le contrôle, notamment lorsque la critique porte sur la légalité de l'investissement.

Les restrictions du contrôle opéré par le Tribunal fédéral sont illustrées par l'arrêt du Tribunal fédéral rendu dans l'affaire *Deutsche Telekom (DT) c/ Inde* (60). Sans rentrer dans les détails factuels de l'affaire, DT avait engagé une procédure d'arbitrage contre l'Inde sur le fondement du traité bilatéral entre l'Allemagne et l'Inde sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements (le TBI). Devant le tribunal arbitral, l'Inde avait

---

(54) ATF 141 III 495 du 6 octobre 2015.

(55) Arrêt 4A\_80/2018 du 7 février 2020, c. 4 ; 4A\_306/2019 du 25 mars 2020, c. 3.

(56) Arrêt 4A\_616/2015 du 20 septembre 2016, c. 3.

(57) Arrêt 4A\_65/2018 du 11 décembre 2018, c. 2.4.

(58) Arrêt 4A\_65/2018 du 11 décembre 2018, c. 4.3.

(59) Cf. not. les arrêts 4A\_616/2015, 4A\_65/2018, 4A\_80/2018 et 4A\_306/2019 précités.

(60) Arrêt 4A\_65/2018 du 11 décembre 2018.

soulevé diverses objections préliminaires faisant, selon elle, échec à la compétence des arbitres ; elle avait fait valoir que les investissements en cause étaient des investissements indirects et/ou des pré-investissements non protégés par le traité, et que les mesures incriminées relevaient des « *intérêts essentiels de sécurité* » réservés par le traité (61). Le tribunal arbitral avait rejeté ces objections et admis sa compétence ainsi que le principe de la responsabilité de la défenderesse (62).

L'Inde a recouru au Tribunal fédéral en invoquant principalement l'article 190 al. 2 let. b LDIP relatif au contrôle de la compétence de l'arbitre. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral rappelle les limites de son pouvoir d'examen et indique que « *l'examen à venir se fera dans les limites strictes que la jurisprudence susmentionnée a fixées de longue date à la cognition du Tribunal fédéral lorsqu'il statue sur un recours en matière civile dirigé contre une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage international* » (63), confirmant ainsi qu'il n'y a pas de différence entre l'arbitrage commercial classique et l'arbitrage d'investissement en ce qui concerne le contrôle de la sentence par le Tribunal fédéral.

En se limitant aux faits constatés dans la sentence attaquée, le Tribunal fédéral considère que le tribunal arbitral n'a pas violé les règles applicables à la protection des investissements indirects et des pré-investissements et il rejette les arguments de la recourante sur ces deux griefs (64). Il examine ensuite le grief d'incompétence tiré de la réserve contenue dans le traité des « *intérêts essentiels de sécurité* » (art. 12 TPI), abordant au passage la qualification de ce type de clauses en droit de l'investissement (65). Il considère qu'en l'espèce cette clause confère à l'Etat un éventuel argument sur le fond et qu'elle ne concerne pas la compétence du tribunal arbitral seule pertinente dans le cadre du recours. Mais c'est pour une raison procédurale que ce grief est écarté : rappelant l'importance du principe de la bonne foi consacré également en droit de procédure, le Tribunal fédéral confirme qu'« *il n'est pas admissible de garder en réserve des griefs concernant des vices de procédure qui auraient pu être rectifiés immédiatement pour ne les soulever qu'en cas d'issue défavorable de la procédure* ».

---

(61) Arrêt 4A\_65/2018, préc., section B.b.

(62) *Ibid.*

(63) Arrêt 4A\_65/2018, préc., c. 2.4.4.

(64) Arrêt 4A\_65/2018, préc., c. 3.2.1.2.5 et 3.2.2.2.2.

(65) Arrêt 4A\_65/2018, préc., c. 3.2.3.

*arbitrale* » (66). Cette règle s'applique notamment aux objections de compétence qui doivent par ailleurs être toutes invoquées de façon complète dans l'instance arbitrale (67). En l'espèce, l'Inde n'avait pas invoqué devant le tribunal arbitral l'art. 12 TPI en lien avec l'incompétence alléguée des arbitres. Par conséquent, le Tribunal fédéral juge que « *la recourante est forclosée à soulever, devant le Tribunal fédéral, le moyen pris de l'incompétence du tribunal arbitral en liaison avec l'art. 12 TBI* » (68).

Il est intéressant de mettre cette dernière constatation en perspective avec la jurisprudence française qui a connu à ce propos un important développement suite à l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire *Schooner c/ République de Pologne* (69). Cette affaire portait également sur le contrôle d'une sentence arbitrale rendue dans un arbitrage d'investissement engagé par des sociétés américaines contre la République de Pologne sur le fondement du Traité relatif aux relations commerciales et économiques entre les Etats-Unis et la Pologne (le Traité). La sentence avait été rendue à Paris et les investisseurs ont formé un recours en annulation devant la Cour d'appel de Paris. Ils ont notamment contesté la compétence du tribunal arbitral en invoquant certaines réserves du Traité en lien avec la protection des « questions de fiscalité » qui étaient en cause dans l'affaire. Rappelant les termes de l'article 1466 du Code de procédure civile – applicable en matière internationale (70) –, la Cour d'appel a rejeté le recours en faisant valoir que « *le but poursuivi par cette disposition – qui est d'éviter qu'une partie se réserve des armes pour le cas où la sentence lui serait défavorable –, ne serait pas atteint si, sous couvert d'un cas d'ouverture unique, le recourant était recevable à développer devant la cour un argumentaire différent en droit et en fait de celui qu'il avait soumis aux*

---

(66) Arrêt 4A\_65/2018, préc., c. 3.2.3.3.1.

(67) Arrêt 4A\_65/2018, préc., c. 3.2.3.3.1 : « [s]ous cet angle aussi, il paraît difficile d'admettre qu'une partie ayant plusieurs exceptions d'incompétence dans sa manche, comme c'est ici le cas de la recourante, puisse ne pas les invoquer toutes dans l'instance arbitrale et en garder une au chaud pour ne la ressortir qu'à l'occasion d'un recours formé contre la sentence ayant rejeté les exceptions invoquées ».

(68) Arrêt 4A\_65/2018, préc., c. 3.2.3.3.1.

(69) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 décembre 2020, n° 19-15.396, *Rev. arb.*, 2021.430, note P. Duprey et M. Le Duc.

(70) Art. 1466 CPC : « [l]a partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ».

*arbitres* » (71). Ce raisonnement est très semblable à celui du Tribunal fédéral dans l'affaire *DT c/ Inde*.

Toutefois, la Cour de cassation a censuré l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point et considéré que les articles 1466 et 1520-1° du Code de procédure civile avaient été violés. Selon l'attendu de principe de la Cour de cassation, « *lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve* » (72).

Comme le contrôle de l'ordre public discuté ci-après, le contrôle de la compétence est désormais particulièrement étendu en France, et il peut reposer sur des moyens et arguments nouveaux (non débattus devant les arbitres) et même sur des nouveaux éléments de preuve. A la suite de l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire *Schooner*, le contraste entre les perspectives française et suisse au sujet du contrôle de la compétence n'en est que plus flagrant.

## E) Contrôle de l'ordre public

Le contraste entre l'approche suisse et française est également frappant en matière de contrôle de l'ordre public, que nous limiterons ici aux situations dans lesquelles les parties invoquent devant le juge des éléments de corruption pour tenter d'obtenir l'annulation de la sentence.

En Suisse, le Tribunal fédéral n'a jamais annulé de sentence pour ce motif en dépit de plusieurs tentatives (73). A l'inverse, les annulations par la Cour d'appel de Paris sont relativement nombreuses, ce qui a suscité un débat (74).

---

(71) Paris, 2 avril 2019, *M. Vincent J. Ryan, sociétés Schooner Capital et Atlantic Investment Partners LLC c/ République de Pologne*, *Rev. arb.*, 2021.419, spéc. p. 426, note P. Duprey et M. Le Duc.

(72) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 décembre 2020, préc., *Rev. arb.*, 2021.419, spéc. n° 6, p. 431.

(73) V. par ex. arrêts 4A\_69/2009 du 6 avril 2009 ; 4A\_231/2014 du 23 septembre 2014 ; 4A\_247/2014 du 23 septembre 2014 ; 4A\_532 & 534/2014 du 29 janvier 2015 ; 4A\_136/2016 du 3 novembre 2016 ; 4A\_50/2017 du 11 juillet 2017 ; 4A\_244/2019, 4A\_246 du 12 décembre 2019.

(74) V., parmi d'autres, L.-Ch. Delanoy, « Les allégations de corruption et le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public : vers un revirement de la Cour de cassation ? », *Rev. arb.*, 2016.221 ; J.-B. Racine, « Le contrôle de la sentence par le juge de l'annulation en matière de corruption », *Rev. arb.*, 2018.248 ; E. Gaillard, « La corruption saisie par le juge du contrôle de l'ordre public international », note sous Paris, 28 mai 2019, *Rev. arb.*, 2019.871 ; J.-B. Racine, « Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international : un état des lieux », *Rev. arb.*, 2022.179.

Les différences d'approche sont mises en évidence de façon particulièrement éclatante dans l'affaire *Alexander Brothers c/ Alstom* puisque la même sentence arbitrale, rendue à Genève, a été examinée successivement par le Tribunal fédéral puis par la Cour d'appel de Paris et que, sans surprise à ce stade de l'exposé, l'étendue du contrôle et la solution sont à l'opposé dans les deux cas.

Pour avoir consacré à cette affaire une contribution spécifique dans les mélanges en hommage à Emmanuel Gaillard (75), nous nous limiterons ici à l'essentiel.

Le litige portait sur des commissions prétendument dues en lien avec un *Consultancy Agreement* prévoyant des services d'assistance pour la préparation et la soumission d'offres en vue de l'attribution de marchés publics.

La défenderesse Alstom n'avait pas invoqué de façon très affirmée la corruption devant les arbitres, mais plutôt de manière « oblique », comme cela a été dit (76). Elle a été condamnée à payer certaines sommes d'argent et a saisi le Tribunal fédéral.

Dans son arrêt de novembre 2016 (77), le Tribunal fédéral rejette le recours sans l'ombre d'une hésitation. Il admet que les promesses de pots-de-vin sont contraires aux mœurs et contraires à l'ordre public (78), mais il rappelle qu'il statue sur la base des faits constatés dans la sentence attaquée (79) ; qu'il ne peut rectifier ou compléter les constatations des arbitres même si les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ou en violation du droit (80) ; qu'il ne peut donc pas revoir l'appréciation des preuves (81) ; et que les allégations des recourants qui sont en dehors des constatations des arbitres ne seront pas prises en considération (82).

En définitive, pour que le recours ait une chance d'être admis, il faudrait que la corruption soit établie (dans la sentence) et que

---

(75) S. Besson, « Le contrôle par le juge de la corruption en matière d'arbitrage international - Quelques réflexions de droit comparé en lien avec l'affaire *Alexander Brothers c/ Alstom* », à paraître.

(76) E. Gaillard, note sous Paris, 10 avril 2018, *Société Alstom Transport SA et autre c/ société Alexander Brothers Ltd.*, *Rev. arb.*, 2018.582, spéc. p. 583.

(77) Arrêt 4A\_136/2016 du 3 novembre 2016.

(78) Arrêt 4A\_136/2016, préc., c. 4.1.

(79) Arrêt 4A\_136/2016, préc., c. 3.1.

(80) *Ibid.*

(81) Arrêt 4A\_136/2016, préc., c. 3.1 et c. 4.2.1.

(82) Arrêt 4A\_136/2016, préc., c. 3.1.

le tribunal arbitral ait refusé d'en tenir compte dans sa sentence (83).

La sentence suisse a ensuite fait l'objet d'une procédure de reconnaissance et d'exécution en France.

Loin du contrôle ultra minimaliste suisse, la Cour d'appel a rendu deux arrêts. Dans le premier de 2018 (84), elle rappelle son pouvoir de rechercher en fait et en droit tous les éléments permettant d'apprécier si la reconnaissance et l'exécution de la sentence violent (de manière manifeste, effective et concrète) la conception française de l'ordre public (85) ; constate que les parties n'ont pas eu l'occasion de s'exprimer sur les différents indices qui pourraient permettre de conclure que le contrat en cause était entaché de corruption (86) ; ordonne la réouverture des débats sur cette question et la production de diverses pièces, y compris des pièces qui n'avaient pas été soumises aux arbitres (87).

Dans un arrêt subséquent de 2019 (88), la Cour d'appel examine librement, y compris à la lumière des pièces nouvelles produites devant elle, si des faisceaux d'indices graves, précis et concordants permettent de conclure que les sommes versées par Alstom rémunéraient des activités de corruption (89). Elle conclut que ces faisceaux d'indices sont en l'espèce suffisants, de telle sorte que la reconnaissance et l'exécution en France doivent être refusées (90).

---

(83) Arrêt 4A\_136/2016, préc., c. 4.1.

(84) Paris, 10 avril 2018, *Société Alstom Transport SA et autre c/ société Alexander Brothers Ltd.*, *Rev. arb.*, 2018.574, note E. Gaillard.

(85) Paris, 10 avril 2018, préc., *Rev. arb.*, 2018.574, spéc. p. 580.

(86) Paris, 10 avril 2018, préc., *Rev. arb.*, 2018.574, spéc. p. 581.

(87) Paris, 10 avril 2018, préc., *Rev. arb.*, 2018.574, spéc. p. 581.

(88) Paris, 28 mai 2019, *Société Alstom Transport SA et autre c/ société Alexander Brothers Ltd.*, *Rev. arb.*, 2019.850, note E. Gaillard.

(89) Pour un exemple très récent de cette même approche, v. encore l'affaire *Sorelec*, où la Cour de cassation a confirmé un arrêt de la Cour d'appel de Paris refusant la reconnaissance et l'exécution d'une sentence rendue dans un arbitrage CCI, sur le fondement d'allégations de corruption soulevées et corroborées pour la première fois devant le juge de l'annulation (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 septembre 2022, *société orléanaise d'électricité et de chauffage électrique c/ Etat de Libye*, n° 20-22.118, en somm. *infra*, p. 1214, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 novembre 2020, *Rev. arb.*, 2021.762, note P. Mayer).

(90) Paris, 28 mai 2019, préc., *Rev. arb.*, 2019, spéc. pp. 870-871. Il faut ajouter pour être complet que l'arrêt de la Cour d'appel de 2019 a été cassé par la Cour de cassation en raison de la « dénaturation » du procès-verbal d'une audience et renvoyé l'affaire à la Cour d'appel de Versailles (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 septembre 2021, n° 19-19.769, *Rev. arb.*, 2021.687, note Ch. Jarrosson). La Cour de cassation n'a toutefois pas remis en cause l'étendue du pouvoir d'examen du juge.

Le propos n'est pas ici de discuter des mérites respectifs des approches suisse et française au sujet de l'étendue et de l'intensité du contrôle, mais de montrer à quel point elles sont éloignées y compris parfois dans leur résultat, ce qui s'explique essentiellement par les différences de cadre procédural dans lequel opère le juge chargé du contrôle de la sentence.

## F) Débat doctrinal

En France, l'étendue du contrôle du juge a donné lieu à un débat nourri (91).

En Suisse, la doctrine s'est le plus souvent contentée de prendre acte que le Tribunal fédéral était limité dans son contrôle de la sentence, en raison notamment du fait qu'il statuait sur la base des faits constatés dans la sentence attaquée (92).

Quelques auteurs ont critiqué la jurisprudence actuelle au sujet du contrôle de la compétence. Ils ont fait valoir que le contrôle de la compétence ne devrait pas être amputé et qu'il était insatisfaisant de donner un blanc-seing aux arbitres de constater *en fait* la volonté d'arbitrer pour immuniser la sentence sur ce point (93).

Plus radicalement, d'autres ont proposé de permettre au Tribunal fédéral de revoir les « faits critiques » dont dépend le motif de recours, donc d'établir un régime plus proche de celui

---

(91) Cf. parmi d'autres, Table ronde sous la présidence de P. Mayer, « Faut-il modifier les règles du contrôle ? » in E. Loquin et S. Manciaux (éd.), *L'ordre public et l'arbitrage*, Lexis Nexis 2014, p. 221 et s. ; L.-Ch. Delanoy, « L'espoir d'un retour au contrôle effectif et concret de la conformité à l'ordre public international de la reconnaissance et de l'exécution des sentences internationales, note sous Paris, 4 mars 2014 », *Rev. arb.*, 2014.955 ; Ch. Seraglini, préc. note 41 ; J.-B. Racine, préc., note 74, pp. 182-185 et les références ; C. Greenberg, « Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international : les questions en suspens », *Rev. arb.*, 2022.227 ; P. Duprey et M. Lemaire, « L'évolution du contrôle de la compétence arbitrale au cours des dix dernières années », *Rev. arb.*, 2022.141 ; Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *op. cit.*, note 8, n° 1002-1006 et les références.

(92) Cf. parmi d'autres, B. Dutoit et A. Bonomi, *Droit international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 6<sup>e</sup> éd. 2022, Helbing & Lichtenhahn, ad Art. 190 LDIP, n° 8 et s. ; S. Pfisterer, « Artikel 190 » in P. Grolimund et al (éd.), *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, 4<sup>e</sup> éd., 2021, not. n° 18-22.

(93) B. Berger et F. Kellerhals, *op. cit.*, note 10, n° 1725-1725 a ; M. Stojiljkovic, « Arbitral Jurisdiction and Court Review: Three Swiss Federal Supreme Court Decisions to Reconsider », *ASA Bull.*, 2016.897, spéc. pp. 897-902.

du *Plateau des Pyramides* (94). Cette proposition doctrinale se fonde toutefois sur des cas exceptionnels où le Tribunal fédéral, sans véritablement mettre ces exceptions dans une perspective théorique générale, a été au-delà des limites habituellement posées à son pouvoir d'examen (95).

Pour établir un régime juridique prévisible permettant un plein contrôle de la compétence du tribunal arbitral, le seul moyen serait à notre avis que le Tribunal fédéral établisse une exception pour ce contrôle, et qu'il s'autorise à revoir les faits pertinents dans l'examen d'un recours fondé sur l'article 190 al. 2 let. b LDIP.

### III. – RECOURS EN RÉVISION

#### A) Motifs de révision

A côté du recours en annulation, le droit suisse permet aux parties de demander la révision de la sentence arbitrale.

Schématiquement, la révision est une voie de recours extraordinaire qui permet d'annuler une sentence entrée en force en cas de circonstances exceptionnelles, généralement liées à la découverte de preuves ou d'infractions pénales qui ont influé sur la sentence et qui n'étaient pas connues au moment de la procédure arbitrale (96).

Le recours en révision n'était à l'origine pas prévu dans la LDIP et il a été introduit par voie prétorienne (97).

---

(94) Ph. Hovaguimian, « Non-reviewable Facts in Swiss Annulment Proceedings: Undermining the Safeguards of Art. 190 PILA », *ASA Bull.*, 2018.89, spéc. p. 105 et s.

(95) Arrêts 4A\_600/2008 du 20 février 2009, c. 3 ; 4A\_222/2015 du 20 janvier 2016, c. 3.3.4 (se référant à la solution adoptée, dans l'arrêt 4A\_600/2008, sans toutefois l'appliquer dans les circonstances du cas) ; 4A\_198/2012 du 14 décembre 2012, c. 3.2.2 ; 4A\_704/2015 du 16 février 2017, c. 3.3.2. Hovaguimian fait d'ailleurs lui-même le constat que ces décisions représentent des exceptions ("outliers") dans la jurisprudence du Tribunal fédéral (*op. cit.*, note 94, p. 93).

(96) S. Besson et A. Rigozzi, *op. cit.*, note 27, p. 43.

(97) B. Berger et F. Kellerhals, *op. cit.*, note 10, n° 1950 et s. ; ATF 118 II 199 du 11 mars 1992, c. 2, p. 200 ss.

Dans la réforme de 2021 (98), le législateur suisse a codifié les principes régissant la révision des sentences arbitrales en matière internationale. L'article 190a al. 1 LDIP énonce désormais expressément les motifs de révision.

Le premier cas de figure est la découverte « après coup » de faits pertinents ou de moyens de preuve concluants que le recourant n'a pas pu invoquer dans la procédure arbitrale bien qu'il ait fait preuve de la diligence requise. Il s'agit de faits ou de preuves *existants* au moment du prononcé de la sentence mais découverts par la suite (99). La loi précise que les faits ou moyens de preuve *postérieurs* à la sentence sont exclus.

Le deuxième cas vise la situation où une procédure pénale établit que la sentence a été influencée au préjudice du recourant par un crime ou un délit, même si aucune condamnation n'est intervenue (100). On peut mentionner l'exemple du faux témoignage ou d'un document qui se révélerait être un faux.

Un des rares exemples de révision admis par le Tribunal fédéral concernait l'affaire dite des *Frégates* (101). Le tribunal arbitral avait condamné Thomson CSF (devenue Thalès par la suite) à verser une somme d'argent à la société suisse Frontier AG Bern pour des services prétendument rendus par M. Edmond Kwan (consultant d'Elf Aquitaine en Chine) dans le cadre de la vente par Thomson CSF de 6 frégates à Taiwan. Les arbitres avaient été convaincus par les auditions et témoignages que M. Edmond Kwan avait effectivement effectué certaines prestations.

Thalès avait déposé une plainte pénale en France en faisant valoir que l'opinion des arbitres avait été faussée par plusieurs témoignages oraux et écrits, orchestrés par Alfred Sirven. Ce dernier était décédé pendant la procédure pénale, mais le juge d'instruction français avait néanmoins constaté dans son ordonnance de non-lieu que M. Sirven était effectivement l'auteur d'une escroquerie au procès.

Sur ce fondement, Thalès a obtenu la révision de la sentence arbitrale. Le Tribunal fédéral a notamment estimé que l'escroquerie

---

(98) Au sujet de cette réforme, S. Besson et A. Rigozzi, *op. cit.*, note 27.

(99) B. Berger et F. Kellerhals, *op. cit.*, note 10, n° 1954-1955.

(100) B. Berger et F. Kellerhals, *op. cit.*, note 10, n° 1960-1961.

(101) Arrêt 4A\_596/2008 du 6 octobre 2009.

au procès avait exercé une influence directe sur la sentence des arbitres (102).

Le troisième et dernier cas de révision consacré à l'article 190a al. 1 LDIP porte sur l'hypothèse où une partie découvre un motif de récusation qu'elle n'a pas pu invoquer pendant la procédure arbitrale ou pendant le délai de recours en annulation.

Pendant longtemps, le Tribunal fédéral avait laissé ouverte la question de savoir si un tel motif de révision existait (103). Il y a finalement répondu par l'affirmative dans l'arrêt portant sur l'affaire du nageur star chinois Sun Yang, rendu en décembre 2020, peu avant l'entrée en vigueur de la réforme de la LDIP de 2021 (104).

Après le prononcé de la sentence du TAS le condamnant à 8 ans de suspension pour des faits liés à un contrôle antidopage et après le délai de recours en annulation, le nageur a découvert que président de la formation du TAS avait manifesté des préjugés à l'égard des chinois dans plusieurs *tweets* rédigés par lui et postés sur son compte Twitter. Ces *tweets* réagissaient par des propos très virulents à des maltraitances d'animaux commises en Chine à l'occasion d'un festival.

Les propos dans les *tweets* avaient des connotations racistes ou apparemment racistes. Sur le fond de la requête de révision, le Tribunal fédéral a estimé que le langage employé dans ces *tweets* dépassait les limites et faisait craindre la partialité de l'arbitre. L'arrêt pose le principe qu'une demande de révision est possible, en lien avec la découverte après le prononcé de la sentence de motifs de récusation qui n'ont pas pu être invoqués pendant la procédure arbitrale, ce qui est désormais expressément consacré à l'article 190a al. 1 LDIP.

## **B) Autorité compétente**

L'autorité de révision est le Tribunal fédéral (105). Cette solution pourrait faire craindre que le Tribunal fédéral ne statue

---

(102) Arrêt 4A\_596/2008 du 6 octobre 2009, c. 4.2.3.

(103) V. par ex. ATF 143 III 589 du 17 octobre 2017, c. 3.1, p. 597.

(104) Arrêt 4A\_318/2020 du 22 décembre 2020, c. 4.2, non publié dans l'ATF 147 III 65.

(105) Art. 191 LDIP.

sur le fond de l'affaire lorsque le motif de révision est lié à la découverte de preuves ou de faits nouveaux.

En réalité, il n'en est rien car la procédure de révision en Suisse intervient en deux phases, la première devant le Tribunal fédéral et la seconde devant les arbitres qui sont ressaisis de l'affaire si la demande de révision est admise (106).

Dans la première phase, le Tribunal fédéral n'examine pas si la preuve ou les faits nouvellement découverts ont *effectivement* influencé les arbitres mais uniquement si ces éléments étaient de *nature* à influencer les arbitres. En d'autres termes, il effectue un pronostic fondé sur la vraisemblance, ce que la jurisprudence a résumé ainsi :

« *En tant qu'autorité judiciaire compétente pour connaître de la demande de révision d'une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage international, le Tribunal fédéral n'a pas à déterminer quelle sera l'incidence concrète du fait nouveau invoqué par le requérant sur le dispositif de la sentence à rendre en cas d'admission de la demande de révision. C'est au tribunal arbitral auquel la cause est renvoyée, voire à un tribunal arbitral spécialement constitué dans ce but, qu'il incombe de le faire. Le rôle de l'autorité de révision consiste uniquement dans l'examen hypothétique de la pertinence du fait nouveau au regard des considérations juridiques sur lesquelles les arbitres ont fondé la sentence dont la révision est requise. En d'autres termes, le Tribunal fédéral, lorsqu'il statue sur une demande de révision d'une sentence au sens des art. 176 ss. LDIP, doit simplement vérifier, en se basant sur les motifs de droit exposés dans la sentence attaquée, si le fait nouveau, à le supposer connu des arbitres, eût conduit ceux-ci, selon toute vraisemblance, à rendre une sentence différente* » (107).

Si ce pronostic est favorable, le Tribunal fédéral annule la sentence et renvoie la cause au tribunal arbitral (108), pour que ce dernier statue à nouveau en prenant en compte les nouveaux

---

(106) B. Berger et F. Kellerhals, *op. cit.*, note 10, n° 1979 et s. ; G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *op. cit.*, note 10, n° 8.224-8.228.

(107) Arrêt 4P.265/1996 du 2 juillet 1997, c. 2a.

(108) Le cas échéant, après remplacement des arbitres qui ne pourraient ou ne voudraient pas continuer d'agir, ou de l'arbitre visé par le motif de récusation ayant donné lieu à la révision dans les cas d'application de l'art. 190a al. 1 let. c LDIP.

éléments. Ce système préserve ainsi la compétence exclusive des arbitres pour statuer sur le fond de l'affaire.

En France, le recours en révision est en principe porté devant le tribunal arbitral qui a tranché le litige en vertu de l'article 1502 al. 2 du Code procédure civile (applicable en matière internationale par le renvoi de l'article 1506). La situation est en revanche moins claire lorsque le tribunal arbitral ne peut pas être à nouveau réuni. Dans cette hypothèse, l'article 1502 al. 3 prévoit, en matière interne, que le recours est porté « *devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence* ». Cette disposition n'est toutefois pas applicable en matière internationale (l'article 1506 limitant le renvoi aux deux premiers alinéas de l'article 1502). Selon MM. Seraglini et Ortscheidt, on pourrait dans cette hypothèse considérer que le recours en révision est ouvert devant un nouveau tribunal arbitral qu'il conviendrait de reconstituer (109).

### **C) Rapports entre le recours en annulation et le recours en révision**

En Suisse, les voies du recours en annulation et de la révision sont bien distinctes et leur articulation n'a pas donné à débat. Il est certes concevable que le recourant puisse invoquer un motif de recours au sens de l'article 190 al. 2 LDIP et un motif de révision au sens de l'article 190a LDIP mais cette situation sera rare, d'autant que les cas classiques de révision surviennent après l'expiration du délai de recours de 30 jours qui court dès la communication de la sentence. Si néanmoins ce cas de figure devait se présenter, le recourant devrait déposer deux recours, en annulation et en révision. Par économie de moyens, le Tribunal fédéral suspend en règle générale l'examen de l'un d'eux (généralement celui en révision) jusqu'à droit jugé sur l'autre (110).

La voie de la révision peut être complémentaire à celle du recours en annulation notamment lorsque le rejet du recours est fondé sur un état de fait qui liait le Tribunal fédéral et qui se révèle erroné à la suite de la découverte d'une nouvelle preuve ou lorsqu'il est établi que la sentence a été influencée par un crime ou un délit. Dans cette hypothèse, une révision subséquente

---

(109) Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *op. cit.*, note 8, n° 967, pp. 960-961.

(110) V., récemment, arrêt 4A\_464/2021 du 31 janvier 2022, c. 3 et les références.

de la sentence serait concevable, ce que mentionne expressément le Tribunal fédéral dans certains arrêts : « [s]i d'aventure une décision pénale définitive susceptible d'influer sur la sentence finale non encore rendue à ce jour, venait à être prise postérieurement au prononcé de ladite sentence, la recourante pourra tenter d'obtenir, le cas échéant et toutes conditions requises étant remplies par ailleurs, la révision de cette sentence » (111). L'affaire des *Frégates* mentionnée ci-dessus (112) illustre cette situation.

En France, la question de l'articulation entre le recours en annulation et la révision est débattue lorsque le grief repose sur des éléments de preuve qui n'ont pas été soumis aux arbitres, notamment de nouveaux éléments de preuve de corruption. Dans ce cas, certains auteurs considèrent qu'il y a matière à révision (devant être portée devant les arbitres) et que la Cour d'appel ne devrait pas « *refaire le procès* » (113). Cette approche est toutefois combattue par d'autres (114) et ne paraît pas dans la ligne de la jurisprudence actuelle très permissive à l'égard de la recevabilité devant le juge de l'annulation de preuves nouvelles jamais discutées devant les arbitres.

---

(111) Arrêt 4A\_65/2018, préc., c. 4.4.3.

(112) V. *supra*, II, A).

(113) I. Fadlallah, D. Hascher, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, 2019, pp. 310-311, n° 36.

(114) Not. E. Gaillard, préc., *Rev. arb.*, 2018.582, spéc. note 74. V. également S. Besson, « Le contrôle par le juge de la corruption en matière d'arbitrage international – Quelques réflexions de droit comparé en lien avec l'affaire *Alexander Brothers c/ Alstom* », préc., spéc. note 75, à paraître.

