

Doctrine

LA RÉFORME DU DROIT SUISSE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL *

par

Sébastien BESSON

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

et

Antonio RIGOZZI

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

RÉSUMÉ

La réforme du droit suisse de l'arbitrage international est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Les modifications apportées au régime légal de l'arbitrage international en Suisse sont limitées. Elles ont pour objectif de maintenir un cadre législatif qui s'est révélé adapté aux besoins de l'arbitrage international, et d'apporter quelques améliorations, notamment en codifiant la jurisprudence du Tribunal fédéral sur certaines questions ou en améliorant la lisibilité de la loi pour les utilisateurs étrangers. La présente contribution analyse ces changements, y compris celui permettant désormais aux parties de procéder en anglais devant le Tribunal fédéral, et expose les thèmes importants abordés pendant le processus législatif et n'ayant pas donné lieu à une modification de la loi.

* Les auteurs remercient M^{me} Erika Hasler, collaboratrice senior de l'Etude Lévy Kaufmann-Kohler, pour son aide dans la préparation de cet article.

SUMMARY

The reform of the Swiss law on international arbitration has entered into force on 1st January 2021. The changes it has brought about to the legal regime governing international arbitration in Switzerland are limited. The objective pursued by these changes was to maintain a legal framework that has proven to be well adapted to the requirements of international arbitration, and to add some improvements, in particular by codifying the Swiss Supreme Court's case law on certain issues, and by enhancing the transparency and accessibility of the law for foreign users. This contribution examines those changes, including the possibility for the parties to make submissions in English before the Supreme Court, and presents some of the important topics discussed during the legislative process which did not result in changes to the existing law.

INTRODUCTION

Le 1^{er} janvier 2021, la réforme du droit suisse de l'arbitrage international est entrée en vigueur (1). Plus précisément, certaines dispositions de la loi fédérale sur le droit international privé (« LDIP »), dont le chapitre 12 régit l'arbitrage international en Suisse, et de la loi sur le Tribunal fédéral (« LTF ») ont été modifiées (2). Par la même occasion, quelques dispositions du Code de procédure civile (« CPC »), dont la Partie 3 régit l'arbitrage interne, ont également été modifiées (3).

La LDIP est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989 (4). Depuis lors, le chapitre 12 LDIP est resté inchangé, sous réserve de l'introduction de l'art. 186 al. 1bis en mars 2007 (5). Cette

(1) V. *infra*, p. 275, le texte de la loi nouvelle.

(2) Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1989), RS 291, disponible en ligne à l'adresse https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr ; Chapitre 12, Arbitrage international, articles 176 à 194 ; Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007), RS 173.110, disponible en ligne à l'adresse <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2006/218/fr>.

(3) Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011), RS 272, disponible en ligne à l'adresse <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/fr>.

(4) RO 1988 1776.

(5) Loi fédérale sur le droit international privé (Arbitrage. Compétence), Modification du 6 octobre 2006, RO 2007 387, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2007/75/fr>.

disposition prévoit que le tribunal arbitral « statue sur sa compétence » même en cas de litispendance internationale et « sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure » (6). Elle avait été introduite pour défaire la jurisprudence décriée dans l'affaire *Fomento*, où le Tribunal fédéral avait jugé que la règle de la litispendance, consacrée à l'article 9 LDIP, s'imposait à l'arbitre siégeant en Suisse en cas de procédure pendante à l'étranger (7).

En dépit de son âge respectable, le droit suisse de l'arbitrage international a passé l'épreuve du temps et n'apparaît nullement obsolète, ce que l'on doit au caractère particulièrement novateur du chapitre 12 LDIP au moment de sa promulgation (8). Il n'était donc pas question de faire table rase, ni même de remanier en profondeur le droit suisse de l'arbitrage international. Selon le message gouvernemental accompagnant et expliquant le projet portant révision de la loi (« Message ») (9), le chapitre 12 LDIP « est considéré comme une loi sur l'arbitrage innovante, claire et

(6) L'art. 186(1bis) LDIP est souvent mal compris. Il ne concerne ni l'autorité de la chose jugée ni l'effet négatif de la compétence-compétence. Sa portée est limitée à la question de la litispendance internationale en lien avec l'examen par le tribunal arbitral de sa propre compétence lorsque celle-ci fait déjà l'objet d'une procédure étatique ou arbitrale à l'étranger. En outre, l'articulation entre l'art. 186 al. 1bis LDIP et l'art. 372 al. 2 CPC, qui prévoit une règle inverse en matière d'arbitrage interne en consacrant le principe de litispendance, soulève diverses difficultés. Sur ces questions, v. not. S. Besson, « The Relationships between Court and Arbitral Jurisdiction: The Impact of the New Article 186(1bis) PILS », in Ch. Müller (éd.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2007*, pp. 57-71, not. pp. 72-73. Plus généralement, B. Berger et F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Sweet & Maxwell, 3^e éd., 2016, n° 1032-1063 ; G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press, 3^e éd., 2015, n° 5.60-5.64.

(7) ATF 127 III 279, du 14 mai 2001, *Fomento de Construcciones y Contratas S.A. c/ Colon Container Terminal S.A.*, *Rev. arb.*, 2001.835, note J.-F. Poudret.

(8) P. Lalive, J.-F. Poudret et C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Ed. Payot, 1989, « Le droit de l'arbitrage international en Suisse – Introduction », n° 23-25 ; P. Lalive et E. Gaillard, « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse », *JDI*, 1989.905-963, *passim*. V. aussi F. Dasser, « Revision of Chapter 12 of the PILA or Why and How to Modernize a (Still) Modern Law? », in Ch. Müller, S. Besson et A. Rigozzi (éd.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2020*, Berne, 2020, pp. 1-26, not. pp. 3-4 ; S. Besson, « Salient Features and Amenities of Chapter 12 PILS », in M. Arroyo (éd.), *Arbitration in Switzerland – The Practitioner's Guide*, 2^e éd., Wolters Kluwer, 2018, n° 96.

(9) « Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12 Arbitrage international) » du 24 octobre 2018, 18.076, FF 2018 7153, disponible en ligne à l'adresse <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2548/fr>

précise, donnant aux parties une autonomie et une flexibilité importantes tout en leur fixant un cadre transparent garanti par les tribunaux étatiques » (10). La réforme de 2021 n'a pas pour objectif de modifier ces caractéristiques du droit suisse mais de les renforcer.

En particulier, la réforme de 2021 n'a pas remis en question le dualisme qui caractérise le droit suisse de l'arbitrage, lequel, comme nous l'avons évoqué, est régi par des règles distinctes pour l'arbitrage international (Chapitre 12 LDIP, art. 176-194) et pour l'arbitrage interne (Partie 3 CPC, art. 353-399). Un vif débat sur l'opportunité de maintenir le régime dualiste avait eu lieu au moment de l'élaboration du CPC (11), qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011. La question s'est à nouveau posée lors des travaux pour la réforme de 2021 mais l'idée d'une réglementation uniforme a été rapidement écartée. Le Message souligne à cet égard que le chapitre 12 LDIP « prévoit les règles les plus libérales et succinctes possibles », alors que « la réglementation plus dense et détaillée de la troisième partie du CPC rend la procédure plus prévisible pour les parties » (12). Il rappelle aussi que les art. 353 al. 2 CPC et 176 al. 2 LDIP « permettent dans une large mesure d'exclure l'application de l'une de ces lois au profit de l'autre, autrement dit de choisir librement le droit applicable [à l'arbitrage] » (13).

La présente contribution décrira les principales modifications de la LDIP (et de la LTF) (II.) et présentera les thèmes ayant suscité un débat pendant le processus législatif sans que cela

(10) Message, pp. 8-9.

(11) Le CPC a unifié la procédure civile en Suisse, abrogeant les codes de procédure civile des différents cantons. La Partie 3 du CPC a par ailleurs abrogé et remplacé le Concordat intercantonal sur l'arbitrage de 1969 qui régissait l'arbitrage interne en Suisse avant le 1^{er} janvier 2011. Sur le débat au sujet du choix entre régime « moniste » et régime « dualiste », v. not. S. Besson, « L'arbitrage interne et international en Suisse : le nouveau CPC à l'aune du Concordat et du Chapitre 12 de la LDIP », in D. Bochatay et A. Bonomi (éd.), *Arbitrage interne et international*, Genève 2010, pp. 15-33 ; F. Perret, « Arbitrage interne et international : y a-t-il lieu de conserver cette distinction ? » in M. Jametti Greiner, B. Berger et A. Güngerich (éd.), *Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung : zivil- und schieds-verfahrensrechtliche Aspekte : FS Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag*, Berne 2005, pp. 55-63 ; P. Lalive, « Un faux problème : Monisme ou dualisme dans la législation arbitrale ? », in E. Philippin et al. (éd.), *Mélanges en l'honneur de François Dessementet*, CEDIDAC, 2009, pp. 255-263.

(12) Message, p. 13.

(13) *Ibid.* Nous reviendrons ci-dessous sur ce mécanisme d'*opting-in/opting out* (*infra*, II.A, pp. 20-21).

conduise à une modification de la loi (III.). Elle passera aussi en revue les modifications essentielles du droit interne de l'arbitrage (IV.), avant de proposer une appréciation critique et quelques conclusions sur cette réforme de 2021 (V.). Pour mettre le tout en perspective, il convient de débiter par la genèse et le but de la réforme (I.).

I. – GENÈSE ET BUT DE LA RÉFORME

La réforme de 2021 trouve son origine dans une initiative parlementaire déposée le 20 mars 2008 par le député Christian Lüscher et visant à modifier l'art. 7 LDIP, lequel régit le déclinatoire de juridiction du juge en cas de convention d'arbitrage (14). Plus spécifiquement, cette initiative parlementaire avait pour objectif d'introduire en Suisse et par voie législative le principe de l'effet négatif de la compétence-compétence (15).

Cette initiative a été accueillie avec scepticisme par la communauté arbitrale suisse, et même par une franche opposition d'une partie de la doctrine (16). Dans le contexte de l'examen de cette initiative, la Commission juridique du Conseil national (la Chambre basse du Parlement suisse) a adopté en 2012 une motion chargeant le gouvernement (Conseil fédéral) de présenter « *un projet de toilette des dispositions de la LDIP sur l'arbitrage*

(14) Initiative n. 08.417 du 20 mars 2008 « Modification de l'article 7 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé ». L'art. 7 LDIP lit, sous l'intitulé « Convention d'arbitrage », « [s]i les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitrable, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que : a. le défendeur n'ait procédé au fond sans faire de réserve ; b. le tribunal ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée, ou que c. le tribunal arbitral ne puisse être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à l'arbitrage ».

(15) Message, p. 7.

(16) V. not. B. Berger, « Kritische Gedanken zur Revision von Artikel 7 IPRG im Lichte eines praktischen Beispiels », *ASA Bull.*, 2011.33 ss. ; S. Besson, « Vision critique du projet de révision de l'article 7 LDIP », *ASA Bull.*, 2011.574 s. Pour une opinion favorable à la révision, v. par ex. P.-Y. Tschanz, « De l'opportunité de modifier l'article 7 LDIP », *ASA Bull.*, 2010.478 s. Pour un résumé des différentes positions à ce sujet, v. M. Wirth, « Chapter 12 PILA — Is it Time for Reform? If Yes, What Shall be Its Scope? », in Ch. Muller et A. Rigozzi (éd.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2011*, Schulthess, 2011, pp. 51-77, spéc. 62-65.

internationale en tenant compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral et des législations en vigueur dans d'autres Etats européens » (17). Ce projet devait en particulier se pencher sur la « *relation entre le juge étatique et le tribunal arbitral* », qui était au cœur de l'initiative parlementaire Lüscher, ce qui a permis de classer cette dernière (18).

Les détails du processus législatif ne présentent guère d'intérêt pour les lecteurs de la *Revue de l'arbitrage* (19). Il suffira d'indiquer ici que, dans la suite du mandat conféré au Conseil fédéral, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a nommé un groupe d'experts (20) chargé d'examiner les questions pertinentes. L'OFJ a élaboré sur la base du travail des experts un « *avant-projet* » de modification législative (21), lequel a été soumis à un large processus de consultation (22) avant d'être repris et adapté pour

(17) Message, p. 8. Motion 12.3012 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) du 3 février 2012 « *Loi fédérale sur le droit international privé. Maintenir l'attrait de la Suisse comme place arbitrale au niveau international* » accessible à l'adresse <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20123012>.

(18) Message, p. 8.

(19) F. Dasser, « *Revision of Chapter 12 of the PILA or Why and How to Modernize a (Still) Modern Law?* », préc., pp. 5-15, retrace l'ensemble de ce processus.

(20) Le groupe d'experts était composé des Professeurs Gabrielle Kaufmann-Kohler (Université de Genève) et Felix Dasser (Université de Zurich), de M^e Elliott Geisinger (Genève) et du Professeur Daniel Girsberger (Université de Lucerne). Comme l'indique le Message (p. 8), l'OFJ a également consulté un groupe de spécialistes de l'arbitrage en matière de sport, soit M^e Daniel Eisele (Zurich), le Professeur Ulrich Haas (Zurich), M^e Stephan Netzele (Zurich), M^e Michele Bernasconi (Zurich) et le Professeur Antonio Rigozzi (Neuchâtel et Genève).

(21) L'Avant-projet, ainsi que le « *Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international)* du 11 janvier 2017 » qui l'accompagnait, peuvent être consultés à l'adresse <https://www.bj.admin.ch/ejpd/fr/home/actualite/news/2017/2017-01-11.html>.

(22) La procédure de consultation sur l'Avant-projet s'est terminée le 31 mai 2017. Durant la période entre la publication de l'Avant-projet et la fin de la période de consultation, plus de 50 prises de position et commentaires ont été communiqués à l'OFJ, lequel a publié, le 8 août 2018, un rapport résumant l'ensemble de ces avis (« *Modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international) Rapport sur les résultats de la procédure de consultation* » (Rapport de consultation), accessible à l'adresse <https://www.ejpd.admin.ch/dam/bj/fr/data/aktuell/news/2018/2018-10-24/ve-ber-f.pdf.download.pdf/ve-ber-f.pdf>). Le Rapport de consultation indiquait que 19 des 26 cantons suisses, trois partis politiques, et 28 organisations et individus, dont l'ASA, ICC Switzerland, SCAI, les facultés de droit de plusieurs universités, des associations faitières (telles

devenir un « projet » de loi. Ce projet, accompagné du Message du Conseil fédéral, a été publié le 24 octobre 2018 (23). Après avoir été revu, modifié sur certains points et débattu devant les deux chambres du Parlement fédéral, le texte final a été adopté le 19 juin 2020 (24). Comme indiqué ci-dessus, les modifications législatives sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2021 (25).

La réforme avait un but limité, comme l'indique l'expression consacrée de « toilettage », dans le sens de l'adage anglais « *if it ain't broke, don't fix it* » (26). Selon le Message, le projet a pour objectif « *de renforcer [l]es caractéristiques [du droit existant] et améliorer la sécurité et la clarté du droit, notamment en inscrivant dans la loi les éclaircissements apportés par la jurisprudence du Tribunal fédéral et en levant certaines ambiguïtés de sorte à rendre l'application de la loi encore plus aisée* » (27). Plusieurs modifications ont ainsi pour seul objet de codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral (notamment au sujet de l'obligation de

que la Fédération des entreprises suisses, l'Union syndicale suisse et l'Association suisse des joueurs de football, en collaboration avec la FIFPro (World Players' Union)), des professeurs, avocats et cabinets d'avocats ont soumis des commentaires au sujet de l'Avant-projet. Comme le relevait le Rapport de consultation, les réactions à l'Avant-projet avaient été « *globalement posit[ives]* », sous réserve de quelques critiques ciblées et des propositions alternatives formulées par plusieurs participants au sujet de dispositions spécifiques. L'ensemble des prises de position déposées auprès de l'OFJ pendant la période de consultation peuvent être consultées en ligne à l'adresse <https://www.fedlex.admin.ch/fr/consultation-procedures/ended/2017#DFJP>.

(23) FF 2018 7153 (cf. note 9 ci-dessus). Le Message du Conseil fédéral contient une présentation et appréciation du projet, un commentaire détaillé des nouvelles dispositions, une analyse des retombées potentielles de l'adoption de la réforme, ainsi que de la relation du texte proposé « avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral », et un examen de sa constitutionnalité et compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse et d'autres lois en vigueur. Le texte du Projet de loi a été publié à la suite du Message, FF 2018 7201, et peut être consulté en ligne à l'adresse <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2549/fr>.

(24) Pour plus de détails au sujet des points débattus lors des délibérations parlementaires, v. not. F. Dasser, « Revision of Chapter 12 of the PILA or Why and How to Modernize a (Still) Modern Law? », préc., pp. 11-15, D. Girsberger et F. Loretan, « Internationale Schiedsgerichtsbarkeit : Revision des 12. Kapitels IPRG », *SRIEL*, 2020.391-407 ; Ph. Habegger, « Das Parlament verabschiedet die Revision von Kapitel 12 IPRG mit einem Feinschliff », *ASA Bull.*, 2020.548-579.

(25) Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), Modification du 19 juin 2020, RO 2020 4179, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2020/767/fr>

(26) F. Dasser, « Revision of Chapter 12 of the PILA or Why and How to Modernize a (Still) Modern Law? », préc., p. 9.

(27) Message, p. 9.

contester immédiatement les violations des règles de procédure, de la correction et de l'interprétation des sentences par le tribunal arbitral, ou de la révision des sentences arbitrales) ou de modifier la jurisprudence sur une question ponctuelle (le champ d'application du chapitre 12 LDIP). D'autres modifications tendent à améliorer la lisibilité du texte légal, notamment en faveur des usagers non suisses, car le chapitre 12 LDIP « *visé des acteurs étrangers* » et est « *en concurrence directe avec les réglementations proposées par d'autres Etats* » (28), dont plusieurs ont entrepris un exercice de réforme similaire (29). En particulier, la nouvelle loi a supprimé les renvois de la LDIP au CPC (notamment au sujet de la constitution du tribunal arbitral) de façon à assurer que le chapitre 12 LDIP soit entièrement autonome (on dirait « *self-standing* » en anglais) et permettre aux utilisateurs de « *se référer à une loi unique* » (30).

Les modifications de fond sont peu nombreuses. Trois changements méritent d'être mis ici en évidence. En premier lieu, les compétences du juge d'appui ont été étendues, notamment pour nommer les arbitres en cas de clause arbitrale ne prévoyant pas de rattachement à un siège ou pour intervenir au soutien d'arbitrages à l'étranger (31). En second lieu, la possibilité d'obtenir la révision d'une sentence arbitrale si un motif de récusation est découvert après la clôture de la procédure a été consacrée (32). Enfin, les parties pourront déposer des mémoires de recours (ou demandes de révision) en anglais devant le Tribunal fédéral suisse (33). L'impact de ces changements sera examiné ci-dessous.

Le législateur a en revanche écarté plusieurs autres propositions ou idées débattues pendant le processus législatif. La réforme de 2021 se caractérise ainsi par une volonté de stabilité du droit de l'arbitrage plutôt que par des innovations nombreuses. En particulier et non sans ironie, l'effet négatif de la compétence-compétence n'a pas été introduit et la « *relation entre le juge étatique et le tribunal arbitral* » n'a pas été repensée, ce qui était pourtant la question qui avait donné lieu au processus de réforme.

(28) Message, p. 11.

(29) Cf. Message, p. 22, pour un panorama.

(30) Message, p. 11.

(31) V. *infra*, II.1.C, p. 27-29.

(32) V. *infra*, II.H., p. 44 *in fine*-45.

(33) V. *infra*, II.G., p. 40 *in fine*-42.

II. – PRÉSENTATION DES PRINCIPALES MODIFICATIONS

A) Champ d'application de la loi

L'art. 176 al. 1 LDIP définit le champ d'application de la loi et l'internationalité de l'arbitrage. Contrairement à la conception française (art. 1504 CPC français), en droit suisse de l'arbitrage, l'internationalité ne dépend pas de la nature du litige, mais uniquement du domicile ou de la résidence habituelle des parties (34). Selon le texte en vigueur avant la réforme, l'arbitrage était international si « *au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse* ». Cette formulation a donné lieu à des difficultés et controverses en cas d'arbitrage multipartite. Elle ne permet en effet pas de savoir si le législateur avait en vue les parties à la convention d'arbitrage ou les parties à la procédure arbitrale, étant précisé qu'il est évidemment possible que seules certaines des parties à la convention d'arbitrage soient impliquées dans une procédure et ainsi parties à celle-ci. Dans un arrêt de 2002, le Tribunal fédéral avait jugé que l'internationalité dépendait des parties à la procédure arbitrale (35). Selon cette jurisprudence et en prenant l'hypothèse d'un consortium international composé de deux sociétés suisses et de plusieurs sociétés étrangères, l'arbitrage aurait été interne s'il opposait uniquement les deux sociétés suisses et international si au moins une partie étrangère était impliquée dans la procédure. Cette jurisprudence a donné lieu à des critiques nourries en doctrine (36). On a en particulier fait remarquer que la solution du Tribunal fédéral portait atteinte à la prévisibilité juridique car elle ne permettait pas de déterminer le régime applicable (interne ou international) « *une fois pour toutes dès la conclusion de la*

(34) Sur cette question, v. par ex., J.-F. Poudret et S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2^e éd., Sweet & Maxwell, 2007, n^o 31-35 ; G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, préc., n^o 2.26-2.35.

(35) Arrêt du Tribunal fédéral 4P.54/2002 du 24 juin 2002, c. 3, *Bull. ASA*, 2003.131.

(36) G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, « « When is a Swiss arbitration international? Comments on a Swiss Federal Tribunal decision of June 24, 2002 », *Jusletter* 7 Octobre 2002 ; S. Besson, « Réflexions sur la jurisprudence suisse récente rendue en matière d'arbitrage international », *ASA Bull.*, 2003.469-470. Cf. aussi B. Berger et F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, préc., n^o 79 et n^o 101, et les références.

convention d'arbitrage » (37). Donnant suite à ces critiques, le législateur a modifié le texte légal et, « *pour renforcer la sécurité du droit* » (38), a précisé que l'internationalité se détermine désormais par référence aux parties « *à la convention d'arbitrage* ».

L'art. 176 al. 2 LDIP permet aux parties à un arbitrage international d'exclure l'application du chapitre 12 LDIP et de se soumettre à l'application de la partie 3 du CPC, en d'autres termes d'élire le régime interne à la place du régime international. Selon l'art. 353 al. 2 CPC, l'inverse est également possible, les parties à un arbitrage interne pouvant exclure le régime interne et se soumettre au régime international de la LDIP. Ces dispositions ne vont pas sans poser plusieurs questions, notamment en raison du fait que l'arbitrabilité des litiges n'est pas définie de la même manière dans la LDIP (art. 177, qui consacre le critère très large de la « *patrimonialité* ») et dans le CPC (art. 354, qui retient le critère plus classique de la libre « *disponibilité* » des droits) (39).

Il n'est pas possible d'entrer ici dans le détail de ces questions qui n'ont pas été abordées dans la réforme de 2021. Celle-ci a uniquement modifié la forme de la déclaration d'*opting-out/opting-in*. Auparavant, cette déclaration devait être « *expresse* », ce qui pouvait prêter à confusion, notamment sur le point de savoir si elle était sujette à des exigences de forme plus élevées que celles applicables à la convention d'arbitrage (40). Désormais, l'art. 176 al. 2 LDIP fait un renvoi aux règles ordinaires sur la forme de la convention d'arbitrage en indiquant que « *la déclaration [d'*opting-out/opting-in*] doit satisfaire aux conditions de forme*

(37) S. Besson, « Réflexions sur la jurisprudence suisse récente rendue en matière d'arbitrage international », *ASA Bull.*, 2003.470.

(38) Message, p. 24.

(39) V. *infra*, III.D. A ce sujet, cf. not. S. Besson, « Les limites au choix du droit applicable à l'arbitrage et au fond en matière interne », *RJN*, 2014.19-41, spéc. p. 23. V. aussi F. Perret, « Les passerelles entre le droit de l'arbitrage interne et international : une particularité du droit suisse », in V. Heuzé et al. (éd.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Meyer*, Lextenso, 2015, pp. 687-695, spéc. 690-692, et les références ; I. Armbauen, *3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG - Eine Gegenüberstellung im Kontext der Opting-out-Möglichkeiten, Unter besonderer Berücksichtigung der zwingenden Bestimmungen, der Schiedsfähigkeit und der Anfechtbarkeit von Schiedssprüchen*, Thèse, Schulthess, 2016, spéc. p. 146 ss.

(40) La majorité de la doctrine considérait que les mêmes exigences devaient s'appliquer : cf. par ex. D. Girsberger et N. Voser, *International Arbitration — Comparative and Swiss Perspectives*, 3^e éd., Schulthess, 2016, n° 212 ; D. Piffner et D. Hochstrasser, « Art. 176 IPRG », in H. Honsell et al. (éd.), *Basler Kommentar — Internationales Privatrecht*, Helbing, 3^e éd., 2013, n° 45 et les références.

de l'art. 178 al. 1 LDIP ». Cette dernière disposition consacre ainsi une forme dite « unifiée » (41) applicable dans tout le chapitre 12 LDIP (42).

B) Convention d'arbitrage

L'art. 178 LDIP régit la « convention et clause d'arbitrage » (43). Cette disposition a été retouchée en ce qui concerne la forme de la convention d'arbitrage (art. 178 al. 1 LDIP) et un alinéa nouveau a été ajouté pour les clauses d'arbitrage prévues « dans un acte juridique unilatéral ou des statuts » (art. 178 al. 4 LDIP). L'art. 178 al. 2 LDIP relatif à la validité « matérielle » de la convention d'arbitrage et l'art. 178 al. 3 LDIP régissant le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage demeurent inchangés.

Contrairement au droit français (art. 1507 CPC français), mais en accord avec la majorité des autres législations sur l'arbitrage, le droit suisse a maintenu l'exigence de la forme écrite telle que prévue à l'art. 178 al. 1 LDIP. Le réforme de 2021 n'a apporté sur ce point qu'une modification rédactionnelle — l'ancien texte faisait encore référence au « télégramme, télex, télécopieur » ! — sans changer le contenu de la norme et en adoptant « la règle plus concise et moderne de l'art. 358 CPC » (44).

Le Message précise que, contrairement à ce que prévoyait l'Avant-projet, le Projet « ne prévoit plus d'assouplir les exigences de forme et d'admettre qu'une seule des parties les observe » (45). Cette précision est importante et doit être mise en lien avec les modalités de conclusion de la convention d'arbitrage. Il n'est pas rare en pratique qu'une seule partie exprime sa volonté par écrit (par exemple en envoyant à l'autre le texte signé du contrat), alors que l'autre partie se limite à exprimer sa volonté soit oralement soit par actes concluants (par exemple en démarrant

(41) L'expression de « forme unifiée » figure dans le Message, pp. 11 et 24.

(42) V. ég. *infra*, II.G, pp. 42-43 au sujet des exigences de forme applicables aux clauses de renonciation au recours.

(43) V. Message, p. 25.

(44) Message, p. 25. Ainsi, tant l'art. 358 CPC que l'art. 178 al. 1 LDIP disposent maintenant qu'une convention d'arbitrage doit être « passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte ». La référence aux « télégramme, télex et télécopieur » a été supprimée dans l'art. 178 al. 1 LDIP.

(45) Message, p. 25.

l'exécution du contrat mais sans en retourner un exemplaire à l'autre partie). Dans une telle hypothèse, il peut être délicat de déterminer si une convention « écrite » existe entre les parties, ce qui est une question différente, quoique liée, à celle de savoir si un accord a été conclu. Certains droits ont résolu la difficulté en élargissant la définition de la forme écrite à un document écrit émanant d'une *seule* partie. Ainsi, la section 5(4) de l'*Arbitration Act* anglais, qui prévoit que « *an agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties [...]* ». A l'inverse, la prescription de la forme écrite selon l'art. II al. 2 de la Convention de New York exige un texte signé par (toutes) les parties ou un « échange » de documents entre les parties, de telle sorte que chaque partie doit avoir manifesté sa volonté selon la forme écrite (46). La jurisprudence et la doctrine suisses ne sont pas fixées sur cette question importante. Certains auteurs estiment que la volonté des deux parties à la convention d'arbitrage doit pouvoir être établie par un texte émanant de *chacune* d'elles (47). D'autres estiment que les exigences de l'art. 178 al. 1 LDIP sont moins strictes et remplies si *une seule* partie confirme par un texte la volonté de se soumettre à l'arbitrage (ainsi Berger et Kellerhals, selon lesquels l'art. 178 al. 1 LDIP « *does not require an exchange, and thus allows to comply with the form requirement by an oral agreement with (unilateral) confirmation evidenced in writing* », ce qui correspond à la règle précitée de la section 5(4) *English Arbitration Act*) (48). Le Tribunal fédéral n'a pas tranché cette question. Le Message à l'appui de la réforme de 2021 semble indiquer que le législateur fédéral n'a pas souhaité consacrer un assouplissement des exigences de forme dans le sens qu'il suffirait

(46) R. Wolff, « Article II », n° 72 s., in R. Wolff (éd.), *New York Convention – Article by Article Commentary*, 2^e éd., Beck, 2019. En Suisse, en application de cette disposition, cf. ATF 111 Ib 253, c. 5.

(47) J.-F. Poudret et S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, préc., n° 193 ; Ch. Oetiker, Art. 178 IPRG, n° 21, in M. Müller-Chen et C. Widmer Lüchinger (éd.), *Zürcher Kommentar zum IPRG - Band II - Art. 108a-200*, Schulthess, 2018 ; D. Granicher, Art. 178 IPRG, n° 28, in P. Grolimund, L. Loacker et A. Schnyder (éd.), *Internationales Privatrecht - Basler Kommentar*, 4^e éd., 2021.

(48) B. Berger et F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, préc., n° 430 ; dans le même sens, G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, préc., n° 3.71 ; P. Karrer, « La convention d'arbitrage en droit suisse - Forme, validité, portée ? », in F. Bohnet et P. Wessner (éd.), *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Helbing, 2005, p. 177 s., p. 184.

« *qu'une seule des parties les observe* » (49), ce qui exclurait une convention orale confirmée par une seule partie comme l'a préconisé une partie de la doctrine. Seule une décision du Tribunal fédéral pourra clarifier définitivement la question.

Deux précisions doivent encore être données pour éviter des confusions sur ce sujet. En premier lieu, l'exigence de forme de l'art. 178 al. 1 LDIP ne correspond pas à la forme écrite de l'art. 13 du Code suisse des obligations (50). L'art. 178 al. 1 LDIP n'impose en particulier pas un texte signé. Un simple « OK » par e-mail suffirait à « *établir la preuve par un texte* » de la volonté d'arbitrer si l'accord ainsi manifesté porte sur la convention d'arbitrage. En second lieu, l'exigence de forme écrite obéit à des principes spécifiques en cas d'extension de la convention d'arbitrage à un tiers. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a jugé que l'exigence de forme de l'art. 178 al. 1 LDIP ne s'appliquait pas à la question de la « *portée subjective d'une convention d'arbitrage formellement valable au regard de l'art. 178 al. 1 LDIP* » (51). S'il existe une convention d'arbitrage formellement valable entre les parties originelles, cette convention peut être étendue à un tiers « *même si ce tiers n'a pas manifesté sa volonté selon la forme prescrite par l'art. 178 al. 1 LDIP* » (52).

La seconde modification de l'art. 178 LDIP concerne l'adjonction d'un alinéa 4 prévoyant que « *[l]es dispositions du présent chapitre s'appliquent par analogie à une clause d'arbitrage prévue dans un acte juridique unilatéral ou des statuts* ». La portée de cette adjonction est limitée, et le Message l'exprime en indiquant qu'il s'agit uniquement de « clarifier » dans la loi l'admissibilité de telles clauses arbitrales pour « *la sécurité du droit* » (53). En revanche, le nouveau droit n'a pas pour objet de

(49) Message, pp. 17, 21 et 25, faisant référence au fait que certains des acteurs consultés sur l'Avant-projet (parmi lesquels le Tribunal fédéral), avaient « *exprimé des craintes pour la sécurité du droit en cas d'assouplissement des conditions de forme des conventions d'arbitrage* » (Message, p. 17 ; v. ég. Rapport de consultation, n° 3.5).

(50) P. Lalive, J.-F. Poudret et C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, préc., « art. 178 LDIP », n° 10 ; G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration — Law and Practice in Switzerland*, préc., n° 3.67 et les références ; ATF 142 III 239, c. 3.3.1.

(51) ATF 129 III 727, c. 5.

(52) S. Besson, « Les parties à l'arbitrage », *Revue Suisse de Procédure Civile*, 2006.313-327, 316. V. ég., par ex., B. Berger et F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, préc., n° 539.

(53) Message, p. 26.

légiférer de manière détaillée sur les clauses contenues dans un acte unilatéral ou des statuts. Il prévoit uniquement que les règles ordinaires s'appliquent « *par analogie* » et que les dispositions en vigueur « *permettent de tenir suffisamment compte des particularités des clauses d'arbitrage unilatérales* », les éventuelles questions en suspens « *pouvant être traitées par la doctrine et la jurisprudence* » (54).

Le Message illustre le fonctionnement et les limites de l'art. 178 al. 4 LDIP par un exemple tiré du droit successoral (55). Si une clause arbitrale est contenue dans un testament, l'arbitre siégeant en Suisse sur le fondement de cette clause devra déterminer le droit applicable à celle-ci en application de l'art. 178 al. 2 LDIP, qui prévoit un rattachement *in favorem validitatis* (56) et, en tous les cas, l'application du « *droit suisse* » pour apprécier la validité de la clause arbitrale. Le droit suisse auquel renvoie l'art. 178 al. 2 LDIP est le droit matériel suisse, soit dans notre exemple le droit successoral suisse (même si les questions litigieuses sur le fond sont par ailleurs réglées par un droit successoral étranger). La validité de la clause testamentaire sera ainsi examinée « *quant au fond* », notamment, selon le droit successoral suisse. En revanche, poursuit le Message, la question de savoir si une clause arbitrale contenue dans un testament est valable au regard du droit matériel suisse des successions « *n'est pas l'objet de cette révision* » (57).

Les clauses arbitrales incluses dans les statuts de sociétés sont également mentionnées dans le nouvel art. 178 al. 4 LDIP. Sur ce point aussi, la réforme de 2021 n'apporte pas de changements de fond. Tout au plus confirme-t-elle la « *licéité des clauses arbitrales statutaires* » (58), qui sont fréquentes dans les statuts et règlements des fédérations sportives et dont la validité n'est pas douteuse. La difficulté du sujet est plutôt liée à l'identification du cercle de personnes liées par de telles clauses, notamment dans les sociétés de capitaux où la doctrine discute du point de

(54) *Ibid.*

(55) *Ibid.*

(56) Sur le fonctionnement de l'art. 178 al. 2 LDIP, v. not. J.-F. Poudret et S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, préc., n° 300 ; B. Berger et F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, préc., n° 391 s. ; G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration — Law and Practice in Switzerland*, préc., n° 3.75-3.80.

(57) Message, pp. 26-27, qui donne un résumé utile du droit suisse sur cette question délicate.

(58) Message, p. 28.

savoir si l'engagement dans les statuts de se soumettre à l'arbitrage « *viole l'interdiction d'imposer des obligations aux actionnaires au-delà de celles que prévoit la loi* » (59). La réforme de la LDIP n'apporte pas de réponse à cette question. En revanche, le législateur fédéral a par ailleurs (et sans rapport direct avec la réforme du chapitre 12) modifié le CO par l'adjonction d'un art. 697n CO qui dispose expressément que les statuts peuvent prévoir la résolution des différends relevant du droit des sociétés par « *un tribunal arbitral sis en Suisse* », et que « *sauf disposition contraire des statuts, la société, ses organes, les membres des organes et les actionnaires sont liés par la clause d'arbitrage* » (60).

C) Constitution du tribunal arbitral

La nomination et le remplacement des arbitres sont régis par l'art. 179 LDIP. Cette disposition a fait l'objet de plusieurs modifications dont l'une (art. 179 al. 2, seconde phrase, LDIP) revêt une importance théorique et pratique importante.

En premier lieu, l'art. 179 LDIP a supprimé le renvoi — autrefois prévu à l'alinéa 2 — à l'application « par analogie » des dispositions du CPC. Cette modification améliore la lisibilité

(59) *Ibid.*

(60) Article 697n alinéa 1 CO. L'article 697n CO, qui n'est pas encore en vigueur (v. <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html>), fait partie des dispositions du nouveau droit suisse de la société anonyme, adopté par le Parlement le 19 juin 2020 (le même jour que le chapitre 12 LDIP révisé), RO 2020 4005, accessible à l'adresse <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2020/746/fr>. L'art. 697n CO précise par ailleurs, en son alinéa 2, qu'en cas d'arbitrage statutaire « *la procédure arbitrale est régie par la 3^e partie du [CPC]* ; [le chapitre 12 LDIP] *n'est pas applicable* », ce qui exclut la possibilité de conclure un accord d'opting out en faveur du Chapitre 12 LDIP. L'alinéa 3 prévoit que « *les statuts peuvent régler les modalités, notamment par le biais d'un renvoi à un règlement d'arbitrage. Ils veillent à ce que les personnes qui peuvent être directement concernées par les effets juridiques de la sentence arbitrale soient informées de l'introduction et de la conclusion de la procédure et puissent participer à la constitution du tribunal arbitral et à la procédure en tant qu'intervenants* ». Sur cette nouvelle disposition, v. par ex. R. Alleman, « Setting the Ground for Corporate Arbitration in Switzerland: Swiss Parliament Approves New Rules for Arbitration of Corporate Law Disputes », Kluwer Arbitration Blog, 17 août 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/08/17/setting-the-ground-for-corporate-arbitration-in-switzerland-swiss-parliament-approves-new-rules-for-arbitration-of-corporate-law-disputes/> ; H.-U. Vogt et P. Schmidt, « Schiedsklausel in Vereinsstatuten — Bermerkungen zum Bundesgerichtsurteil 5A_1027-2018 vom 22. Juli 2019 und zur Revision des 12. Kapitels IPRG und des Aktienrechts », Partie I, *ASA Bull.*, 2020.75-95 ; *Id.*, Partie II, *ASA Bull.*, 2020.315-337.

du texte « *dans l'intérêt des utilisateurs* » (61), notamment étrangers, en assurant que le droit suisse de l'arbitrage international soit contenu de manière exhaustive dans une seule loi.

La suppression du « renvoi » au CPC n'a en revanche pas modifié le contenu des règles applicables à la constitution du tribunal arbitral. Les règles du CPC ont simplement été reprises à l'art. 179 LDIP. Ainsi, il est désormais prévu directement dans la LDIP que, sauf convention contraire, les arbitres sont au nombre de trois, les parties désignant chacune un(e) arbitre, lequel(le)s choisissent ensuite un(e) président(e) (art. 179 al. 1 LDIP).

La LDIP a également repris à l'art. 179 al. 5 LDIP la règle prévue à l'art. 362 al. 2 CPC selon laquelle « *le juge peut nommer tous les arbitres en cas d'arbitrage multipartite* ». Cette règle est une réponse législative à la problématique qui s'est posée en France dans l'affaire *Dutco* (62) et permet d'éviter une situation d'inégalité de traitement, notamment lorsque plusieurs défendeurs n'arrivent pas à se mettre d'accord sur le choix d'un arbitre en raison d'intérêts divergents. On observera que cette règle est plus souple que l'art. 1453 CPC français — applicable à l'arbitrage international en vertu du renvoi de l'art. 1506 CPC français — car la solution française semble ne pas donner au juge de pouvoir d'appréciation alors que la disposition légale en Suisse est expressément potestative (« *peut nommer* ») et permet, comme l'article 12(8) (et 12(9)) du Règlement CCI, de tenir compte de toutes les circonstances (63). Il est admis en Suisse que cette règle s'applique même si la convention d'arbitrage prévoit en principe le droit de chaque partie de nommer son arbitre (64). Comme le relève le Message, l'art. 179

(61) Message, p. 11.

(62) Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, *Sociétés BKMI et Siemens c/ société Dutco*, Rev. arb., 1992.473, note P. Bellet. ; *JDI*, 1992.707, note Ch. Jarrosson.

(63) V. par ex. T. Göksu, « Art. 362 - Nomination par l'autorité judiciaire » in I. Chabloz, P. Dietschy-Martinet et M. Heinzmann (éd.), *CPC - Code de procédure civile : Petit commentaire*, Helbing, 2021, n°17 ; Ph. Habegger, « Art. 362 ZPO », in K. Spühler, L. Tenchio et D. Infanger (éd.), *Basler Kommentar : Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3^e éd., Helbing, 2017, n° 32. Ainsi, si les défendeurs font partie du même groupe, le juge pourrait considérer que leurs intérêts sont alignés ; il pourrait donc renoncer à nommer « tous les arbitres » et nommer uniquement l'arbitre des défendeurs. Pour un cas récent d'application de l'art. 12(8) du Règlement CCI, cf. Paris - Chambre commerciale internationale, 26 janvier 2021, *PT Ventures SGPS S.A. c/ Vidatel Ltd., Mercury Serviços de Telecomunicações SA and Geni SA*.

(64) V. par ex. J.-F. Poudret, « Arbitrage multipartite et droit suisse », *ASA Bull.*, 1991.8, 19. Pour une discussion de ces questions en droit français, v. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2^e éd., 2019, n° 771 (pp. 765-767).

al. 5 LDIP permet au juge de nommer uniquement l'arbitre de la partie défaillante — et non pas « *tous les arbitres* » — lorsqu'il s'agit « *d'éviter des comportements purement stratégiques de la part de plusieurs demandeurs ou défendeurs* » (65).

En second lieu, l'art. 179 LDIP a introduit à l'alinéa 2 une règle de compétence internationale qui étend la compétence du juge d'appui suisse dans deux situations, lorsque le siège de l'arbitrage est « *en Suisse* » (sans indication plus spécifique d'un canton ou d'une ville) ou lorsque le siège n'a pas été déterminé. Cet important changement, dont la portée est à notre avis plus large que celle suggérée dans le Message, mérite quelques mots d'explication.

Le premier cas de figure répond à un problème helvétique lié à la structure fédérale du pays. Même si la procédure civile est aujourd'hui unifiée, l'organisation judiciaire demeure du ressort des cantons. Les tribunaux sont organisés par des lois cantonales et il n'existe ainsi pas de tribunaux « *suisse* », sous réserve du Tribunal fédéral qui est toutefois une instance de recours. Dans ce contexte, la mise en œuvre, voire la validité, d'une clause arbitrale prévoyant un siège « *en Suisse* » a pu être mise en doute, dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc*, faute pour le demandeur de pouvoir identifier et donc saisir un juge — fatalement cantonal — pour nommer l'arbitre d'un défendeur récalcitrant et ne désignant pas son arbitre. Selon le Message, la doctrine considérerait « *le plus souvent* » que la convention d'arbitrage prévoyant l'arbitrage « *en Suisse* » « *ne remplit pas les exigences minimales et qu'il n'est pas possible d'ouvrir une procédure d'arbitrage en Suisse* » ; selon un autre courant — auquel nous nous rattachions et qualifié, de façon discutable, de « *minoritaire* » dans le Message — le demandeur « *devrait pouvoir saisir un tribunal cantonal de son choix et requérir l'ouverture d'une procédure arbitrale* » (66). Cette controverse doctrinale a perdu son intérêt puisque le « *premier juge saisi* » en Suisse sera désormais compétent pour nommer les arbitres à défaut d'un mécanisme conventionnel prévu par les parties. En pratique, cela permettra au demandeur de choisir le juge du canton de son choix, par

(65) Message, p. 30.

(66) Message, pp. 28-29, se référant notamment à S. Besson, « L'efficacité de la clause 'arbitrage en Suisse' et de la clause blanche », in J.-D. Bredin et al. (éd.), *Liber Amicorum Claude Reymond*, Paris 2004, pp. 11-27, où le raisonnement est fondé sur l'interdiction de l'abus de droit et plus nuancé que le résumé proposé dans le Message. V. aussi, par ex., B. Berger et F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, préc., n° 756 et les références.

exemple le Tribunal de première instance de Genève (67), le Président du Tribunal de l'arrondissement de Lausanne (68), ou l'*Obergericht* de Zurich (69). Lorsque le tribunal arbitral aura été constitué, il pourra ensuite préciser le siège de l'arbitrage (art. 176 al. 3 LDIP) (70).

La modification va cependant plus loin et permet l'intervention du « *premier juge saisi* » également dans une seconde hypothèse, à savoir lorsque « *les parties n'ont pas déterminé de siège* ». C'est le phénomène de ce que l'on a parfois appelé la clause « blanche », c'est-à-dire une convention d'arbitrage sans indication de siège ou de mécanisme conventionnel permettant de nommer les arbitres. La portée de la nouvelle règle est alors plus étendue puisqu'elle permet l'intervention du juge suisse dans les cas où l'arbitrage ne présente pas de lien avec la Suisse. En droit comparé, plusieurs lois d'arbitrage permettent au juge d'appui d'intervenir, y compris pour nommer les arbitres, même si le siège n'a pas été fixé. Ces lois requièrent toutefois le plus souvent un lien avec le pays du juge saisi. Ainsi, la section 2(4) de l'*Arbitration Act* anglais permet l'intervention du juge anglais lorsque le siège n'est pas déterminé et « *by reason of a connection with England and Wales or Northern Ireland if the court is satisfied that it is appropriate to do so* » (71). En France, l'art. 1505 CPC élargit également la compétence du juge d'appui français à des situations autres que celles où « *l'arbitrage se déroule en France* ». En particulier, codifiant (et élargissant) la jurisprudence *NIOC c/ Etat d'Israël* (72), l'art. 1505 ch. 4 CPC permet au juge d'appui français d'intervenir lorsque « *l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice* ».

Le nouveau droit suisse va toutefois plus loin. Il permet au juge d'appui suisse d'intervenir dans tous les cas où le siège n'est pas déterminé, indépendamment d'un quelconque lien avec la Suisse ou d'un risque de déni de justice (quel que soit le sens exact à donner à cette expression). Le législateur suisse semble

(67) Art. 86(2)(d) de la Loi sur l'organisation judiciaire du Canton de Genève.

(68) Art. 47 al. 1 du Code de droit privé judiciaire vaudois.

(69) Art. 46, *Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess* du Canton de Zurich.

(70) Message, p. 29.

(71) R. Merkin, L. Flannery, *Arbitration Act 1996*, 6^e éd. 2020, §2.4, p. 35 ; *Chalbury McCouat International Ltd. v. PG Foils Ltd.* [2010] EWHC 2050 (TCC), 3 août 2010.

(72) Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, *Etat d'Israël c/ NIOC*, *Rev. arb.*, 2005.693, note H. Muir Watt.

avoir pris le parti d'offrir une terre d'asile à tout arbitrage fondé sur une clause n'indiquant aucun siège et aucun mécanisme de nomination des arbitres, en consacrant une forme de compétence universelle permettant au « *premier juge saisi* » en Suisse de débloquer la situation et d'aider à la constitution du tribunal arbitral. Le Message ne fixe aucune restriction à cette compétence du juge suisse lorsque les conditions d'application de l'art. 179 al. 2, seconde phrase, LDIP sont remplies, et il justifie la solution par le principe *in favorem validitatis* et l'idée que cela « *renforcera l'attrait du chapitre 12* » (73).

Pour le surplus, mentionnons encore que le nouveau droit a codifié à l'art. 179 al. 6 LDIP l'obligation pesant sur « *toute personne à laquelle est proposé un mandat d'arbitre* » de révéler « *l'existence des faits qui pourraient éveiller des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité* ». La disposition précise que cette obligation « *perdure jusqu'à la clôture de la procédure arbitrale* ».

L'obligation de révélation n'est pas nouvelle. Même sans ancrage dans le texte de la LDIP, elle ne faisait aucun doute et avait été reconnue aussi bien par la doctrine que la jurisprudence (74). Elle était également consacrée à l'art. 363 CPC en matière d'arbitrage interne.

Si l'obligation de révélation paraît aujourd'hui universellement admise, sa portée et les conséquences de sa violation ne sont pas les mêmes selon les différents droits (75). Traditionnellement, la jurisprudence du Tribunal fédéral était sur ce point relativement peu exigeante à l'égard des arbitres et faisait peser avant tout sur les *parties* l'obligation de soulever spontanément des motifs de récusation lorsque les informations non révélées étaient publiquement accessibles. Le Tribunal fédéral avait dans ce contexte développé l'idée d'un « *devoir de curiosité* » des parties au sujet de l'existence d'éventuels motifs de récusation (76). En

(73) Message, p. 29.

(74) ATF 111 Ia 72, c. 2.c, ATF 136 III 605, c. 3.4.4 ; v. G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration — Law and Practice in Switzerland*, préc., n° 4.157.

(75) J.-F. Poudret et S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, préc., n° 429 ; la jurisprudence française semble avoir évolué sur cette question, comme l'indiquent not. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., n° 746.

(76) V. not. l'ATF 136 III 605 du 29 octobre 2010, c. 3.4.2 ; ainsi que les arrêts 4A_110/2012 du 9 octobre 2012, c. 2.2.2 ; 4A_763/2011 du 30 avril 2012 c. 3.3.2 ; 4A_234/2008 du 14 août 2008, c. 2.2.2 ; 4A_528/2007 du 4 avril 2008, c. 2.5.3 ; 4A_506/2007 du 20 mars 2008, c. 3.2.

application de ce devoir de curiosité, une partie doit « *procéder à certaines investigations pour s'assurer que l'arbitre offre des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité* », en particulier l'utilisation « *des principaux moteurs de recherche* » et la consultation des « *sources susceptibles de fournir, a priori, des éléments permettant de révéler un éventuel risque de partialité d'un arbitre, par exemple les sites internet des principales institutions d'arbitrage, des parties, de leurs conseils et des études dans lesquelles ceux-ci exercent* », tout en reconnaissant qu'il n'était pas question d'attendre des parties « *qu'elles se livrent à un dépouillement systématique et approfondi de toutes les sources se rapportant à un arbitre déterminé* » (77). Faute d'avoir effectué les recherches appropriées et en « *choisissant* » ainsi « *de rester dans l'ignorance* », la partie pouvait perdre le droit d'invoquer le motif de récusation en application du principe de la bonne foi procédurale qui implique en l'espèce que « *le droit d'invoquer le moyen tiré de la composition irrégulière du tribunal arbitral se périmé si la partie ne le fait pas valoir immédiatement* », notamment en cas d'issue défavorable (78). Par ailleurs, la jurisprudence suisse ne considère pas que la violation par un arbitre de son obligation de révélation est en soi un motif de récusation (79), ni même un facteur pertinent dans l'appréciation de son indépendance ou impartialité (80). Récemment, le Tribunal fédéral a atténué le devoir de curiosité des parties sur un plan temporel, en considérant que ce devoir vaut de manière stricte au début de l'arbitrage et qu'il est amoindri par la suite notamment en ce sens que l'on « *ne saurait exiger d'une partie qu'elle poursuive ses recherches sur internet tout au long de la procédure arbitrale, ni, a fortiori, qu'elle scrute les messages publiés sur les réseaux sociaux par les arbitres au cours de l'instance arbitrale* » (81). Cette précision a été donnée dans l'arrêt *Sun Yang* dont nous parlerons plus en détail ci-dessous (82).

(77) Arrêt 4A_318/2020 du 22 décembre 2020, c. 6.5.

(78) Arrêt 4A_318/2020 préc., c. 6.1. ; ATF 136 III 605, c. 3.2.2 ; arrêts 4A_110/2012 du 9 octobre 2012 c. 2.1.2 ; 4A_506/2007 du 20 mars 2008 c. 3.1.2.

(79) Arrêt 4P.188/2001 du 15 octobre 2001, c. 2.f, *Bull. ASA*, 2002.321, 327.

(80) G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration — Law and Practice in Switzerland*, préc., n° 4.163-4.165 et les références.

(81) Arrêt 4A_318/2020 du 22 décembre 2020, c. 6.5. Pour la situation en France, v. not. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., n° 746 ; tout récemment, v. ég. l'affaire *PT Ventures SGPS S.A. c/ Vidatel Ltd. et a.* (Paris - Chambre commerciale internationale, 26 janvier 2021, préc.).

(82) Arrêt 4A_318/2020, préc. ; v. *infra* II.H., pp. 44-45.

D) Récusation et révocation des arbitres

Les art. 180, 180a et 180b LDIP régissent la récusation et la révocation des arbitres.

L'art. 180 LDIP, qui concerne les motifs de récusation, a été modifié sur un plan rédactionnel, sans que le contenu en soit affecté. En particulier, l'art. 180 al. 1 let. c prévoit que la récusation peut être prononcée lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de l'indépendance ou de l'impartialité de l'arbitre. Autrefois, seule la notion d'indépendance était expressément mentionnée dans cette disposition, mais la jurisprudence avait considéré que le manque d'impartialité était aussi un motif de récusation (83).

L'art. 180a LDIP établit dans la loi la « *procédure de récusation* », qui est calquée sur la procédure prévue en matière d'arbitrage interne (art. 369 al. 2 et 3 CPC). La nouvelle disposition assure une réglementation exhaustive dans la LDIP et évite un renvoi au CPC sur ce point.

La procédure de récusation est usuelle. Elle prévoit que, sauf procédure contraire prévue par les parties, la demande de récusation doit être adressée dans un premier temps à l'arbitre dont la récusation est demandée, ainsi qu'aux autres arbitres, dans un délai de 30 jours dès la connaissance du motif de récusation ou dès le moment où la partie « *aurait pu en prendre connaissance si elle avait fait preuve de la diligence requise* » (ce qui nous ramène au devoir de curiosité décrit plus haut). Si l'arbitre ne démissionne pas spontanément, la partie dispose d'un délai de 30 jours — à partir du dépôt de la demande de récusation — pour demander au juge (du canton du siège de l'arbitrage) la récusation de l'arbitre (84).

(83) Message, p. 31, se référant à l'affaire *Valverde*, ATF 136 III 605, c. 3.2. V. aussi le c. 3.3.1 de cet arrêt, avec les références.

(84) On peut noter ici que le texte de l'art. 369 al. 3 CPC a été modifié sur un point à l'occasion de la réforme de 2021, et repris avec cette modification à l'art. 180a al. 2 LDIP : il n'est plus fait mention dans ces textes de l'éventuelle prise de position de l'arbitre dont la récusation est demandée. Dans sa version en vigueur avant le 1^{er} janvier 2021, l'art. 369 al. 3 CPC disposait que « [s]i l'arbitre conteste sa récusation, la partie requérante peut demander [au juge de statuer] dans les 30 jours... », prévoyant ainsi que la prise de position de l'arbitre déterminait le point de départ du délai pour le dépôt de la demande de récusation auprès du juge. Tels que rédigés à présent, les art. 369 CPC et 180a LDIP ne prennent pas en compte la réaction de l'arbitre mis en question dans l'articulation des étapes de la procédure de récusation, et ne prévoient pas non plus, par exemple, que l'arbitre doive se prononcer dans un délai précis, avec le risque pour la partie requérante d'entreprendre des démarches inutiles si l'arbitre accepte de se déporter dans les 30 jours à partir du dépôt de la demande de récusation.

L'art. 180b LDIP permet également de saisir le juge (du canton du siège de l'arbitrage) pour demander la « révocation » de l'arbitre « *lorsqu'un arbitre n'est pas en mesure d'accomplir ses tâches en temps utile ou ne s'en acquitte pas avec la diligence requise* », ce qui fera assurément l'objet d'une interprétation restrictive par la jurisprudence.

Dans les deux hypothèses de récusation et de révocation, les art. 180a et 180b LDIP précisent que le juge « *statue définitivement* ». Le juge est ici le juge cantonal du siège de l'arbitrage et non pas le Tribunal fédéral qui est compétent en cas de recours ou de révision contre la sentence (ni un « *juge d'appui fédéral* », dont la création a été discutée dans le cadre de la révision de la loi, mais refusée (85)). La précision selon laquelle la décision du juge cantonal est « *définitive* » mérite quelques explications. Elle implique que la décision du juge n'est pas susceptible d'un recours immédiat devant le Tribunal fédéral. En revanche, elle ne signifie pas nécessairement que la récusation ou la révocation ne pourra pas être revue par la suite, indirectement, dans le cadre d'un recours contre la sentence. Cette faculté est expressément réservée en matière d'arbitrage interne par l'art. 369 al. 5 CPC qui prévoit que « [l]a décision [du juge] sur récusation ne peut être revue qu'à la faveur d'un recours [au Tribunal fédéral] contre la première sentence attaquant » (86). Ainsi, si le juge cantonal refuse (par hypothèse à tort) de prononcer la récusation ou la révocation d'un arbitre, la partie ayant demandé la récusation ou la révocation devrait pouvoir, selon nous, demander l'annulation de la sentence sur le fondement de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP (irrégularité de la composition du tribunal arbitral) (87).

(85) V. *infra*, III.C.

(86) L'art. 370 al. 3 CPC prévoit la même règle en matière de révocation.

(87) S. Besson, « Réflexions sur la jurisprudence suisse récente rendue en matière d'arbitrage international », *Bull. ASA*, 2003.463, 470-472, critiquant la jurisprudence contraire du Tribunal fédéral (ATF 128 III 330 du 3 juillet 2002, qui revenait sur une décision antérieure allant dans le sens de la position exprimée ici), encore confirmée par la suite (ATF 138 III 270 du 2 mai 2012). Également critiques, J.-F. Poudret et S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, préc., n° 791, G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, préc., n° 4.156, avec les références ; M. Orelli, « Article 180 PILS », n° 36, in M. Arroyo (éd.), *Arbitration in Switzerland – The Practitioner's Guide*, 2^e éd., Kluwer, 2018, ajoutant (en accord avec B. Berger et F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, préc., n° 915), que la décision sur récusation ou révocation doit pouvoir être revue dans le cadre d'un recours contre la sentence si un motif de recours visant la *procédure* ayant mené à cette décision (par ex., la violation du droit d'être entendue de la partie ayant demandé la récusation ou la révocation), par opposition à son *résultat*, devait être invoqué devant le Tribunal fédéral.

La situation serait différente en cas *d'admission* (par hypothèse erronée) d'une demande de récusation ou de révocation, faute pour la partie concernée de pouvoir établir un véritable préjudice procédural, en tout cas si elle a pu nommer un nouvel arbitre en lieu et place de l'arbitre récusé ou révoqué (88). Il est regrettable que le législateur n'ait pas saisi l'occasion de la réforme pour introduire une règle semblable à celle de l'art. 369 al. 5 CPC, qui aurait permis un contrôle indirect, d'autant plus que le Tribunal fédéral semble considérer qu'il y a sur ce point une différence entre le régime de la LDIP et le régime de l'arbitrage interne (89).

E) Concours du juge d'appui

Le chapitre 12 LDIP a favorisé et développé la notion « d'assistance » du juge en matière d'arbitrage, ce qui a donné naissance, en doctrine, à l'expression imagée de « *juge d'appui* » (90). Au-delà des cas de nomination, de récusation et de révocation, le juge d'appui peut ainsi apporter son « concours » pour rendre effectives des mesures provisoires ordonnées par le tribunal arbitral (art. 183 al. 2 LDIP) (91), pour prendre des mesures d'administration de la preuve (art. 184 al. 2 LDIP) ou pour assister dans « *d'autres cas* » (art. 185 LDIP).

La réforme de 2021 a maintenu ce rôle d'assistance du juge suisse et l'a renforcé sur certains points.

En matière de mesures provisoires, l'art. 183 al. 2 LDIP révisé précise que le concours du juge peut être requis par le tribunal arbitral « *ou une partie* ». Autrefois, le texte légal ne mentionnait que le tribunal arbitral, ce qui était trop restrictif. La doctrine avait déjà admis la possibilité pour l'une des parties de saisir le

(88) S. Besson, « Réflexions sur la jurisprudence suisse récente rendue en matière d'arbitrage international », préc., p. 472.

(89) V. ATF 141 III 444 du 28 septembre 2015, c. 2.2.4.2.

(90) V. not. P. Lalive, J.-F. Poudret et C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, préc., *passim*, et not. ad art. 185 LDIP, n° 1-2. Alors que le texte de la LDIP ne contient pas cette expression, le législateur français l'a « empruntée » à la pratique suisse pour l'adopter lors de la réforme de 2011, (cf. art. 1451-1458, 1460-1461, 1463 et 1505 CPC français ; E. Gaillard et P. De Lapasse, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Cah. arb.*, 2011.263, 270).

(91) Le juge suisse est par ailleurs compétent pour prendre directement des mesures provisoires, ce qu'il ne faut pas confondre avec le rôle d'assistance prévu à l'art. 183 al. 2 LDIP, comme le relève notamment le Message (p. 33).

juge sur le fondement de l'art. 183 al. 2 LDIP (92). Le Message indique ainsi que le nouveau texte ne fait que « *préciser cette possibilité* » (93).

En matière d'administration des preuves, le nouvel art. 184 al. 3 LDIP prévoit que le juge suisse d'appui « *applique son propre droit* » mais il ajoute que « *[s]ur demande, il peut observer ou prendre en considération d'autres formes de procédures* ». Cette formule reprend celle déjà prévue à la disposition générale de l'art. 11a al. 2 et 3 LDIP concernant les actes d'entraide judiciaire en Suisse. La consécration expresse de l'expression « *d'autres formes de procédures* » en matière d'aide judiciaire à l'administration de la preuve en arbitrage a toutefois une certaine portée car les conditions du recours à ces « *autres formes de procédures* » sont moins strictes que celles posées à l'art. 11a al. 2 et 3 LDIP (94). Néanmoins, le Message indique que « *[s]i la convention d'arbitrage prévoit des procédures générales ou d'administration des preuves relevant du droit interne ou étranger* », le juge d'appui suisse « *peut les appliquer ou les prendre en compte*

(92) Cf. par ex., S. Berti, « Artikel 183 IPRG », n° 16, in H. Honsell, N. P. Vogt, A. Schnyder, S. Berti (éd.), *Internationales Privatrecht - Basler Kommentar*, 2^e éd., Helbing, 2007. Certains auteurs, dont J.-F. Poudret et S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, préc., n° 637 ; G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration — Law and Practice in Switzerland*, préc., n° 6.136 (note 172), et A. Bucher, « Article 183 LDIP », n° 12, in A. Bucher (éd.), *Commentaire romand LDIP*, préc., avaient mis en lumière les difficultés pouvant résulter de cette restriction pour le tribunal arbitral. Suite à l'adoption de l'art. 374 al. 2 CPC, prévoyant que les parties, avec l'assentiment du tribunal, peuvent saisir le juge d'une requête en exécution d'une ordonnance arbitrale sur mesures provisoires, plusieurs auteurs s'étaient exprimés en faveur d'une interprétation de l'art. 183 al. 2 LDIP allant dans le même sens (par ex., T. Göksu, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Dike, 2014, n° 1941 ; Ch. Boog, « Interim Measures in International Arbitration », in M. Arroyo (éd.), *Arbitration in Switzerland — The Practitioner's Guide*, 2^e éd., Kluwer, 2018, n° 36). A noter que, tel que révisé, le texte de l'art. 183 al. 2 LDIP est maintenant plus libéral que celui de l'art. 374 al. 2 CPC, puisqu'il n'exige pas l'assentiment du tribunal arbitral.

(93) Message, p. 33.

(94) L'art. 11a al. 2 et 3 LDIP disposent, d'une part (al. 2), que des formes de procédure étrangères peuvent être observées ou prises en considération à la demande des autorités requérantes, « *si cela est nécessaire pour faire reconnaître un droit à l'étranger et qu'aucun juste motif tenant à l'intéressé ne s'y oppose* », et, d'autre part (al. 3), que « *lorsqu'une procédure conforme au droit suisse mais non reconnue à l'étranger empêcherait d'y admettre une prétention juridique digne de protection* », le juge d'appui (ou autre autorité compétente) peut « *établir des documents officiels ou recevoir la déclaration sous serment d'un requérant selon les formes du droit étranger* ».

selon sa libre appréciation sur demande des parties » (95). A notre avis, la formule utilisée dans le Message est trop restrictive. Les procédures étrangères pourraient entrer en ligne de compte même si elles n'ont pas été prévues par la convention d'arbitrage ; par ailleurs, il suffit que l'une des parties en fasse la demande et il n'est pas nécessaire que la demande émane « *des parties* » (ce que l'art. 184 al. 2 LDIP a expressément clarifié). En dépit de cette amélioration, il est difficile de voir dans quelles situations concrètes le juge suisse chargé de prêter son concours à l'administration de la preuve pourrait devoir recourir à des procédures étrangères (96). D'une manière générale, il est à notre connaissance rare de recourir au juge d'appui en matière d'administration des preuves ; il sera plutôt demandé à l'arbitre lui-même de tirer les conséquences négatives d'un manque de coopération en matière de preuve. Nous n'avons par exemple jamais rencontré de tentative d'exécution forcée en Suisse d'une ordonnance de production de pièces rendue par un tribunal arbitral. La demande de convocation par le juge suisse d'un témoin récalcitrant est en revanche une mesure parfois employée (97).

La véritable nouveauté en matière d'assistance du juge est prévue par le nouvel art. 185a LDIP, qui pose le principe du concours du juge suisse à des procédures arbitrales étrangères. Plus spécifiquement, le concours du juge suisse en matière de mesures provisionnelles et d'administration des preuves est désormais ouvert à un tribunal arbitral « *siégeant à l'étranger* » ou à « *une partie à une procédure arbitrale étrangère* » (avec la précision que, en matière de preuves, la partie doit agir « *d'entente* » avec le tribunal arbitral). Cet accès direct au juge d'appui suisse

(95) Message, p. 34.

(96) L. Raess, « Court Assistance in the Taking of Evidence – Switzerland's Way Forward », *SRIEL*, 2020.27, pp. 34-42, mentionne les exemples de la cross-examination de témoins, et d'une décision ordonnant le dépôt de witness statement(s), deux mesures probatoires qui ne sont pas reconnues dans le CPC suisse. Il souligne toutefois que le juge d'appui suisse sera vraisemblablement réticent à administrer de telles mesures, surtout si le tribunal arbitral a son siège en Suisse, auquel cas il apparaîtra vraisemblablement préférable d'ordonner que les mesures requises soient administrées par les arbitres eux-mêmes.

(97) Pour deux exemples, v. « Genève, Tribunal de première instance, Ordonnance du 24 février 2016 prévoyant la comparution d'un témoin » et « Genève, Tribunal de première instance, Citation d'un témoin, le 9 février 2015 », reproduits dans S. Thorens-Aladjem, « Le juge d'appui en matière d'arbitrage interne et international », *ASA Bull.*, 2017.530, pp. 546-547.

est plus efficace que le mécanisme d'entraide judiciaire internationale qui présuppose une décision d'un juge appui étranger (98). La seule condition pour obtenir le concours du juge est que la mesure provisionnelle ou d'administration doive être exécutée au lieu du juge saisi.

Cette nouvelle disposition n'est pas sans rappeler celles déjà existantes dans d'autres lois d'arbitrage, notamment la loi anglaise (sections 43 et 44, en lien avec la section 2(3) de l'*Arbitration Act*), la loi allemande (art. 1025 al. 2, 1041 al. 2 et 1050 du *ZPO* allemand), ou encore, en matière de preuves, le 28 *US. Code* § 1782 aux Etats-Unis (dont l'applicabilité aux tribunaux arbitraux n'est toutefois pas acceptée par toutes les *circuit courts* (99)). L'art. 185a LDIP pourrait trouver application, par exemple, lorsqu'une banque suisse est impliquée directement ou indirectement dans le litige.

Pour terminer, mentionnons que le législateur n'a pas modifié l'art. 185 LDIP qui prévoit, de façon très large et laconique, que « [s]i l'aide de l'autorité judiciaire est nécessaire dans d'autres cas [que la mise en œuvre des mesures provisoires ordonnées par le tribunal ou l'administration des preuves], on requerra le concours du juge du siège du tribunal arbitral ». Le législateur n'a ainsi pas résolu la controverse doctrinale de savoir si cette disposition pouvait permettre, dans certains cas, de s'adresser au juge d'appui pour obtenir la consolidation de plusieurs procédures arbitrales (100). Ce concours « dans d'autres cas » ne paraît pas possible lorsque la procédure arbitrale est à l'étranger car l'art. 185a LDIP limite expressément son champ d'application aux mesures d'assistance en matière de mesures provisoires et d'administration des preuves.

(98) Message, pp. 34-35.

(99) Cette question devrait maintenant être résolue par la Cour suprême des Etats-Unis, dans l'affaire *Servotronics, Inc. v. Rolls-Royce PLC et al.*, No 19-1847, où la demande d'ordonnance de *certiorari* sur ce point a été accueillie le 22 mars 2021 <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/qp/20-00794qp.pdf>

(100) J. Knoll, « Article 185 PILS », n° 18, in M. Arroyo (éd.), *Arbitration in Switzerland — The Practitioner's Guide*, préc., et les références.

F) Rectification et interprétation des sentences ; sentence additionnelle

Avant la réforme de 2021, le chapitre 12 LDIP ne prévoyait aucune règle sur la rectification et l'interprétation des sentences, ou sur le prononcé d'une sentence additionnelle portant sur une prétention émise devant les arbitres mais non tranchée par eux.

La doctrine avait considéré qu'un tribunal arbitral siégeant en Suisse avait le pouvoir de rendre de telles sentences (rectificatrice, interprétative, ou additionnelle) même en l'absence d'un fondement exprès dans la loi et même si la convention d'arbitrage ne prévoyait pas cette possibilité (par exemple en raison d'un renvoi à un règlement d'arbitrage permettant la rectification et l'interprétation de la sentence, ou le prononcé d'une sentence additionnelle) (101). La jurisprudence du Tribunal fédéral avait repris à son compte cette opinion doctrinale. Dans un arrêt de principe, il avait relevé que « *les auteurs qui ont étudié la question admettent de manière concordante que le droit suisse permet au tribunal arbitral, en cas d'arbitrage international en Suisse, d'interpréter sa sentence et de rectifier une inadvertance* » et estimé qu'il n'y « [avait] pas de raison de s'écarter de l'opinion de la doctrine » (102).

Le Tribunal fédéral n'avait pas fixé le régime procédural permettant à une partie d'obtenir une sentence rectificatrice, interprétative ou additionnelle. En particulier, le délai pour requérir une telle sentence n'avait pas été déterminé par la jurisprudence. Certains auteurs avaient proposé d'appliquer par analogie le régime prévu en matière d'arbitrage interne, dont l'art. 388 al. 2 CPC prévoit un délai relatif de 30 jours dès la « *découverte de l'erreur, des passages à interpréter ou des compléments à apporter* » et un délai absolu d'une année dès la « *notification de la sentence* » (103). D'autres avaient proposé d'appliquer par analogie le délai de 30 jours prévu pour le recours en annulation contre la sentence (104).

(101) Parmi d'autres : J.-F. Poudret et S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, préc., n° 762, avec les références ; P. Lalive, J.-F. Poudret et C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, préc., art. 191 LDIP, n° 6.

(102) ATF 126 III 524, c. 2a et les références. V. également ATF 137 III 85, c. 1.2 sur le pouvoir du tribunal arbitral de rendre une sentence additionnelle.

(103) B. Berger et F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, préc., n° 1525.

(104) A. Heini, « Art. 190 IPRG », n° 63, in D. Girsberger et al. (éd.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, Schulthess 2004.

Le nouvel art. 189a LDIP consacre désormais de façon expresse le pouvoir du tribunal arbitral de rectifier et d'interpréter ses sentences, ou de rendre une sentence additionnelle. Il n'apporte pas un changement de fond puisque ce pouvoir existait déjà mais clarifie le régime procédural, notamment le délai pour demander une telle sentence.

Sur ce dernier point, l'art. 189a al. 1 LDIP a opté pour la solution d'un délai unique de 30 jours dès la communication de la sentence. Le législateur a sciemment écarté le double délai relatif et absolu prévu en matière d'arbitrage interne. Selon le Message, un délai unique de 30 jours serait préférable « *pour des raisons de célérité* » et conforme à « *l'usage international* » (105).

L'art. 189a al. 1 LDIP précise que le régime légal s'applique « *sauf convention contraire* », de sorte que les principes (et délais) prévus dans le règlement d'une institution d'arbitrage prévaudront sur ceux de la loi. Il est aussi précisé que le tribunal arbitral peut « *de son propre chef et dans le même délai* » de 30 jours rectifier ou interpréter la sentence ou rendre une sentence additionnelle.

Sous l'empire de l'ancien droit, la jurisprudence avait clarifié la nature de la sentence rectificatrice, interprétative ou additionnelle, ainsi que l'articulation de cette voie de droit relevant de la compétence de l'arbitre avec le recours en annulation devant le Tribunal fédéral (106). En particulier, le Tribunal fédéral avait jugé que ces voies de droit « *coexistent* » et ne doivent en principe pas « *interférer* » l'une avec l'autre, ce qui implique notamment que « *le dépôt d'une requête en correction de la sentence initiale ne suspendra pas le délai pour recourir contre cette sentence* » (107). En outre, la sentence rectificatrice, interprétative ou additionnelle pourra elle-même faire l'objet

(105) Message, p. 36.

(106) ATF 131 III 164 (en rapport avec une demande de correction); ATF 130 III 125 (en rapport avec une requête d'interprétation); ATF 137 III 85 (en rapport avec, entre autres, une sentence additionnelle).

(107) ATF 131 III 164, c. 1.2.4. V. également l'ATF 137 III 85, c. 1.2, ajoutant, par rapport à une demande de sentence additionnelle, que « *la possibilité d'interjeter un recours contre la sentence au motif que le tribunal arbitral a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande (art. 190 al. 2 let. c, seconde hypothèse, LDIP) ne doit pas empêcher la partie de s'adresser au tribunal arbitral afin qu'il prononce une sentence additionnelle qui pourrait rendre le recours sans objet; il conviendra toutefois, en pareille hypothèse, de suspendre la procédure de recours jusqu'à droit jugé sur la demande tendant à ce que le tribunal rende une sentence additionnelle* ».

d'un recours en annulation devant le Tribunal fédéral mais uniquement pour un vice qui l'affecte directement et non pas pour un vice affectant la sentence originelle (108).

Cette jurisprudence a été codifiée à l'art. 189a al. 2 LDIP.

G) Recours contre la sentence

Le régime du recours contre la sentence — on dirait en France le « *recours en annulation* » — est resté inchangé en ce qui concerne les motifs permettant « d'attaquer » la sentence et énoncés à l'art. 190 al. 2 LDIP. Ces motifs sont très restrictifs et mêmes plus restreints que ceux de l'art. 1520 du CPC français (109).

L'art. 190 LDIP n'a été modifié que sur un point par l'adjonction d'un nouvel alinéa 4 précisant le délai de recours qui est de « *30 jours à compter de la communication de la sentence* ». Ce délai reste inchangé mais il est désormais expressément indiqué dans la LDIP alors qu'il fallait auparavant examiner la LTF pour l'identifier (110).

L'unique instance de recours demeure le Tribunal fédéral (111). La procédure devant le Tribunal fédéral est régie par les règles ordinaires de la LTF — adaptées sur certains points à l'arbitrage (112) — en vertu du renvoi de l'art. 191 LDIP, et la procédure n'a pas été modifiée, sous réserve des deux exceptions indiquées ci-dessous.

On relèvera d'emblée que les règles régissant la procédure de recours ne sont pas anodines et ont un impact important sur

(108) ATF 131 III 164, c. 1.2.3. et 1.2.4.

(109) S. Besson, « Le recours contre la sentence en droit suisse », *Rev. arb.*, 2018.99, pp. 108-113.

(110) Art. 100 al. 1 LTF. La consécration du délai dans la LDIP ne change pas sa nature. Le délai ne peut pas être prolongé (art. 47 al. 1 LTF) et il est soumis aux règles générales de la LTF, notamment aux règles prévoyant des fêtes judiciaires pendant certaines périodes de l'année (durant lesquelles les délais devant le Tribunal fédéral sont suspendus, cf. art. 46 LTF) et à celles relatives à la computation des délais (notamment les art. 44 et 48 LTF), cf. Message, p. 36. Sur la computation et l'observation du délai de recours devant le Tribunal fédéral, v. not. G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration — Law and Practice in Switzerland*, préc., n° 8.39-8.41.

(111) Art. 191 LDIP.

(112) Art. 77 LTF.

l'étendue du contrôle judiciaire. En particulier, le Tribunal fédéral ne revoit pas les faits et se fonde uniquement sur les faits tels que « constatés » par le tribunal arbitral, même en ce qui concerne la compétence arbitrale (113). Il y a sur ce point une différence majeure avec la jurisprudence française qui revoit librement la compétence de l'arbitre « *en fait et en droit* » (114) et même, à ce que nous croyons comprendre, qui permet aux parties de compléter les faits et les preuves au stade du recours devant la Cour d'appel (115).

Les deux modifications apportées aux règles définissant le régime procédural du recours figurent à l'art. 77 LTF.

La première (art. 77 al. 1 LTF) prévoit que le recours est recevable « *indépendamment de la valeur litigieuse* ». Cette précision ne modifie pas le régime précédent mais l'exigence d'une valeur litigieuse minimale (telle que prévue, à l'art. 74 LTF, pour les autres matières de la compétence du Tribunal fédéral) était controversée en doctrine. La majorité des auteurs faisaient à juste titre valoir qu'une recevabilité du recours conditionnée à une valeur litigieuse minimale posait un problème théorique dans la mesure où elle consacrait l'idée d'un arbitrage soustrait à tout contrôle étatique (116). Le Tribunal fédéral n'avait pas eu à trancher la controverse, qui a maintenant été résolue par la modification du texte légal.

La seconde modification est plus spectaculaire, et controversée. Elle prévoit que les mémoires au Tribunal fédéral « *peuvent être rédigés en anglais* » (art. 77 al. 2bis LTF).

(113) S. Besson, « Le recours contre la sentence en droit suisse », préc., pp. 108-111. Pour le contrôle de la compétence arbitrale, le Tribunal fédéral considère par ailleurs que l'examen de la volonté « réelle » des parties de conclure une convention d'arbitrage (par opposition à la volonté « hypothétique » lorsque la volonté réelle ne peut pas être établie) est une question de fait qui échappe ainsi à tout contrôle judiciaire en Suisse. Critiquant cette jurisprudence, cf. parmi d'autres, M. Stojiljkovic, « Arbitral Jurisdiction and Court Review: Three Swiss Federal Supreme Court Decisions to Reconsider », *ASA Bull.*, 2016.897, spéc. pp. 897-902.

(114) S. Besson, « Le recours contre la sentence en droit suisse », préc., pp. 110-111, et les références.

(115) Cass. civ. 1^{re}, 19-15.396, *Schooner Capital LLC, Atlantic Investment Partners LLC, M. Vincent Ryan c/ République de Pologne*, 2 décembre 2020, en somm. in *Rev. arb.*, 2020.1223, note P. Duprey, à paraître in *Rev. arb.*, 2021, n° 2.

(116) Message, p. 39 et les références. V. aussi G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration — Law and Practice in Switzerland*, préc., n° 8.42-8.45.

Comme le souligne le Message, le Tribunal fédéral faisait jusqu'ici preuve de « tolérance » en n'exigeant pas que les parties fournissent une traduction de la sentence et des pièces rédigées en anglais en cas de recours devant lui (117). Désormais, les parties pourront rédiger leurs « mémoires » en anglais et ainsi utiliser l'anglais devant le Tribunal fédéral. Comme le relève le Message, « *il faut comprendre les mémoires au sens large, comme incluant tous les documents remis au tribunal [c'est-à-dire le Tribunal fédéral]* » (118).

Cette faculté ne signifie pas que la procédure devant le Tribunal fédéral sera conduite en anglais, le Tribunal fédéral continuant à faire usage d'une des langues nationales suisses, y compris pour rendre ses décisions (119).

On peut ajouter que l'art. 77 al. 2bis LTF s'applique aussi bien à l'arbitrage international qu'à l'arbitrage interne.

La faculté de rédiger des mémoires en anglais devant le Tribunal fédéral a été vivement débattue et a donné lieu à des critiques (120). Le Message justifie cette adjonction par les « *économies des frais de traduction* » qui profiteraient aux parties. Il faut en réalité y voir une volonté du législateur et de la communauté arbitrale suisse de manifester par un geste symbolique fort la bienveillance — pour ne pas dire la ferveur — helvétique en matière d'arbitrage.

Nous sommes mitigés sur l'opportunité de cette innovation. Celle-ci manifeste assurément une ouverture d'esprit et de confiance à l'égard des usagers étrangers et de leurs conseils qui ne se trouveront pas confrontés à une langue étrangère (entendons une langue nationale suisse) au stade de la rédaction du recours alors que tout l'arbitrage s'est déroulé en anglais. Elle pourrait toutefois être un cadeau empoisonné en donnant l'illusion à

(117) Message, p. 40. Cf. G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration — Law and Practice in Switzerland*, préc., n° 8.79.

(118) Message, p. 40.

(119) Message, p. 40 ; cf. l'art. 54 LTF. A ce sujet v. G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration — Law and Practice in Switzerland*, préc., n° 8.129.

(120) Message, p. 17, relevant que le Tribunal fédéral lui-même s'était montré critique à l'égard de cette proposition lors de la consultation publique sur l'Avant-projet (v. aussi Rapport de consultation, n° 3.18 ; v. ég. F. Dasser, « Revision of Chapter 12 of the PILA or Why and How to Modernize a (Still) Modern Law? », *préc.*, retraçant l'évolution du débat entre les deux chambres du Parlement sur ce point, pp. 11-14).

certains que, la barrière de la langue étant tombée, ils pourront procéder devant le Tribunal fédéral sans le soutien d'avocats suisses rompus aux rigueurs de cette voie de recours. Une telle attitude serait risquée et il ne faudra pas attendre du Tribunal fédéral la moindre tolérance à l'égard de recours qui ne respecteraient pas les règles procédurales, au seul motif que l'acte est rédigé en anglais et émane d'un avocat étranger (121). Nous craignons donc quelques désillusions, mauvaises expériences, voire incompréhensions entre les avocats étrangers et le Tribunal fédéral, ce dernier pouvant se montrer implacable à l'égard du recourant ; de longs recours pourraient être écartés en quelques lignes au motif qu'ils seront jugés appellatoires et donc irrecevables.

La réforme de 2021 a également adapté la forme applicable à la renonciation à recourir prévue à l'art. 192 al. 1 LDIP. Auparavant, cette disposition exigeait une « *déclaration expresse* » de renonciation exprimée dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur. Le nouveau droit a supprimé l'adjectif « *expresse* » et précise que la convention de renonciation doit « *satisfaire aux conditions de forme de l'art. 178, al. 1* », ce qui consacre la forme « *unifiée* » décrite ci-dessus (122), applicable également à la déclaration d'*opting-in/out*. On peut se demander si cette modification est purement cosmétique ou si elle entraînera un assouplissement des exigences applicables à la renonciation au recours. En particulier, on peut s'interroger sur la persistance de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui dénie la validité d'une renonciation *indirecte* au recours, c'est-à-dire une renonciation résultant uniquement d'un règlement d'arbitrage auquel il est fait référence dans la clause arbitrale (123). Cette jurisprudence mentionne notamment l'exigence d'une renonciation « *expresse* » pour aboutir à ce résultat. Toutefois, cet élément n'est pas la seule raison qui justifie de ne pas admettre une renonciation indirecte

(121) C'est le lieu de rappeler que les avocats étrangers répondant aux exigences de l'art. 40 LTF en conjonction avec les dispositions pertinentes de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/153/fr>) peuvent procéder librement devant le Tribunal fédéral. Cela vaut notamment pour les avocats habilités à exercer dans un Etat membre de l'UE ou de l'AELE sous un titre correspondant à celui d'avocat en Suisse, mais pas pour les avocats de pays non-membres de l'UE ou de l'AELE, sous réserve d'une autorisation à pratiquer la représentation en justice en Suisse en vertu d'un traité international.

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

(123) Cf. ATF 133 III 235, c. 4.3.1 ; ATF 116 II 639, c. 2c ; v. aussi B. Berger et F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, préc., n° 1853-1858.

au recours. Les conséquences juridiques importantes de la renonciation au recours expliquent également le refus d'admettre une renonciation indirecte au recours, de telle sorte que ce n'est pas la seule exigence d'une déclaration expresse qui guide le Tribunal fédéral sur cette question (124). Nous estimons ainsi que le changement linguistique à l'art. 192 al. 1 LDIP n'entraîne pas de changement de fond et que la jurisprudence actuelle — au demeurant abondante sur la question (125) — demeure pertinente malgré l'adaptation du texte de l'art. 192 al. 1 LDIP.

H) Révision

De façon analogue au droit français, la révision est une voie de recours extraordinaire qui permet, dans des circonstances exceptionnelles, d'annuler une décision entrée en force (126). Les motifs de révision peuvent être liés à la découverte, après coup, de faits pertinents ou de moyens de preuve concluants ou à la constatation que la sentence a été influencée par un crime ou un délit pénal.

Avant la réforme, la LDIP ne prévoyait aucune disposition expresse sur la révision des sentences arbitrales. Le Tribunal fédéral y avait vu une lacune proprement dite, qu'il a comblée par voie prétorienne en considérant que « *la révision des sentences arbitrales au sens de l'art. 176 ss LDIP s'impose comme une conséquence de l'état de droit* » (127). Il a également considéré qu'il devait lui-même se désigner comme « *autorité judiciaire compétente pour connaître de la révision* », laquelle ne peut conduire qu'à l'annulation de la sentence ainsi attaquée, le tribunal arbitral (ou, cas échéant un nouveau tribunal arbitral à constituer) demeurant seul compétent ensuite pour statuer à

(124) Cf. G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration — Law and Practice in Switzerland*, préc., n° 8.59 ; ATF 133 III 235, c. 4.3.2.3. V. aussi ATF 116 II 639, c. 2c.

(125) Outre les arrêts déjà mentionnés, v. par ex. 4A_414/2012 du 11 décembre 2012, c. 1.2 ; 4A_464/2009 du 15 février 2010, c. 3.1.2 ; 4A_18/2007 du 6 juin 2007, c. 3 ; 4P.62/2004 du 1^{er} décembre 2004, c. 1.2.

(126) G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration — Law and Practice in Switzerland*, préc., n° 8.206 ss ; Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc. n° 965 s. V. aussi, pour une comparaison entre les régimes de la révision en droit suisse et en droit français, S. Besson, « Le recours contre la sentence en droit suisse », préc., pp. 118-120.

(127) ATF 118 II 199, c. 2c.

nouveau sur le fond (128). Les motifs de révision étaient calqués sur ceux applicables aux jugements du Tribunal fédéral (129). Depuis cet arrêt de principe, de nombreuses décisions ont été rendues sur des demandes de révisions, dont la plupart ont été rejetées (130).

Par « *souci de clarté et de sécurité du droit* », le législateur a incorporé cette création prétorienne dans la LDIP et introduit un article 190a LDIP consacré à la « révision » (131).

L'article 190a al. 1 LDIP énonce les trois motifs de révision recevables, soit a) la découverte après coup de faits pertinents ou de moyens de preuve concluants que la partie n'a pas pu invoquer durant l'arbitrage, étant précisé que ces faits ou moyens de preuve devaient être existants (mais ignorés) et ne peuvent pas être « postérieurs » à la sentence ; b) la preuve (en principe dans le cadre d'une procédure pénale) que la sentence a été influencée au préjudice du recourant par un crime ou un délit ; et c) la découverte après la clôture de la procédure arbitrale et si aucune autre voie de droit n'est ouverte d'un motif de récusation.

Sur ce dernier point, la réforme introduit un changement, qui avait été anticipé et déjà mis en œuvre dans l'arrêt *Sun Yang* précité (132). La jurisprudence avait auparavant laissé ouverte la question de savoir si la voie de la révision permettait de remettre en cause la composition du tribunal arbitral après le prononcé de la sentence et l'expiration du délai de recours en annulation, notamment en cas de découverte subséquente de

(128) *Ibid.*, c. 3.

(129) *Ibid.*, c. 4.

(130) Pour une analyse approfondie du régime de la révision en droit suisse de l'arbitrage international, v. G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, préc., nn° 8.206-8.229. Pour une étude récente de la jurisprudence rendue en la matière, v. C. A. Kunz, « Revision of Arbitral Awards in Switzerland: An Extraordinary Tool or Simply a Popular Chimera? A review of decisions rendered by the Swiss Supreme Court on revision requests over the period 2009-2019 », *Bull. ASA*, 2020.6-31. Le tableau récapitulatif à la fin de cet article montre que, sur la période de plus que 25 ans s'étendant entre la consécration de la révision par la voie prétorienne en 1992 et fin 2019, 40 demandes en révision ont été introduites devant le Tribunal fédéral, mais seulement 3 ont été accueillies. A ces 3 il faut maintenant ajouter l'arrêt *Sun Yang*, 4A_318/2020 du 22 décembre 2020.

(131) Message, p. 37.

(132) Arrêt 4A_318/2020 du 22 décembre 2020, destiné à la publication dans le recueil des arrêts principaux du Tribunal fédéral (ATF).

motifs de récusation existant au moment de la procédure arbitrale (133). Anticipant l'entrée en vigueur du nouveau droit, le Tribunal fédéral a jugé dans l'arrêt *Sun Yang* que « *la découverte, postérieurement à l'expiration du délai de recours contre une sentence arbitrale internationale, d'un motif exigeant la récusation d'un arbitre peut donner lieu au dépôt, devant le Tribunal fédéral, d'une demande de révision de ladite sentence, à la condition que la partie requérante n'ait pas pu découvrir le motif de récusation durant la procédure arbitrale en faisant preuve de la diligence requise, c'est-à-dire de l'attention commandée par les circonstances* » (134).

L'article 190a al. 2 LDIP prévoit le délai pour demander la révision, soit 90 jours dès la découverte du motif de révision et au plus tard 10 ans après l'entrée en force de la sentence, étant précisé que le délai absolu de 10 ans n'est pas applicable dans les cas où la sentence a été influencée au préjudice du recourant par un crime ou un délit (135).

L'article 192 al. 1 LDIP a également été révisé et résout une question controversée liée à la renonciation à l'avance à une demande de révision. Cette renonciation est possible pour le recours en annulation mais il était controversé de savoir si les parties pouvaient en faire de même pour la révision de la sentence (136). Le législateur a réglé la question en optant pour

(133) ATF 143 III 589 c. 3.1 ; ATF 142 III 521 c. 2.3.5 ; arrêts 4A_234/2008 du 14 août 2008 c. 2.1 ; 4A_528/2007 du 4 avril 2008 c. 2.5.

(134) Arrêt 4A_318/2020, préc., c. 4.2.

(135) Cette règle spéciale, résultant à l'époque d'une application analogique de l'art. 124(2)(b) LTF, avait permis la révision de la sentence, rendue 12 ans plus tôt, dans l'affaire dite des Frégates (arrêt 4A_596/2008 du 6 octobre 2009). La procédure de « révision des sentences d'arbitrage international » est désormais expressément réglée dans la LTF, dans un nouvel art. 119a (cf. Message, pp. 37, 40-41).

(136) Le Tribunal fédéral avait exprimé des doutes à cet égard, puis laissé la question ouverte : arrêts 4P.265/1996 du 2 juillet 1997, c. 1a ; 4A_234/2008 du 14 août 2008, c. 2.1. Un pan de la doctrine considérait que, dans la mesure où la loi permettait déjà de renoncer au recours même pour les cas où la sentence violerait l'ordre public (art. 190 al. 2 let. e LDIP), il devait également être possible de renoncer à la révision (v. par ex. B. Berger et F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, préc., nn° 1981-1985 ; v. aussi l'étude de P. Ruch, *Zum Rechtsmittelverzicht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Thèse, Schulthess, 2013, p. 53, avec plus de références). Certains auteurs considéraient toutefois que la renonciation ne devrait pas être admise pour le motif couvert par l'art. 123(1) LTF (une sentence influencée par un crime ou un délit ; v. par ex. Ch. Poncet, « Obtaining revision of "Swiss" International Arbitral Awards: Whence after Thalès? », *SIAR*, 2009.39, 47-48).

une « *solution intermédiaire* » (137). Il admet la renonciation aux mêmes conditions que la renonciation au recours (138) mais uniquement pour les motifs de révision de l'art. 190a al. 1 let. a) et c) LDIP (faits nouveaux ou moyens de preuve concluants ; motifs de récusation découverts après coup). En revanche, les parties ne peuvent pas renoncer par avance à demander la révision au motif que la sentence a été influencée au préjudice du recourant par un crime ou un délit (art. 190a al. 1 let. b) LDIP).

I) Droit transitoire

Les nouvelles dispositions entrent en vigueur immédiatement, soit au 1^{er} janvier 2021 (139). Les conventions d'arbitrage étant des actes juridiques « *produisant leurs effets dans la durée* » au sens de l'article 196 al. 2 LDIP, le nouveau droit sera aussi applicable aux conventions d'arbitrage passées avant le 1^{er} janvier 2021 (140). Le Message donne sur ce point l'exemple des clauses arbitrales contenues dans un acte unilatéral ou celui des nouvelles conditions formelles applicables aux clauses d'exclusion du recours selon l'article 192 al. 1 LDIP, qui seront ainsi soumises au nouveau droit « *même si l'acte juridique a été effectué avant* » (141).

Les voies de recours n'ayant pas changé substantiellement, les questions de droit transitoire ne posent guère de problème à cet égard (142).

(137) Message, p. 37.

(138) Cette renonciation n'est possible que si les parties « *n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement, ni siège en Suisse* » (art. 190a al. 3 et art. 192 al. 1 LDIP), ce qui est plus restrictif que l'art. 1522 al. 1 CPC français, qui permet une renonciation même si les parties ont un rattachement avec la France.

(139) Message, p. 38. V. ég. R. Tettamanti, « Intertemporales Schiedsrecht – Die für die Revision des 12. Kapitels IPRG relevante Übergangsbestimmungen », *ASA Bull.*, 2020.821-841.

(140) Message, p. 38.

(141) *Ibid.*

(142) Le Message ne discute pas du droit transitoire en rapport avec les voies de recours. Il relève, à la p. 39, qu'« *aucune question de droit transitoire ne se pose* » pour les dispositions qui ont repris « *le droit applicable avant la [réforme]* », ce qui est le cas du motif de révision introduit à l'art. 190a let. c LDIP, puisqu'il a été mis en œuvre par le Tribunal fédéral, dans l'affaire *Sun Yang* précitée, avant même l'entrée en vigueur de cette disposition.

Enfin, les compétences nouvelles du juge d'appui sont ouvertes à tout arbitrage présent ou à venir, et le Message précise expressément que, conformément à l'article 197 al. 2 LDIP sur le droit transitoire, les demandes au juge d'appui pourront être formulées « *même lorsqu'elles ont fait l'objet de refus par le passé* » (143).

III. – ABSENCE DE MODIFICATIONS SUR CERTAINS THÈMES

A) Introduction

Au-delà des modifications présentées ci-dessus, les débats sur une réforme de l'arbitrage international en Suisse ont suscité diverses propositions, plus ou moins opportunes. Plusieurs ont été écartées, notamment au motif que le régime ancien avait fait ses preuves et que la jurisprudence était à même de préciser les règles applicables en cas de besoin. Il n'est pas utile de mentionner ici toutes les propositions formulées au cours du processus législatif. Nous nous limiterons à celles qui présentent le plus d'importance pratique ou d'intérêt théorique.

B) Pas de consécration de l'effet négatif de compétence-compétence

C'est le paradoxe du processus de réforme ! Celui-ci avait été mis en œuvre notamment pour examiner — à vrai dire pour éluder — l'initiative Lüscher proposant d'introduire le principe de l'effet négatif de la compétence-compétence en droit suisse de l'arbitrage international. Au final, cet effet négatif de la compétence-compétence n'a pas été adopté.

De façon claire et didactique, le Message rappelle sur ce point la position actuelle de la jurisprudence sur cette question (144). Le Tribunal fédéral établit une distinction selon que le siège de l'arbitrage est à l'étranger ou en Suisse. Dans le premier cas, le juge suisse saisi d'une demande au fond au mépris allégué d'une convention d'arbitrage examinera sa propre compétence — et donc la validité de la convention d'arbitrage — avec un

(143) Message, p. 39.

(144) Message, pp. 13-15.

plein pouvoir d'examen. Dans le second cas, le juge suisse examinera sa compétence selon un examen sommaire. Le récipient est ainsi à moitié plein selon l'expression du Professeur Gaillard (145), en ce sens que le droit suisse consacre l'effet négatif de la compétence-compétence uniquement lorsque le siège de l'arbitrage est en Suisse et donc de façon partielle.

La jurisprudence justifie cette distinction par la possibilité donnée au juge suisse, lorsque le siège est en Suisse, de revoir « *en dernier ressort* » (c'est-à-dire dans le cadre d'un recours en annulation) et avec plein pouvoir d'examen la décision des arbitres sur leur compétence (146). Ce contrôle au stade du recours justifie, selon le Tribunal fédéral, que le juge étatique suisse saisi sur le fond n'examine la question de la validité de la convention d'arbitrage qu'avec un pouvoir d'examen restreint en donnant ainsi une forme de priorité à l'arbitrage. Comme l'a exprimé le Tribunal fédéral, « *si le juge étatique est saisi d'une exception d'arbitrage et que le tribunal arbitral a son siège en Suisse, le juge se limitera à un examen sommaire de l'existence prima facie d'une convention d'arbitrage, afin de ne pas préjuger de la décision du tribunal arbitral sur sa propre compétence* » (147).

A l'inverse, lorsque le siège est à l'étranger, un tel contrôle de la compétence arbitrale par le juge suisse au stade du recours contre la sentence n'est pas possible. Il se justifie alors de ne pas limiter le pouvoir d'examen du juge suisse saisi sur le fond et de le laisser examiner la validité de la convention d'arbitrage librement et non pas seulement *prima facie* (148).

Cette jurisprudence, et plus généralement la question de l'effet négatif de la compétence-compétence, a donné lieu à débats et controverses (149). Nous ne pouvons pas ici nous y attarder.

(145) E. Gaillard, « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », in G. Aksen et al. (éd.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution – Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, pp. 311-326 ; « L'effet négatif de la compétence-compétence », in Haldy et al. (éd.), *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Université de Lausanne, 1999, pp. 387-402.

(146) ATF 121 III 38, c. 2.b.

(147) ATF 122 III 139, c. 2.b.

(148) ATF 121 III 38, c. 2.b.

(149) Message, pp. 14-15 et les références ; v. ég. la doctrine citée *supra*, note 16.

Il suffira de mentionner que le législateur a décidé de maintenir le *statu quo*. Selon le Message, la jurisprudence présente « *malgré les critiques* », une « *solution claire* » et « *semble poser très peu de problèmes en pratique* » (150). Par ailleurs, toujours selon le Message, l'absence de consécration du principe de l'effet négatif de la compétence-compétence n'aura « *aucune incidence négative sur la place d'arbitrage suisse* » (151).

C) Pas de mise en place d'un juge d'appui « national »

Si le contrôle judiciaire de sentences est centralisé devant le Tribunal fédéral, l'intervention du juge d'appui relève d'une juridiction nécessairement cantonale compte tenu de la structure fédéraliste de la Suisse.

Lors du processus législatif, certains ont proposé de créer un juge d'appui national, ou de conférer les attributions du juge d'appui au Tribunal fédéral, ou encore de déléguer ces attributions à une institution d'arbitrage, par ex. la Swiss Chambers Arbitration Institution (SCAI) (152). Dans son Message, le Conseil fédéral examine les avantages et inconvénients de ces propositions. Il reconnaît que la création d'une autorité d'appui nationale et centralisée présenterait des avantages. Ceux-ci ne sont toutefois pas suffisants pour justifier la mise en place d'un système qui irait à l'encontre du fédéralisme traditionnel en Suisse, d'autant que les interventions du juge d'appui semblent peu fréquentes et concernent essentiellement l'arbitrage *ad hoc* (153).

Pour le surplus, il convient de souligner que tout le droit de l'arbitrage est fédéral, comme l'est la procédure civile qui sera appliquée devant le juge cantonal saisi. La situation actuelle ne permet donc pas une centralisation du contentieux mais les règles applicables devant le juge d'appui sont les mêmes partout en Suisse, indépendamment du canton dans lequel le siège de l'arbitrage se situe.

(150) Message, p. 15.

(151) *Ibid.*

(152) Message, pp. 15-16.

(153) Message, p. 16 ; v. ég. déjà « Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international) du 11 janvier 2017 » préc., pp. 13-14.

D) Maintien du régime actuel pour les litiges de droit du travail et de la consommation

Le processus législatif a donné lieu à certaines interventions faisant valoir que l'arbitrage pouvait présenter des risques pour les parties dites faibles, notamment dans les domaines du droit du travail ou de la consommation. Il s'agissait sans doute des thèmes les plus délicats, car les plus sensibles politiquement, et qui auraient pu entraîner des modifications de fond. Celles-ci auraient pu se révéler malencontreuses si elles avaient remis en cause des acquis du droit de l'arbitrage, notamment la définition large de l'arbitrabilité ou la limitation des voies de recours contre la sentence.

Fort heureusement, le législateur a décidé de ne pas modifier le cadre juridique actuel en considérant que les solutions existantes, notamment jurisprudentielles, étaient satisfaisantes.

Le Message y fait référence pour les litiges de droit du travail et du droit de la consommation (154).

Sans entrer dans les détails, on rappellera que les litiges de droit du travail en matière interne ne sont pas inarbitrables en soi, mais que la validité des conventions d'arbitrage est soumise à certaines restrictions. Plus précisément, le critère de l'arbitrabilité est celui de la libre disponibilité selon l'article 354 CPC et le droit matériel suisse du travail limite la libre disponibilité de certaines créances du travailleur en prévoyant que « [l]e travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant des dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective » (155). Le Tribunal fédéral a considéré que cette disposition de droit matériel fixait aussi la limite de l'arbitrabilité en droit interne de l'arbitrage, avec pour conséquence que la clause arbitrale n'était pas opposable au travailleur pour des litiges portant sur des créances résultant de dispositions impératives ou d'une convention collective, et si l'arbitrage a été convenu avant le délai d'un mois suivant la fin des rapports de travail (156). Il en résulte en particulier que l'arbitrage peut être prévu librement par compromis passé un mois après la fin des rapports de travail ou

(154) Message, pp. 17-18.

(155) Art. 341 al. 1 du Code suisse des obligations (CO).

(156) ATF 136 III 467, du 28 juin 2010.

par une clause arbitrale contenue dans le contrat de travail mais, dans ce dernier cas, uniquement pour les litiges non visés par l'article 341 CO. Il en résulte une dissociation peu opportune de compétence entre la compétence de l'arbitre et celle du juge selon la créance en jeu (157).

En matière d'arbitrage international, l'arbitrabilité est définie plus largement par le critère de la « patrimonialité » (article 177 al. 1 LDIP), qui plus est interprété très largement par le Tribunal fédéral, de telle sorte que les litiges de droit du travail sont considérés comme arbitrables en matière internationale (158).

Cette différence entre l'arbitrage interne et international sur cette question de l'arbitrabilité des litiges de droit du travail a donné lieu à d'intéressantes questions en lien avec la faculté pour les parties d'opter — dans un arbitrage interne — en faveur du régime de l'arbitrage international selon l'article 353 al. 2 CPC (159). On s'est en particulier demandé quelles étaient les limites d'une telle option et si cette option pouvait permettre d'élargir l'arbitrabilité des litiges de droit du travail, deux parties suisses pouvant chercher à éluder les restrictions de l'article 354 CPC en soumettant leur arbitrage à la LDIP, et donc au critère plus large de l'article 177 LDIP. Comme pressenti par la doctrine (160), une telle manœuvre ne serait pas admissible. Le Tribunal fédéral a confirmé que des parties suisses ne pouvaient pas, par une internationalisation de leur arbitrage, modifier les règles sur l'arbitrabilité des litiges relevant du droit du travail, et échapper ainsi aux limites posées par l'article 354 CPC en matière d'arbitrage interne (161).

(157) V. par ex. S. Besson, « Les limites au choix du droit applicable à l'arbitrage et au fond en matière interne », préc., pp. 24-25 ; *Id.*, « Sports Arbitration: Which Lessons for Employment Disputes? », in E. Geisinger et E. Trabello-de Mestral (éd.), *Sports Arbitration: A Coach for Other Players?*, Juris, 2015, p. 163.

(158) *Ibid.* V. aussi, par ex., G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration — Law and Practice in Switzerland*, préc., n° 3.46-3.47 et les références.

(159) L'art. 353 al. 2 dispose que : [I]es parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention conclue ultérieurement, exclure l'application du présent titre et convenir que les dispositions du chapitre 12 de la LDIP sont applicables [...] ».

(160) Par ex., S. Besson, « Les limites au choix du droit applicable à l'arbitrage et au fond en matière interne », préc. ; T. Göksu, *Schiedsgerichtsbarkeit*, préc., n° 234 ; 356 et les références.

(161) ATF 144 III 235 du 18 avril 2018, c. 2.2.2 et 2.2.3. V. aussi, plus récemment, ATF 145 III 266, c. 1.3.3.

Les rapports entre l'arbitrage et les litiges du droit de la consommation ont également été évoqués au cours des différentes étapes conduisant à la réforme du droit de l'arbitrage. Comme le rappelle le Message, les litiges résultant de contrats avec des consommateurs sont généralement de nature patrimoniale et arbitrables selon l'article 177 al. 1 LDIP (162). La protection du consommateur peut toutefois intervenir en présence de conditions générales abusives. Ces clauses abusives peuvent, en particulier, être celles qui privent le consommateur de la possibilité de saisir les tribunaux, notamment en le contraignant à se soumettre à l'arbitrage (163).

En définitive et pour les deux thèmes du droit du travail et du droit de la consommation, le Conseil fédéral a estimé que « *la législation actuelle telle qu'elle est appliquée par le Tribunal fédéral est suffisante* » et qu'il « *souhaite s'abstenir à l'heure actuelle de créer des dispositions spéciales pour les litiges en matière de droit du travail et de droit de la consommation* » (164).

E) Pas de régime spécial pour l'arbitrage du sport

Le Tribunal arbitral du sport (TAS), basé à Lausanne, a connu un essor très important depuis sa création en 1984, à telle enseigne que les arbitrages internationaux soumis au TAS surpassent en nombre les arbitrages commerciaux se déroulant par ailleurs en Suisse (165).

Les procédures arbitrales devant le TAS — plus précisément devant les Formations arbitrales du TAS, car le TAS est en réalité l'institution d'arbitrage mettant notamment en œuvre les Formations arbitrales — sont soumises au droit commun de l'arbitrage, c'est-à-dire au Chapitre 12 LDIP en matière internationale, alors même que ce type d'arbitrage — qui s'est véritablement développé dans les années 90 — n'était pas ce que le législateur avait en vue au moment de l'élaboration de la LDIP.

Depuis sa création, le développement du TAS n'a pas été un long fleuve tranquille. Les attaques contre l'indépendance structurelle de cette institution ont été fréquentes. Le caractère

(162) Message, p. 18.

(163) *Ibid.* En Suisse, l'art. 8 de la Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD), dont la doctrine considère qu'il doit être interprété à la lumière de l'art. 3 de la Directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO L 95 du 21 avril 1993, p. 29), protège les consommateurs confrontés à ce type de clauses.

(164) Message, p. 19.

(165) V. les chiffres cités dans le Message, p. 6.

forcé de l'arbitrage imposé aux athlètes et aux clubs par les fédérations nationales ou internationales a également été utilisé à diverses occasions pour tenter de faire plier un système qui a jusqu'ici résisté, grâce à des réformes et au soutien bienveillant du Tribunal fédéral qui a accompagné et en quelque sorte guidé le TAS dans ses adaptations, notamment dans l'arrêt *Gundel* où le Tribunal fédéral a pratiquement donné mandat au TAS de modifier son organisation et fonctionnement pour que les procédures sous ses auspices puissent être considérées en toutes circonstances comme de véritables procédures arbitrales donnant lieu à de véritables sentences arbitrales (166).

L'arbitrage du TAS a également résisté à l'examen effectué par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Mutu & Pechstein* (167). Même si cet examen n'a pas été des plus approfondis, l'arrêt de la Cour appelle des changements pour assurer la légitimité du système arbitral sportif à l'avenir (168).

Notre propos n'est pas ici de nous étendre sur l'arbitrage du TAS, qui fait par ailleurs l'objet de contributions régulières dans cette *Revue* (169). Nous nous limiterons à examiner si le régime légal de l'arbitrage en Suisse est adapté à cette forme particulière d'arbitrage. En effet, le processus de réforme a donné lieu à des tentatives de mettre en place des dispositions particulières pour l'arbitrage sportif afin notamment de mieux tenir compte de son caractère le plus souvent forcé (170).

(166) ATF 119 II 271 du 15 mars 1993. Sur cette décision et son impact sur l'organisation du TAS, v. not. G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, préc., nn° 1.127 et 2.54.

(167) Affaire *Mutu & Pechstein c/ Suisse*, CEDH, Requêtes nos. 40575/10 et 67474/10, Jugement du 2 octobre 2018.

(168) V. not. A. Rigozzi, « Sports Arbitration and the European Convention of Human Rights – Pechstein and Beyond », in Ch. Müller, S. Besson et A. Rigozzi (éd.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2020*, Schulthess, 2020, pp. 77-130.

(169) V. spéc. la « Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive », paraissant une fois par an, dans le n° 3, sous la direction de M. Maisonneuve.

(170) V. not. la prise de position collective de la Swiss Association of Football Players, Fédération internationale des football players, Swiss Association of Icehokey Players et World Association of Icehokey Players Unions, « Stellungnahme der SAFF, FIFPro, SAIP und WAIPU in der Vernehmlassung zur Aenderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) », du 31 mai 2017, reproduite sous https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6017/2/cons_1/doc_8/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6017-2-cons_1-doc_8-fr-pdf-a.pdf (pp. 166-179 du document), et mentionnée sous ch. 4.1 et 4.11 du Rapport de consultation.

Selon le Conseil fédéral, le régime général adopté pour les besoins de l'arbitrage commercial est adapté également à l'arbitrage sportif et il n'y a ainsi pas à le modifier ou à introduire des spécificités dans la loi pour régler ce type d'arbitrage. Ainsi, le Conseil fédéral estime que « *les conditions à l'adoption de prescriptions contraignantes ne sont actuellement pas réunies, d'autant que le cadre de la réforme du chap. 12 de la LDIP n'est pas approprié pour réformer le règlement des différends dans le sport international* » (171), tout en relevant qu'il « *suit l'évolution dans ce domaine avec attention* », et que « *le Tribunal fédéral pourra continuer de veiller en vertu de l'art. 190 LDIP à ce que le TAS conserve l'indépendance requise pour être à égalité avec les tribunaux nationaux, même dans un contexte changeant* » (172).

En l'état, nous partageons l'opinion du Conseil fédéral et considérons que les critiques dirigées contre le TAS — passées et sans doute à venir — sont moins liées au cadre juridique applicable qu'à des questions organisationnelles internes à l'institution (173).

Ajoutons que la jurisprudence du Tribunal fédéral ne traite, en principe, pas différemment les recours contre des sentences arbitrales commerciales par rapport aux sentences du TAS. Les griefs sont les mêmes et les exigences procédurales sont appliquées avec la même rigueur. Le Tribunal fédéral a par exemple encore récemment rejeté l'idée qu'il puisse exister un ordre public « sportif » distinct de l'ordre public international de l'article 190 al. 1 let. e LDIP qui permettrait un contrôle plus étendu de la sentence en matière sportive (174).

Mentionnons néanmoins deux différences admises par la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a jugé que la renonciation au recours selon l'article 192 al. 1 LDIP n'était pas opposable à

(171) Message, p. 21.

(172) *Ibid.*

(173) V. not. A. Rigozzi, « Sports Arbitration and the European Convention of Human Rights — Pechstein and Beyond », préc. Comme nous l'avons observé ailleurs, le Conseil fédéral a pris acte, dans le Message même, du fait que le communiqué publié par le TAS à propos du jugement de la CEDH dans l'affaire *Mutu & Pechstein* « *démontre d'une volonté de prendre au sérieux les remarques de la Cour ainsi que de procéder à des améliorations* » (Message, p. 20, note 62) ; cf. A. Rigozzi, in M. Maisonneuve et al., « Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive », *Rev. arb.*, 2019.903, 929-930.

(174) Arrêt 4A_116/2016 du 13 décembre 2016, c. 4.2.3. et les références ; v. aussi arrêt 4A_312/2017 du 27 novembre 2017, c. 3.3.2, réitérant cette position.

l'athlète lorsque celui-ci avait conclu une convention d'arbitrage avec une fédération nationale ou internationale, c'est-à-dire dans le contexte d'une « relation verticale » et où l'accord de volonté « *ne sera généralement pas le fait d'une volonté librement exprimée* » mais bien plutôt le fruit du « *consentement obligatoire donné par l'une des parties* » (175). En second lieu, les avances de frais et les dépens alloués dans les procédures au Tribunal fédéral dirigées contre des sentences du TAS sont généralement fixés avec plus de modération qu'en matière commerciale (176).

IV. – MODIFICATIONS DU DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNE

Dans l'optique d'uniformiser certaines règles en matière internationale et en matière interne à la suite de la réforme de 2021, le CPC a été adapté sur certaines questions. Le législateur a aussi uniformisé la procédure devant le juge d'appui en prévoyant la procédure dite sommaire (177) chaque fois que le juge (cantonal) est saisi dans sa mission d'aide et d'assistance à l'arbitrage.

Ces points sont uniquement mentionnés ici pour mémoire et nous renvoyons pour le surplus au Message du Conseil fédéral pour le détail des modifications (178).

V. – APPRÉCIATION CRITIQUE ET CONCLUSIONS

A notre avis, la réforme du droit suisse de l'arbitrage est un exercice réussi. Engagée sur la question de la « *relation entre le juge étatique et le tribunal arbitral* » — thème abandonné en cours de processus —, elle se voulait légère et l'est restée jusqu'à la fin. L'entreprise n'était pas gagnée d'avance. En particulier, l'arbitrage international a cessé d'être un sujet purement technique

(175) ATF 133 III 235, c. 4.3.2.2.

(176) A. Rigozzi et G. Kaufmann-Kohler, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, préc., n° 8.102. V. ég. A. Rigozzi, « L'importance du droit suisse de l'arbitrage dans les litiges sportifs internationaux », *Revue de droit suisse*, 2013.301 s.

(177) Art. 248 ss. CPC.

(178) Message, pp. 41-43.

et les critiques visant la légitimité de l'arbitrage d'investissement peuvent — par association d'idées ou méconnaissance du sujet — contaminer l'arbitrage commercial. En Suisse, l'arbitrage du TAS a également donné lieu à des critiques dépassant le cercle des seuls initiés. La réforme de l'arbitrage aurait ainsi pu devenir le sujet d'enjeux politiques qui auraient pu élargir le champ des modifications envisagées au départ et introduire des modifications de fond gênantes pour la place suisse d'arbitrage. Heureusement, il n'en a rien été et même des sujets potentiellement sensibles comme l'arbitrage en droit du travail et dans le domaine de la consommation ont pu être débattus ouvertement sans que des règles nouvelles soient introduites.

La réforme avait notamment pour objectif d'améliorer « la sécurité et la clarté du droit » et rendre la loi plus lisible pour les usagers étrangers, ce qui s'est traduit par la codification de règles jurisprudentielles et l'inclusion dans la LDIP de règles autrefois contenues dans le CPC et la LTF, et qui s'appliquaient par renvoi. Les changements de fond sont peu nombreux. Nous en avons mis trois en évidence. Les pouvoirs additionnels du juge d'appui, en particulier pour nommer les arbitres en cas de clause arbitrale n'indiquant aucun siège ou pour intervenir au soutien d'arbitrages à l'étranger. La possibilité d'obtenir la révision d'une sentence arbitrale si un motif de récusation est découvert après la clôture de la procédure. Enfin, la faculté pour les parties de procéder devant le Tribunal fédéral en anglais, modification emblématique de cette réforme, dont il ne faut pas surestimer l'importance pratique et qui revêt plutôt une portée symbolique.

Par cette réforme, le législateur suisse réaffirme sans ambiguïté son fort soutien à l'arbitrage, comme il l'avait déjà fait au moment de la révision de l'arbitrage interne en 2011. Le Message relève que la Suisse « *est historiquement l'une des places arbitrales les plus importantes sur le plan international* » (179), et les modifications ont pour objectif final de maintenir le cadre législatif le plus adapté pour le développement de l'arbitrage international en Suisse.

(179) Message, p. 5.

Document

DROIT SUISSE

LOI FÉDÉRALE SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (VERSION APPLICABLE AU 1^{er} JANVIER 2021 (1))

CHAPITRE 12

ARBITRAGE INTERNATIONAL

I. Champ d'application ; siège du tribunal arbitral	Art. 176 1. Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties <u>à la convention d'arbitrage</u> n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage celle-ci, ni son domicile, ni sa résidence habituelle, <u>ni son siège</u> en Suisse. 2. Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure, exclure l'application du présent chapitre et convenir de l'application de la troisième partie du CPC. <u>La déclaration doit satisfaire aux conditions de forme de l'art. 178, al. 1.</u> 3. Les parties en cause ou l'institution d'arbitrage désignée par elles ou, à défaut, les arbitres déterminent le siège du tribunal arbitral.
--	---

(1) V. *supra*, p. 11, le commentaire de S. Besson et A. Rigozzi, « La réforme du droit suisse de l'arbitrage international ». La version ici présentée du texte de la loi permet de visualiser les modifications qui ont été apportées au texte initial en langue française.

<p>II. Arbitrabilité</p>	<p>Art. 177</p> <p>1. Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage.</p> <p>2. Si une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage.</p>
<p>III. Convention et clause d'arbitrage</p>	<p>Art. 178</p> <p>1. Quant à la forme, La convention d'arbitrage est valable si elle est <u>passée par en la forme écrite télégramme, télex, télécopieur ou par tout autre moyen de communication qui permettant d'en établir la preuve par un texte.</u></p> <p>2. Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse.</p> <p>3. La validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable ou que la convention d'arbitrage concernerait un litige non encore né.</p> <p>4. <u>Les dispositions du présent chapitre s'appliquent par analogie à une clause d'arbitrage prévue dans un acte juridique unilatéral ou des statuts.</u></p>
<p>IV. Tribunal arbitral Arbitres</p> <p>1. Constitution Nomination et remplacement</p>	<p>Art. 179</p> <p>1. Les arbitres sont nommés révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties. <u>Sauf convention contraire, les arbitres sont au nombre de trois, dont deux sont désignés par chacune des parties et le troisième est choisi à l'unanimité par les deux premiers en qualité de président.</u></p> <p>2. <u>A défaut de une telle convention ou si, pour d'autres raisons, les arbitres ne peuvent être nommés ou remplacés, le juge du siège du tribunal arbitral peut être saisi ; il applique par</u></p>

	<p>analogie les dispositions du CPC⁺ sur la nomination, la révocation ou le remplacement des arbitres. Si les parties n'ont pas déterminé de siège ou si elles ont seulement convenu que le siège du tribunal arbitral est en Suisse, le premier juge saisi est compétent.</p> <p>3. Lorsqu'un juge est appelé à nommer ou à remplacer un arbitre, il donne suite à la demande de nomination qui lui est adressée, à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage.</p> <p>4. <u>A la demande d'une partie, le juge prend les mesures nécessaires à la constitution du tribunal arbitral si les parties ou les arbitres ne s'acquittent pas de leurs obligations dans les 30 jours à compter de celui où ils ont été appelés à le faire.</u></p> <p>5. <u>Le juge peut nommer tous les arbitres en cas d'arbitrage multipartite.</u></p> <p>6. <u>Toute personne à laquelle est proposé un mandat d'arbitre doit révéler sans retard l'existence des faits qui pourraient éveiller des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité. Cette obligation perdure jusqu'à la clôture de la procédure arbitrale.</u></p>
<p>2. Récusation des arbitres</p> <p>a. <u>Motifs</u></p>	<p>Art. 180</p> <p>1. Un arbitre peut être récusé :</p> <p>a) lorsqu'il ne répond pas aux qualifications convenues par les parties ;</p> <p>b) lorsqu'existe une cause <u>motif</u> de récusation prévu par le règlement d'arbitrage adopté par les parties, ou</p> <p>c) lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance <u>ou</u> de son impartialité.</p> <p>2. Une partie ne peut récuser un arbitre qu'elle a nommé ou qu'elle a contribué à nommer que pour une cause <u>motif</u> dont, <u>bien qu'ayant fait preuve de la diligence requise, elle n'a pas eu connaissance après</u> avant cette nomination. Le tribunal arbitral et l'autre partie doivent être informés sans délai de la cause de récusation.</p>

	<p>3. En cas de litige et si les parties n'ont pas réglé la procédure de récusation, le juge compétent du siège du tribunal arbitral statue définitivement. <i>Abrogé.</i></p>
b. Procédure	<p>Art. 180a</p> <p>1. <u>Si aucune procédure n'a été convenue et que la procédure arbitrale n'est pas encore terminée, la demande de récusation, écrite et motivée, doit être adressée à l'arbitre dont la récusation est demandée dans les 30 jours qui suivent celui où la partie requérante a pris connaissance du motif de récusation ou aurait pu en prendre connaissance si elle avait fait preuve de la diligence requise ; la demande est communiquée aux autres arbitres dans le même délai.</u></p> <p>2. <u>La partie requérante peut, dans les 30 jours qui suivent le dépôt de la demande de récusation, demander au juge de récuser l'arbitre. Le juge statue définitivement.</u></p> <p>3. <u>Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, pendant la procédure de récusation, continuer la procédure et rendre une sentence avec la participation de l'arbitre visé par la récusation.</u></p>
3. Révocation	<p>Art. 180b</p> <p>1. <u>Tout arbitre peut être révoqué par convention des parties.</u></p> <p>2. <u>Sauf convention contraire des parties, lorsqu'un arbitre n'est pas en mesure d'accomplir ses tâches en temps utile ou ne s'en acquitte pas avec la diligence requise, une partie peut demander au juge sa révocation par demande écrite et motivée. Le juge statue définitivement.</u></p>
V. Litispendance	<p>Art. 181</p> <p>L'instance arbitrale est pendante dès le moment où l'une des parties saisit le ou les arbitres désignés dans la convention d'arbitrage ou, à défaut d'une telle désignation, dès que l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral.</p>

<p>VI. Procédure</p> <p>1. Principe</p>	<p>Art. 182</p> <p>1. Les parties peuvent, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure arbitrale ; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix.</p> <p>2. Si les parties n'ont pas réglé la procédure, celle-ci sera, au besoin, fixée par le tribunal arbitral, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage.</p> <p>3. Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire.</p> <p>4. <u>Une partie qui poursuit la procédure d'arbitrage sans faire valoir immédiatement une violation des règles de procédure qu'elle a constatée ou qu'elle aurait pu constater en faisant preuve de la diligence requise ne peut plus se prévaloir de cette violation ultérieurement.</u></p>
<p>2. Mesures provisionnelles et mesures conservatoires</p>	<p>Art. 183</p> <p>1. Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisionnelles ou des mesures conservatoires à la demande d'une partie.</p> <p>2. Si la partie concernée ne s'y soumet pas volontairement, le tribunal arbitral <u>ou une partie</u> peut requérir le concours du juge compétent ; celui-ci applique son propre droit.</p> <p>3. Le tribunal arbitral ou le juge peuvent subordonner les mesures provisionnelles ou les mesures conservatoires qu'ils ont été requis d'ordonner à la fourniture de sûretés appropriées.</p>
<p>3. Administration des preuves</p>	<p>Art. 184</p> <p>1. Le tribunal arbitral procède lui-même à l'administration des preuves.</p> <p>2. Si l'aide des autorités judiciaires de l'Etat est nécessaire à l'administration des preuves, le tribunal arbitral, <u>ou les une</u> parties d'entente avec lui, peuvent requérir le concours du juge du siège du tribunal arbitral, ce juge applique son propre droit.</p>

	<p>3. <u>Le juge applique son propre droit. Sur demande, il peut observer ou prendre en considération d'autres formes de procédures.</u></p>
<p>4. Autres cas du concours du juge</p>	<p>Art. 185</p> <p>Si l'aide de l'autorité judiciaire est nécessaire dans d'autres cas, on requerra le concours du juge du siège du tribunal arbitral.</p>
<p>5. Concours du juge à des procédures arbitrales étrangères</p>	<p>Art. 185a</p> <p>1. <u>Un tribunal arbitral siégeant à l'étranger ou une partie à une procédure arbitrale étrangère peut requérir le concours du juge du lieu où est exécutée une mesure provisionnelle ou une mesure conservatoire. L'art. 183, al. 2 et 3, s'applique par analogie.</u></p> <p>2. <u>Un tribunal arbitral siégeant à l'étranger, ou une partie à une procédure arbitrale étrangère d'entente avec lui, peut requérir le concours du juge du lieu de l'administration des preuves. L'art. 184, al. 2 et 3, s'applique par analogie.</u></p>
<p>VII. Compétence</p>	<p>Art. 186</p> <p>1. Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence.</p> <p>1bis. Il 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.</p> <p>2. L'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond.</p> <p>3. En général, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente.</p>
<p>VIII. Décision au fond Sentence arbitrale</p> <p>1. Droit applicable</p>	<p>Art. 187</p> <p>1. Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits.</p> <p>2. Les parties peuvent autoriser le tribunal arbitral à statuer en équité.</p>

<p>2. Sentence partielle</p>	<p>Art. 188</p> <p>Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut rendre des sentences partielles.</p>
<p>3. Sentence arbitrale Procédure et forme</p>	<p>Art. 189</p> <p>1. La sentence arbitrale est rendue dans la procédure et selon la forme convenues par les parties.</p> <p>2. A défaut d'une telle convention, la sentence est rendue à la majorité ou, à défaut de majorité, par le président seul. Elle est écrite, motivée, datée et signée. La signature du président suffit.</p>
<p>4. Rectification et interprétation de la sentence ; sentence additionnelle</p>	<p>Art. 189a</p> <p>1. <u>Sauf convention contraire, toute partie peut demander au tribunal arbitral dans les 30 jours qui suivent la communication de la sentence de rectifier toute erreur de calcul ou erreur rédactionnelle entachant la sentence, d'interpréter certains passages de la sentence ou de rendre une sentence additionnelle sur des prétentions exposées au cours de la procédure arbitrale, mais omises dans la sentence. Le tribunal arbitral peut, de son propre chef et dans le même délai, rectifier ou interpréter la sentence ou rendre une sentence additionnelle.</u></p> <p>2. <u>La demande ne suspend pas les délais de recours. Un nouveau délai de recours commence à courir pour le passage de la sentence qui a été rectifié ou interprété et pour la sentence additionnelle.</u></p>
<p>IX. Caractère définitif ; Recours ; révision</p> <p>1. Principe Recours</p>	<p>Art. 190</p> <p>1. La sentence est définitive dès sa communication.</p> <p>2. Elle ne peut être attaquée que :</p> <p>a) lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé ;</p> <p>b) lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ;</p>

	<p>c) lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande ;</p> <p>d) lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté ;</p> <p>e) lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public.</p> <p>3. En cas de décision incidente, seul le recours pour les motifs prévus à l'al. 2, let. a et b, est ouvert ; le délai court dès la communication de la décision.</p> <p>4. <u>Le délai de recours est de 30 jours à compter de la communication de la sentence.</u></p>
<p>2. Révision</p>	<p>Art. 190a</p> <p>1. <u>Une partie peut demander la révision d'une sentence :</u></p> <p>a) <u>si elle découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qu'elle n'a pu invoquer dans la procédure précédente bien qu'elle ait fait preuve de la diligence requise ; les faits ou moyens de preuve postérieurs à la sentence sont exclus ;</u></p> <p>b) <u>si 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 ; si l'action pénale n'est pas possible, la preuve peut être administrée d'une autre manière ;</u></p> <p>c) <u>si, bien que les parties aient fait preuve de la diligence requise, un motif de récusation au sens de l'art. 180, al. 1, let. c, n'est découvert qu'après la clôture de la procédure arbitrale et qu'aucune autre voie de droit n'est ouverte.</u></p> <p>2. <u>La demande de révision est déposée dans les 90 jours à compter de la découverte du motif de révision. Le droit de demander la révision se périmé par dix ans à compter de l'entrée en force de la sentence, à l'exception des cas prévus à l'al. 1, let. b.</u></p>

<p>3. Autorité de recours et de révision</p>	<p>Art. 191</p> <p>Le recours n'est ouvert que devant L'unique instance de recours et de révision est le Tribunal fédéral. La Les procédures est sont régies par les art. 77 et 119a de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral.</p>
<p>X. Renonciation au recours</p>	<p>Art. 192</p> <p>1. Si les deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement siège en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit dans une convention ultérieure, exclure tout ou partie des voies de droit recours contre les sentences du tribunal arbitral ; elles ne peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à la révision au sens de l'art. 190, al. 2 190a, al. 1, let. b. <u>La convention doit satisfaire aux conditions de forme de l'art. 178, al. 1.</u></p> <p>2. Lorsque les parties ont exclu tout recours contre les sentences et que celles-ci doivent être exécutées en Suisse, la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'applique par analogie.</p>
<p>XI. Dépôt et certificat de force exécutoire</p>	<p>Art. 193</p> <p>1. Chaque partie peut déposer, à ses frais, une expédition de la sentence auprès du tribunal suisse <u>juge</u> du siège du tribunal arbitral.</p> <p>2. Le tribunal suisse <u>Le juge du siège du tribunal arbitral</u> certifie, sur requête d'une partie, que la sentence est exécutoire.</p> <p>3. A la requête d'une partie, le tribunal arbitral certifie que la sentence a été rendue conformément aux dispositions de la présente loi ; un tel certificat vaut dépôt.</p>
<p>XII. Sentences arbitrales étrangères</p>	<p>Art. 194</p> <p>La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont régies par la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.</p>

