

L'attractivité du toilettage du chapitre 12 de la LDIP

Andreas Bucher*

The goal of the revision of Chapter 12 of the PIL Act was to reinforce Switzerland's tradition as arbitration place and to improve its splendor by a number of small amendments. It has been the legislator's wisdom to preserve the dichotomy of two nearly identical arbitration regimes for internal and international arbitrations. New provisions have been created in respect of the procedure of appointment, challenge and revocation of arbitrators, completed with a disclosure obligation and an opening for foreign arbitral tribunals requesting support from Swiss judges to order provisional measures and gather evidence, all of them raising questions as to their meaning and operation. No thoughts have been spent on the role of the Swiss Federal Tribunal and its excessively restrictive understanding of public policy – a safeguard that is never applied and ineffective for the protection of the international sport community which is in the hands of the federations' tool called CAS/TAS.

Keywords: Swiss Act on Private International Law, Chapter 12 – Reform on International Arbitration – Internal and International Arbitration distinguished – Arbitration clauses in Statutes and Succession Wills – Procedure on nomination, challenge and revocation of arbitrators – English Memorials admitted before the Swiss Federal Tribunal

Mots-clés: Droit international privé suisse, Chapitre 12 – Réforme de l'arbitrage international – Clauses arbitrales dans des statuts et des dispositions de dernière volonté – Procédure de nomination, de récusation et de révocation d'arbitres – Mémoires en anglais admis devant le Tribunal fédéral

Table des matières

- I. Observations préliminaires
- II. Points rédactionnels
- III. L'accord mettant en œuvre le dualisme entre la LDIP et le CPC
 - A. La convention d'arbitrage comme pivot
 - B. La déclaration écrite
 - C. L'exclusion de la LDIP de l'arbitrage des SA et des S.à.r.l.
 - D. Le droit transitoire
- IV. L'arbitrage hors contrat
 - A. Le principe
 - B. Les statuts
 - C. Les dispositions pour cause de mort
 - D. L'exécution des sentences

* Professeur honoraire, Université de Genève, Membre de l'Institut de droit international.

- V. La nomination et le remplacement des arbitres
 - A. Le rôle des parties
 - B. Le juge compétent
 - C. Le juge appelé à désigner un arbitre
- VI. L'arbitrage multipartite
- VII. L'obligation de divulguer des faits suspects
- VIII. La récusation de l'arbitre
 - A. Les motifs de récusation
 - B. La procédure
- IX. La révocation de l'arbitre
- X. L'extension de la fonction du juge d'appui aux arbitrages étrangers
 - A. Les requérants
 - B. La requête du tribunal arbitral étranger
- XI. Les recours au Tribunal fédéral

I. Observations préliminaires

1. Le développement de la jurisprudence du Tribunal fédéral étant devenu de moins en moins accessible, le Parlement a voté une *Motion* exigeant du Gouvernement de présenter un « projet de toilette » intégrant dans la loi « certains éléments essentiels de la jurisprudence », l'objectif étant de « maintenir l'attrait de la Suisse comme place arbitrale au niveau international » (12.3012). Cela lui a été déjà suggéré dans l'initiative Lüscher du 20 mars 2008 (08.417).

2. Le résultat formel de cette démarche fut le *Message* du Conseil fédéral et son projet de loi, du 24 octobre 2018,¹ approuvé par les Chambres fédérales le 19 juin 2020.² S'agissant du premier objectif, le Message mentionne trois jurisprudences (rectification et révision des sentences, obligation de contester, connaissance requise en cas de doute sur l'indépendance d'un arbitre) qu'il intègre dans le projet. On n'y trouve aucune proposition au sujet de l'arbitrabilité des litiges du droit du travail, des effets des clauses arbitrales à l'égard de tiers non signataires, de l'assistance de secrétaires ou de conseils externes, de la participation du tribunal arbitral et de son secrétariat à la procédure de recours devant le Tribunal fédéral, des délais pour répliquer ou dupliquer, de la définition de l'ordre public, de la pratique à l'égard de peines disciplinaires en matière de sport, de l'impossibilité pour les sportifs de renoncer au recours contre la sentence, de la renonciation à la motivation des sentences, du régime juridique des frais d'arbitrage, et tant d'autres – toutes des matières au sujet desquelles la jurisprudence a créé des solutions innovantes, dont une partie aurait pu être consacrée par la voie législative ou, tout au moins, faire l'objet d'une réflexion. Le besoin de

1 FF 2018 p. 7163–7212.

2 RO 2020 p. 4179.

réforme de l'arbitrage sportif fut reconnu, mais les solutions seraient à attendre des instances sportives.³ Quoi qu'il en soit, par rapport à l'instruction donnée dans la Motion, on est loin du compte.⁴

3. Le projet gouvernemental a conservé la *dichotomie* entre l'arbitrage international et l'arbitrage interne, qui était d'actualité en 1987, mais qui ne l'est plus de nos jours, en observant les régimes d'arbitrage d'un grand nombre de pays étrangers qui ont réuni ces deux parties du droit de l'arbitrage dans un seul texte de loi (le plus souvent le code de procédure civile), quitte à conserver quelques règles spécifiques n'intéressant que le domaine international. Le résultat législatif suisse consiste en deux textes parallèles, dans la LDIP et dans le CPC, qui sont largement composés des mêmes dispositions, les seules différences véritables portant sur les moyens de recours relatifs aux frais d'arbitrage et de l'ordre public, pour la LDIP, et de l'arbitraire, pour le CPC. Il a été affirmé que ce dualisme dit « ouvert » correspondait à la tradition, avait fait ses preuves et ne présentait pas de difficulté dans son maniement pratique.⁵ Les auteurs – dont nous étions – qui ont plaidé pour une législation uniforme n'ont pas été entendus.⁶

4. Le second objectif consistait à renforcer *l'attractivité de l'arbitrage en Suisse*. Le Message n'ajoute aucune mesure à l'affirmation de ce but, si ce n'est de louer l'attachement de la Suisse à sa tradition de site neutre et réputé des arbitrages en provenance de l'étranger.⁷ C'est le regard nourri du passé. Le temps où des cabinets suisses étaient régulièrement associés comme conseil dans de grands arbitrages internationaux est révolu. On en voit très peu, ce marché ayant été repris par de grands cabinets transnationaux. La Suisse compte toujours un nombre respectable d'arbitres, opérant au sein de tribunaux arbitraux ayant leur siège à l'étranger ou en Suisse. Cependant, en observant les arbitrages du commerce international de catégorie supérieure, l'accès d'arbitres suisses s'est raréfié, comparé aux arbitres étrangers dominant le marché. Certes, le nombre d'arbitrages ayant la Suisse pour siège n'est pas négligeable, mais cela ne veut pas dire *ipso facto* que des retombées économiques intéressantes en résultent, étant rappelé qu'un tel siège n'implique pas nécessairement l'engagement de conseils ou d'arbitres suisses. Le moment viendra où le monde suisse de l'arbitrage comprendra qu'il ne suffira plus de s'asseoir sur une tradition d'il y a 50 ans. Les grands centres d'arbitrages (que l'on appelle aussi des « hubs ») ont sollicité en règle générale leur

3 FF 2018 p. 7173.

4 Lors de l'approbation de la Motion par le Conseil national, il fut déclaré que le Conseil fédéral soutenait un réexamen fondamental du chapitre 12 (BO CN 2012 p. 847 s.).

5 FF 2018 p. 7165.

6 FRANÇOIS PERRET, « Les passerelles entre le droit de l'arbitrage interne et international : une particularité du droit suisse », dans : Vincent Heuzé, Rémy Libchaber & Pascal de Vareilles-Sommières (éds.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Paris 2015, 687–695, 695 ; IRMA AMBAUEN, « Irrungen und Wirrungen um die anwendbare lex arbitri », Jusletter 6.11.2017, n° 22.

7 FF 2018 p. 7157 s.

législateur ou leur organisation faitière pour pouvoir vanter leurs mérites en référence à un cadre juridique récemment modernisé. La Suisse se tient à l'écart de ce mouvement.

5. La *stratégie* du Gouvernement, dans la mesure où elle est reconnaissable, laisse perplexe. D'un côté, le Conseil fédéral a proposé un projet de réforme du chapitre 12 sur l'arbitrage international dont l'ambition est de renforcer la réputation et l'attractivité de l'arbitrage en Suisse, alors que, de l'autre côté, la délégation suisse à la CNUDCI soutient l'objectif de l'Union européenne en faveur de la création d'une Cour Multilatérale d'Investissement qui tend à remplacer l'arbitrage privé fondé sur les régimes nationaux d'arbitrage international, tel celui du chapitre 12, à la suite du premier pas effectué à travers le CETA conclu avec le Canada. Le Message du Conseil fédéral n'a fait aucune mention ni des travaux en cours au sein de la CNUDCI ni de la position de l'UE (qui ne figure pas dans le chapitre consacré à la comparaison avec le droit européen⁸). Le Parlement n'en a pas été informé. Pourtant, la politique de l'arbitrage de l'UE a déjà fait un premier pas en Suisse, sans se faire remarquer. Le Protocole 3 sur le tribunal arbitral du *projet d'accord-cadre avec l'UE* adopte le système de la liste prédéterminée pour la désignation du président du tribunal arbitral. Cette liste sera établie par le Comité mixte. Il est à craindre que l'Union européenne pèse sur la confection de cette liste bien davantage que la Suisse.

6. Cette modification de l'approche à l'égard de l'arbitrage ne s'étendra pas uniquement aux accords directement visés par l'accord institutionnel. Cet accord comprend, en effet, une *Déclaration conjointe UE-Suisse sur les accords liés au commerce* dont l'objet principal porte sur le sort et la refonte de l'accord de libre-échange de 1972.⁹ Cette Déclaration comprend l'engagement des deux Parties à ce que « l'accord institutionnel s'appliquera aux accords modernisés liés au commerce qui bénéficieront ainsi des dispositions et structures mises en place par celui-ci notamment de son mécanisme en matière de règlement des différends » (n° 9), et cela même avant l'entrée en vigueur de tout accord renégocié, dans ce cas cependant sous réserve de l'approbation par le comité mixte (n° 8). La modernisation dont il s'agira de convenir portera, en particulier, sur l'accès au marché et l'échange des biens dans tous les secteurs, les mesures de libéralisation des services et des investissements, la protection de la propriété intellectuelle, ainsi que les valeurs partagées par les parties dans leur politique commerciale respective (n° 7). Il ne peut échapper à l'observateur averti que le tribunal arbitral de l'accord institutionnel couvrira ainsi de très larges parties des échanges commerciaux et d'investissements avec l'UE et ses Etats membres, réduisant d'autant le champ de l'arbitrage privé du chapitre 12 de la LDIP (qui comprend le domaine de l'investissement commercial). A noter par ailleurs qu'une autre Déclaration prévoit que le tribunal arbitral de l'accord institutionnel assistera le comité

8 FF 2018 p. 7174.

9 RS 0.632.401.

mixte opérant sous l'accord de libre-échange de 1972 dès l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel. Il en résulte que tout ce qui touche au droit de l'UE dans les relations avec la Suisse sera soumis à la juridiction de la CJUE conformément aux articles 4 et 10 de l'accord.

7. Cela dit, la réforme du chapitre 12 de la LDIP présente un intérêt certain pour l'avenir de l'arbitrage en Suisse. Il convient d'en mesurer le sens et la portée par une analyse détaillée de ses dispositions.

II. Points rédactionnels

8. Sur plusieurs points, le nouveau texte incorpore des éléments figurant déjà ailleurs dans la LDIP, dans un souci de rendre la lecture plus aisée. Cela n'empêche pas, cependant, que l'on doive parfois retourner consulter le texte d'origine afin de saisir complètement le sens d'un terme. Pour l'essentiel, il s'agit d'un exercice rédactionnel.

9. Ainsi, l'art. 176 al. 1 intègre la notion de siège que l'on pouvait trouver auparavant à travers le renvoi au domicile et l'explication fournie à l'art. 20 al. 1. La lecture est ainsi simplifiée, mais certains éléments de l'art. 20 conservent leur pertinence.

10. S'agissant du juge d'appui, il reçoit l'autorisation d'observer d'autres formes de procédure que celles du droit suisse (art. 184 al. 3, 185a al. 2). Ce n'est pas nouveau. Ce juge étant instruit d'appliquer « son propre droit », il retrouve cette autorisation à l'art. 11a al. 2 de la LDIP, une disposition plus explicite dont le concours peut s'avérer utile.

11. A l'art. 190a, on a retranscrit de l'art. 123 LTF les moyens de révision, en y ajoutant le cas de la récusation découvert après la clôture de la procédure et non susceptible d'être suivi par le biais d'une autre voie de droit, reprenant ainsi une solution créée par la jurisprudence.¹⁰ Toutefois, ce transfert est incomplet, puisqu'il faut encore consulter les compléments fournis par l'art. 119a LTF, auquel l'art. 191 renvoie.

12. Des perfectionnements de texte se trouvent surtout dans le texte en langue allemande. Ainsi, un ajustement rédactionnel important a été effectué en ce sens que le terme « Schiedsrichter » a été remplacé par l'expression « Mitglied eines Schiedsgerichts ». On reconnaît l'objectif d'englober les arbitres féminins, sans les nommer, en observant néanmoins que le texte devient lourd. Du coup, en regardant par l'œil de la linguistique, on constate que l'arbitre unique (« Einzelschiedsrichter ») a passé par la trappe. Car celui-ci n'est pas un « membre » du tribunal arbitral; il représente le tribunal à lui tout seul et ne peut donc en faire partie, parmi d'autres. Bien évidemment, le « Einzelschiedsrichter » n'a pas disparu pour autant: il est compris (juridiquement) dans le terme « Mitglied » et visible à l'art. 190 al. 2 lit. a, dans le double genre masculin et féminin.

10 Cf. ATF 142 III 521 ss, 525–536; ATF 22.12.2020, 4A_318/2020, c. 4.2.

13. En allemand encore, le président du tribunal arbitral s'accompagne du féminin (die « Präsidentin ») à l'art. 179 al. 1, de même à l'art. 189 al. 2, à la fin, après avoir été laissé seul dans la première phrase.¹¹ En français, on se contente du « président ».

14. Le terme « Richter » est remplacé par « Gericht », sauf à l'art. 185 qui mentionne les deux, comme si l'un était l'équivalent de l'autre.¹² La caractéristique purement linguistique ressort par ailleurs du fait que l'on a conservé le terme « juge » en langue française. Une différence se présente en ce sens qu'en allemand, le terme « Gericht » est accompagné de la précision qu'il s'agit d'un « staatliche » Gericht, un adjectif que l'on ne trouve pas à côté du terme « juge » ou « giudice ». Cela a créé une divergence de sens dans les versions allemande et française de l'art. 179 al. 3. En italien, on a ajouté qu'il s'agit « del giudice competente ».

III. L'accord mettant en œuvre le dualisme entre la LDIP et le CPC

15. La réforme a confirmé la dualité des régimes d'arbitrage entre la LDIP et le CPC, en atténuant cependant ses effets dans la mesure où la plupart des nouvelles règles de la LDIP ont également trouvé leur place dans le CPC. Il ne subsiste ainsi qu'un nombre très limité de règles montrant des divergences de quelque importance. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a observé, l'importance pratique de la distinction est limitée, « au regard des faibles différences subsistant entre la troisième partie du CPC et le chapitre 12 de la LDIP » ;¹³ cela est vrai d'autant plus depuis la réforme.

A. La convention d'arbitrage comme pivot

16. La question de la délimitation des régimes respectifs de la LDIP et du CPC reste néanmoins d'actualité. La solution se décline sur deux niveaux : pour que le chapitre 12 de la LDIP l'emporte, il faut qu'en plus du siège du tribunal arbitral en Suisse, au moins l'une des parties à la convention d'arbitrage n'ait ni son domicile, ni sa résidence habituelle, ni son siège en Suisse. La seconde précision fixe comme moment déterminant de ces points de rattachement la conclusion de la convention d'arbitrage. Est donc écarté le moment de l'engagement de l'arbitrage qui avait la préférence du Tribunal fédéral.¹⁴ Lorsqu'une convention d'arbitrage lie plusieurs parties, les liens d'extranéité restent les mêmes sans égard au fait que l'une ou l'autre partie ne participe pas à l'arbitrage.

11 Correction linguistique incomplète au regard de l'instruction officielle (AS 2020 p. 4179).

12 D'après la publication officielle (AS 2020 p. 4179), le mot « Richter » aurait dû disparaître. La note marginale allemande de l'art. 185 est erronée (« staatlicher Richter »).

13 ATF 145 III 266 ss, 279.

14 ATF 24.6.2002, 4P.54/2002, c. 3.

17. Un arbitrage est donc international, au sens de l'art. 176 al. 1, si la convention d'arbitrage oblige une seule partie ayant présenté l'un des facteurs d'extranéité requis, même si elle ne participe pas au litige arbitral. La réponse est la même dans le cas d'une pluralité de parties étrangères ayant conclu la convention d'arbitrage, même si elles se retrouvent toutes en Suisse au moment du déclenchement du différend.

18. La conclusion de la convention d'arbitrage est ainsi devenue le critère déterminant, non seulement pour identifier le point d'extranéité requis, mais également pour savoir par rapport à quelles parties ce facteur doit être apprécié. Pour le Message, c'est le *moment de la signature* de la convention qui est déterminant.¹⁵ C'est le cas principal en pratique. Lorsque plusieurs signatures sont échelonnées dans le temps, c'est celle qui s'ajoute en dernier lieu pour parfaire l'accord qui est décisive.

19. On n'a pas voulu – le texte légal ne l'indique pas – prendre en considération les parties à la convention qui n'en sont *pas signataires*, tel le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui parfaite qui acquiert, contre le débiteur (ou promettant) une créance avec tous les droits accessoires y compris la clause compromissoire.

20. Parmi ces parties non engagées par leur signature, il y en a qui ne sont pas liées par la convention d'arbitrage d'emblée, mais postérieurement, en cas de cession de créance, par exemple, ou lorsqu'un tiers s'immisce dans l'exécution du contrat au point de le faire accéder à la qualité de partie au contrat avec la clause accessoire sur l'arbitrage.¹⁶ Il conviendra de retenir à cet égard également comme point déterminant l'accès de cette partie à l'engagement d'arbitrage comme l'équivalent de sa conclusion. Dès lors, si la tierce partie est la seule qui remplit l'exigence d'extranéité au sens de l'art. 176 al. 1, le chapitre 12 s'appliquera.

21. L'art. 176 al. 1 ne fait aucune allusion à l'hypothèse d'une clause *arbitrale unilatérale* ou des *statuts*, non fondés sur un contrat. Pourtant, cette disposition est également visée par l'art. 178 al. 4; elle doit donc s'appliquer par analogie. Au lieu de « partie », on retiendra en conséquence l'auteur de la clause unilatérale; la localisation à l'étranger visée par l'art. 176 al. 1 est celle à la date de la confection de l'acte juridique renfermant la clause arbitrale.¹⁷ Le législateur ayant clairement écarté le seul fait d'être partie au litige arbitral, l'analogie doit également laisser sans impact les parties au litige arbitral fondé sur la clause arbitrale unilatérale. Pour les clauses arbitrales figurant dans des statuts, la même analogie résulte de l'art. 178 al. 4.

15 FF 2018 p. 7176.

16 Cf., sur de telles hypothèses et d'autres encore, ATF 7.12.2020, 4A_528/2019, arbitrage CPC, c. 5 et 6; ATF 13.11.2020, 4A_124/2020, c. 3.3; ATF 24.9.2019, 4A_636/2018, c. 4; ATF 145 III 199 ss, 202–204; ATF 21.3.2019, 4A_7/2019, c. 2.3; avec les références citées.

17 Il a également été soutenu, par contre, que du fait que le testament ne déploie pas d'effet avant le décès, c'est ce moment-là qui devrait être retenu; cf. ULRICH HAAS & JEFFREY BROSI, « Einseitige, insbesondere testamentarische Schiedsklauseln nach der (geplanten) Reform zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit », 21 Zeitschrift für Zivilprozess International (2016), 323–349, 329 s.

B. La déclaration écrite

22. Dès l'instant où l'on sait dans quel régime arbitral, de la LDIP ou du CPC, on doit se placer, il se pose la question de l'intérêt à basculer dans l'autre régime à travers une *déclaration*. Celle-ci doit se trouver soit dans la convention d'arbitrage, soit dans une convention ultérieure conclue entre les parties au litige. Les conditions de forme étant celles de l'art. 178 al. 1, la déclaration doit donc être écrite ou susceptible d'être restituée par écrit ou par un texte. L'élément nouveau du texte modifié de l'alinéa 2 est la renonciation à ce que la déclaration soit « *expresse* ». L'expression de la volonté des parties de changer de régime arbitral ne doit pas figurer en autant de mots dans leur accord ; l'interprétation de leur volonté réciproque peut s'avérer suffisante. La signification de la disparition d'une volonté expressément rédigée semble cependant de faible importance, étant donné que l'alinéa 2 de l'art. 176 exige toujours que la déclaration manifeste le double contenu d'exclure l'application du chapitre 12 et d'adopter l'application de la partie 3 du CPC. Cela ne peut guère se faire sans le dire clairement. Cependant, cela n'exclut pas une volonté exprimée indirectement, par le renvoi à un règlement, par exemple.¹⁸ L'analyse est différente en ce qui concerne l'art. 192 al. 1, qui a subi la même correction.

23. On précisera qu'en cas d'exclusion du chapitre 12, ce n'est pas la totalité des dispositions dudit chapitre qui perdent leur pertinence. On ne compte pas parmi les dispositions exclues l'art. 178 al. 2 sur les conditions de fond de la convention d'arbitrage, étant donné qu'il ne se trouve aucune règle correspondante dans la partie 3 du CPC. Dans un autre registre, un *opting out* ne peut emporter la règle sur l'arbitrabilité qui n'est pas de droit dispositif.¹⁹ Le choix du CPC laisse intact l'art. II de la Convention de New York et l'art. 178 al. 1 qui en constitue le reflet. L'exclusion du chapitre 12 vise également l'art. 185a sur le concours du juge à des procédures arbitrales étrangères. Cette disposition fait en effet partie du chapitre 12 alors même qu'elle sert de soutien à un tribunal arbitral siégeant à l'étranger auquel le chapitre 12, au regard de la définition de l'art. 176 al. 1, ne s'applique pas. Par ailleurs, les parties ne peuvent exclure l'application de l'art. 185a, dès lors qu'il n'existe aucune possibilité pour un choix sélectif d'une ou de plusieurs règles particulières.

24. La renonciation à l'exigence d'une déclaration qui soit expresse ne porte guère à conséquence dans le cadre de la simple répartition entre les deux régimes d'arbitrage. On regrettera cependant que l'on ait cru voir une nécessité d'unifier les conditions de forme relatives aux déclarations des parties également par rapport à la renonciation aux recours dirigés contre la sentence arbitrale.²⁰ Car pour accepter une telle

18 La jurisprudence estimant qu'un tel renvoi n'était pas suffisant risque de ne plus être maintenue ; cf. ATF 3.3.2015, 4A_536/2014, c. 1.1.

19 Cf. ATF 145 III 266 ss, 270

20 Le Message expose ce besoin d'uniformité par rapport à l'art. 178 al. 1, qui devrait s'appliquer à toutes les déclarations figurant dans le chapitre 12 (FF 2018 p. 7163, 7176 s.). En soi, cela peut se justifier, en effet,

uniformité ou analogie, il faudrait que les deux situations respectives soient comparables. Or, elles ne le sont pas. L'adjectif « exprès » répond à l'art. 176 al. 2 à un besoin de clarté. A l'art. 192 al. 1, le même mot sert, en plus, à un besoin de protection. En biffant ce terme à l'art. 192 al. 1, on a privé l'auteur de la renonciation d'une incitation à plus de retenue et d'attention que s'il s'agissait d'un simple écrit.

25. Dorénavant, la clause de renonciation doit toujours être claire et nette et figurer dans un écrit (au sens de l'art. 178 al. 1), mais elle ne doit plus s'y trouver de manière expresse, formulée en autant de mots qu'exige son contenu. Il suffit que l'on puisse dégager la volonté de renoncer au recours par l'interprétation des volontés exprimées, clairement mais pas nécessairement de manière explicite, ou, à défaut, dégager cette volonté en suivant le principe de la confiance. Certes, les résultats vont correspondre très souvent à ceux de la jurisprudence d'avant la réforme, mais ce n'est pas certain et surtout, il en résulte une insécurité déplorable dans les relations entre les parties et dans la perspective de l'évolution de la jurisprudence qui devra élaborer les nouveaux repères.

C. L'exclusion de la LDIP de l'arbitrage des SA et des S.à.r.l.

26. Enfin, on mentionnera la dérogation importante qui se manifesterà dès l'entrée en vigueur de l'art. 697l CO sur les *sociétés anonymes* et de l'art. 797a CO pour les *sociétés à responsabilité limitée*. Ces deux clauses arbitrales statutaires devaient prévoir un régime uniforme de procédure arbitrale, étant donné que l'on pourrait mal s'imaginer deux régimes d'arbitrage différents en fonction de l'origine, suisse ou étrangère, des membres de la société. En partant du postulat du dualisme des systèmes d'arbitrages, le Conseil fédéral n'avait pas d'autre choix que de ramener tous les litiges, mêmes les cas internationaux, au régime procédural du CPC, qui régit de toute manière l'arbitrage des sociétés au rayon d'action purement suisse. Ces deux règles forment une *lex specialis* par rapport aux dispositions du chapitre 12 de la LDIP, principalement les art. 176 al. 2 et 178 al. 4.

27. La question de savoir si l'une ou l'autre de ces clauses d'arbitrage statutaires peut s'appliquer également à des litiges d'ordre contractuel, liés à la société, n'a pas été abordée. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte.²¹ Selon le nouveau texte, si un tel litige était de nature internationale, le régime applicable serait celui de la LDIP. Si le litige implique des droits sociétaires et contractuels (la validité d'un transfert

mais cela n'a pas de rapport avec l'exigence d'une clause « expresse ». Le Message confond les deux aspects, ce que l'on peut d'ailleurs reconnaître dans la citation erronée de ce que j'ai écrit sur la condition de l'écrit (cf. A. BUCHER, Commentaire romand, LDIP/CL, art. 176 n° 31), ignorant ce qui est dit au sujet de l'exigence d'une déclaration expresse qui remplit un objectif différent à l'art. 176 al. 2 et à l'art. 192 al. 1 (cf. n° 36). La question n'a pas été approfondie comme elle aurait dû l'être ; on reconnaît le regard distant des auteurs dans le Message où le mot « expressément » figure encore (FF 2018 p. 7192).

21 ATF 21.12.2017, 4A_344/2017, c. 3.4.

d'actions par le biais d'un tiers, un contrat entre actionnaires définissant leur rôle par rapport à la société, par exemple²²), on se trouverait, au regard des règles applicables, face à un tribunal arbitral opérant selon deux systèmes d'arbitrage différents.²³ La situation est plutôt surprenante, mais à vrai dire, elle n'est pas impossible à gérer.

28. On observera des cas de dispersion étonnante. Les sociétés incorporées en Suisse (art. 154 LDIP) verront leurs arbitrages régis par le CPC, tandis que le reste de leurs activités internationales sera soumis à la LDIP ainsi qu'à la Convention de Lugano. Les sociétés régies par le droit étranger, ayant leur siège soit en Suisse soit à l'étranger, par contre, seront soumises entièrement à la LDIP, y compris pour l'arbitrage prévu dans leurs statuts, non soumis au droit suisse. Cette distinction n'est pas toujours observée avec clarté.²⁴

D. Le droit transitoire

29. La modification du facteur de rattachement dans le temps peut provoquer dans quelques cas pendant au moment de l'entrée en vigueur de la réforme un transfert de la LDIP vers le CPC et inversement. S'agissant de l'effet d'un arbitrage en cours, l'application de l'art. 196 al. 2 consiste à suivre le changement. Cependant, il conviendra, dans l'intérêt de la stabilité de la procédure arbitrale, de ne plus adopter un tel changement à partir du moment où la constitution du tribunal arbitral a consacré l'insertion dans la LDIP, respectivement du CPC, de manière à ce que la règle correspondante de la LDIP ou du CPC a épuisé ses effets.

30. Par ailleurs, on suivra le même principe tiré de l'art. 196 s'agissant d'un éventuel changement au niveau de la validité d'une clause arbitrale. Lorsque celle-ci n'était pas valable sous l'ancien droit, elle reste dans son état à la date de sa conclusion. Si elle était valable, ses effets sont régis par le nouveau droit. Les clauses arbitrales figurant dans des actes juridiques unilatéraux ou dans des statuts peuvent produire leurs effets selon le nouveau droit (préconisant à l'art. 178 al. 4 l'application par analogie des dispositions du chapitre 12), dès lors qu'il n'est pas certain qu'elles étaient invalides sous le régime du droit antérieur.²⁵ Les art. 196 et 197 ne laissent pas de place pour un principe général de *favor validitatis*; l'application par analogie de l'art. 407 al. 1

22 DANIEL GIRSBERGER & FABIAN LORETAN, « Internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Revision des 12. Kapitels IPRG », 30 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2020), 391–407, 396 s., admettent cette exclusion, mais sans en présenter les conséquences sur le déroulement de l'arbitrage.

23 Un auteur parle d'une « division de la voie judiciaire (< Spaltung des Rechtswegs >), sans préciser ce que cela veut dire. Cf. RICHARD G. ALLEMANN, » *Statutarische Schiedsklauseln in der Aktienrechtsrevision* », *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* (2018), 339–354, 349.

24 Ainsi, HANS-UELI VOGT *et al.*, *Statutarische Schiedsklauseln nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht*, Zurich 2019, n° 40, se réfèrent tant à l'incorporation qu'au siège. En d'autres endroits, il est fait correctement mention de l'inscription dans le registre suisse de commerce (n° 92, 183).

25 En revanche, contrairement à l'avis du Message (*FF* 2018 p. 7191), leur validité ne relève pas du nouveau droit si l'on estime qu'elles n'avaient pas de validité sous le droit antérieur (cf. RETO ANDREA TETTA-

CPC²⁶ semble artificielle dès lors que le législateur a clairement pris position contre tout renvoi au CPC dans le chapitre 12 de la LDIP.

31. Des conventions de procédure qui n'ont pas produit d'effets depuis qu'elles ont été conclues jusqu'au 1^{er} janvier 2021 sont régies par le nouveau droit (art. 196 al. 2). Cela concerne les déclarations selon les art. 176 al. 2 et 192 al. 1. De même, le nouveau droit s'applique en matière de procédure, sauf s'il s'agit d'actes ayant épuisé leurs effets sous l'ancien droit.

IV. L'arbitrage hors contrat

A. Le principe

32. Dans sa version originale de 1987, l'art. 178 était consacré aux conventions d'arbitrage conclues entre deux ou plusieurs parties. La jurisprudence a élargi ce champ aux clauses arbitrales figurant dans des statuts, en particulier en matière de sport professionnel, associé à l'arbitrage du TAS. Cependant, la base légale de cette extension n'était pas certaine, raison pour laquelle une clarification devait s'avérer utile. Le nouvel alinéa 4 de l'art. 178 complète ce régime en associant aux conventions la « clause d'arbitrage prévue dans un acte juridique unilatéral » et les « statuts ». La note marginale a été élargie par la mention de la « clause d'arbitrage », sans ajouter les statuts ; la modification correspondante de la note marginale de l'art. 7 a été oubliée. Par rapport à ces deux formats juridiques hors contrat, l'alinéa 4 prévoit que « les dispositions du présent chapitre s'appliquent par analogie ». Cette disposition n'est donc pas limitée au seul article 178 ; elle aurait dû être placée dans un article distinct.

33. La fonction de cet alinéa 4 n'est pas seulement de déclarer l'application par analogie des dispositions du chapitre 12 aux clauses arbitrales hors contrat. Du même coup, cette nouvelle règle consacre l'admissibilité de l'arbitrage aux matières relevant d'actes juridiques unilatéraux et de statuts. En effet, ces matières rentrent dans le champ de la validité objective de l'engagement à l'arbitrage, respectivement d'arbitrabilité, délimitée selon l'art. 177 al. 1 par le concept de « nature patrimoniale ». Les conditions de fond au sens de l'art. 178 al. 2 portent uniquement sur la validité subjective, essentiellement la validité de l'échange de déclarations réciproques de volonté des parties contractantes, respectivement, dans les hypothèses de l'alinéa 4, de la déclaration de volonté de l'auteur de l'acte unilatéral ou des parties liées par des statuts incluant une clause arbitrale. On remarquera que cette disposition parle d'une clause arbitrale prévue « dans » un acte juridique unilatéral ou des statuts ; cette clause par-

MANTI, « Intertemporales Schiedsrecht », 38 ASA Bulletin (2020), 821–841, 830, qui corrige ce résultat en référence à l'art. 407 al. 1 CPC).

26 Soutenue par TETTAMANTI, supra n. 25, 827–840.

tage les conditions de validité subjective d'un tel acte ou de statuts. Il n'y a donc pas de place pour une exigence d'approbation ou de consentement de la part du bénéficiaire ou de toute autre personne liée par un tel acte juridique. Cela concerne également les accessoires figurant normalement dans de telles clauses arbitrales, telle la détermination du siège, du droit applicable au fond et de la procédure, dont la substance est réglée par les dispositions du chapitre 12 et qui sont toutes comprises dans l'analogie prévue à l'alinéa 4.²⁷

34. L'application par analogie de l'alinéa 2 de l'art. 178 mérite examen, tandis que l'alinéa 1 sur la forme écrite ne présente guère un intérêt particulier, les clauses que l'on vise étant normalement écrites.

B. Les statuts

35. L'arbitrage consacré dans des statuts reposera sur ce que l'on peut lire dans la jurisprudence déjà rendue sur la base des alinéas 1 à 3 de l'art. 178. Parmi les trois droits désignés alternativement à l'alinéa 2, l'application du droit suisse prévaut en règle générale en pratique, dès lors que les parties sont convenues d'un arbitrage en Suisse et que le droit suisse est le plus proche de la plupart des arbitres et de la juridiction saisie le cas échéant. Dans les cas de l'alinéa 4, cependant, il semble bien que l'application du droit applicable au fond d'un litige avec la société, entre copropriétaires ou entre les héritiers ou les parties engagées dans un trust, par exemple, l'emportera souvent, étant donné que les clauses arbitrales s'insèrent intensément dans les actes de base.²⁸ Cependant, cela ne va pas de soi, aucune exception n'ayant été prévue par rapport à l'alternative dans l'alinéa 2.²⁹

36. La simple mention des « statuts » ne fournit aucun renseignement sur le champ d'application *ratione materiae* ou sur les *parties* liées par la clause arbitrale. Il convient d'admettre que ces informations relèvent de l'acte dans lequel cette clause est insérée.³⁰ C'est le cas du nouvel art. 697/CO, précisant qu'il s'applique aux différends relevant du droit des sociétés et qu'il lie en principe la société, ses organes, les membres des organes et les actionnaires. On comprendra également qu'en se référant à une clause arbitrale prévue « dans des statuts », une exigence de forme est posée qui va au-delà d'un simple écrit au sens de l'art. 178 al. 1. La clause arbitrale dont il est question étant exclusivement celle figurant dans des statuts, elle doit répondre à la forme de ceux-ci.

27 Cf. DANIEL GIRSBERGER & FABIAN LORETAN, supra n. 22, 395.

28 Cf., en général, HANS-UELI VOGT & PATRICK SCHMIDT, « Schiedsklauseln in Vereinsstatuten », 38 ASA Bulletin (2020), 75–95, 315–337.

29 On ne peut simplement ignorer le problème, comme le font VOGT & SCHMIDT, supra n. 28, 84 s.

30 Cf. ATF 142 III 220 ss, 227–230; ATF 21.12.2017, 4A_344/2017, c. 3; ATF 22.7.2019, 5A_1027/2018, c. 2.4; ATF 138 III 714 ss, 720–727.

37. L'alinéa 4, de par la mention des « statuts », n'avait pas pour but d'interférer avec la jurisprudence sur la validité de l'adhésion des sportifs professionnels aux clauses arbitrales figurant dans les statuts de leur fédération, nationale ou internationale. Au vu du texte, la problématique est néanmoins posée.

38. Le Tribunal fédéral a fini par reconnaître, ou tout au moins par présenter sans réserve le constat de la CEDH que la pratique arbitrale du TAS représentait un arbitrage « forcé »,³¹ mettant ainsi de côté l'idée, défendue au mépris de la réalité, que la volonté des sportifs devait être évaluée avec la « bienveillance » qui convient du fait de leur adhésion à un monde sportif dominé par l'arbitrage du TAS. La Suisse a ainsi échappé à la sanction de l'art. 6 § 1 de la CEDH dans l'affaire *Pechstein*,³² dès lors que la Cour n'a pas accepté l'objection que le TAS présentait des défauts structurels tels que l'on devait sérieusement douter de l'indépendance et de l'impartialité de ses arbitres. Le sujet reste d'actualité. On sent que l'on se trouve sur le fil du rasoir à la lecture de l'arrêt rendu le 21 janvier 2020 au sujet du Comité d'arbitrage de la *Fédération turque de football*³³ dont l'issue était à l'opposé de l'arrêt *Pechstein* alors que les situations à comparer se ressemblent.

39. Du moment que l'arbitrage sportif fondé sur des statuts est rattaché à l'alinéa 4 de l'art. 178, la condition de fond de l'acte de volonté consistant à consentir à ce mode de résolution des litiges relève de l'alinéa 2, dans le sens d'une analogie. Or, cet alinéa, en se référant à « elle », dépend de la notion de convention. Celle-ci suppose un échange de déclarations réciproques de volonté des parties. Ni dans cette notion, ni dans le principe de confiance qui peut, le cas échéant, suppléer l'absence d'expression d'une telle volonté, il n'y a de place pour un arbitrage « forcé ». Un tel acte fait souvent défaut, même si l'on cherche à y substituer une hypothétique volonté fondée sur la bonne foi. Si on entend se résigner à croire que le monde du sport professionnel soit « forcé », on ne risque pas, certes, de devoir se plier à la garantie de l'art. 6 § 1 CEDH, mais l'on déroge néanmoins à l'exigence d'un acte de volonté conforme à au moins l'un des droits désignés par l'alinéa 2 de l'art. 178. Il ne serait cependant pas étonnant que la bienveillance du Tribunal fédéral à l'égard du TAS et des fédérations qui le dominent l'emporte une nouvelle fois. Car la pression de soutenir le TAS est forte. Le Tribunal fédéral semble vouloir se retrancher derrière l'arrêt de la CEDH qui aurait admis que le recours à l'arbitrage forcé serait possible nonobstant l'absence d'un consentement librement exprimé par une partie.³⁴ Or, ce n'est pas ce qu'a décidé la Cour, qui a simplement constaté que le TAS avait les apparences d'un tribunal établi par la loi, jouissant de la plénitude de juridiction (§ 149). Statuant sur le seul fondement de l'art. 6 § 1 CEDH, l'examen des exigences relatives au consentement à

31 ATF 25.8.2020, 4A_248/2019, c. 5.1.2; ATF 27.1.2021, 4A_600/2020, c. 5.5.2, 5.6.

32 N° 67474/10, par. 95/96, 147.

33 N° 30226/10.

34 Cf. ATF 27.1.2021, 4A_600/2020, c. 5.6.

l'arbitrage consacrées à l'art. 178 LDIP n'était pas de son ressort. Par la mention expresse des statuts dans la clause d'analogie de l'alinéa 4, la loi rend un tel examen incontournable pour le Tribunal fédéral.³⁵

40. Un autre angle d'observation s'ouvre encore. En effet, selon la jurisprudence, lorsqu'il s'agit d'interpréter des statuts, les méthodes d'interprétation peuvent varier en fonction du type de société considéré. Pour l'interprétation des statuts de grandes sociétés, on recourt plutôt aux méthodes d'interprétation des lois. Pour l'interprétation des statuts de petites sociétés, on se référera de préférence aux méthodes d'interprétation des contrats, telles que l'interprétation objective selon le principe de la confiance. Mettant en œuvre ce critère de distinction, le Tribunal fédéral a interprété à l'égal d'une loi les statuts d'associations sportives majeures, comme l'UEFA, la FIFA ou l'IAAF, en particulier leurs clauses relatives à des questions de compétence, et non selon le principe de la confiance. L'interprétation débutant par la lettre, on y associe d'autres méthodes d'interprétation (systématique, téléologique, historique), sans privilégier aucune d'entre elles.³⁶ Or, sur la base du nouvel alinéa 4 de l'art. 178 et de son renvoi à l'analogie avec l'alinéa 2, cette interprétation des statuts « à l'égal d'une loi » n'a plus de place à côté de l'interprétation des contrats comme elle est consacrée dans ce dernier alinéa.

C. Les dispositions pour cause de mort

41. L'arbitrage successoral n'est pas une inconnue, mais son apparition s'est limitée aux pactes successoraux³⁷. Le destin des clauses arbitrales testamentaires était très incertain, au point que leur insertion dans la volonté pour cause de mort n'était pas conseillée, sans être impossible. L'intégration de telles clauses dans le chapitre 12 (et le CPC, à l'art. 358 al. 2) est une grande nouveauté, mise en évidence dans le communiqué du Conseil fédéral du 26 août 2020, annonçant l'entrée en vigueur de la révision, alors que le Message s'était encore cantonné dans une analyse de type contractuel, régi par le droit suisse matériel, rendant nécessaire l'accord des héritiers, surtout dans des cas où leur réserve risquerait d'être touchée.³⁸ Dorénavant, le disposant peut insérer dans son testament une clause arbitrale qui engagera ceux participant à un différend sur l'administration ou le partage de l'héritage.

42. L'analogie avec les dispositions de l'art. 178 signifie que la forme de la clause arbitrale doit être un écrit au sens de l'alinéa 1, sans égard à la Convention de La Haye sur la forme des testaments de 1961 par ailleurs applicable à l'ensemble de l'acte. Cependant, cette première lecture n'est pas la bonne. L'alinéa 4 vise une clause arbitrale

35 Dans l'arrêt cité, du 27 janvier 2021, la question de droit transitoire n'a pas été posée.

36 Cf. ATF 28.5.2018, 4A_314/2017, c. 2.3.1, et les références; ATF 2.2.2018, 4A_490/2017, c. 3.3.2.

37 Cf. ATF 21.3.2019, 4A_7/2019, c. 2.3.

38 Cf. *FF* 2018 p. 7179.

« dans » un acte juridique unilatéral. Elle doit donc remplir, en plus de l'écrit selon l'alinéa 1, les conditions propres à cet acte dont elle fait partie.³⁹

43. Quant au fond, la loi applicable est en règle générale celle qui régit la dévolution successorale au fond. Cependant, l'alinéa 2 laisse ouvertes les deux autres options, soit la loi choisie spécifiquement par le disposant pour régir la validité de la clause arbitrale, soit le droit suisse sur les conditions de validité des dispositions pour cause de mort. Si une loi étrangère permettant l'arbitrage successoral est désignée, l'arbitrage peut être mis sur pied et la loi applicable au fond est déterminée par l'art. 187.⁴⁰ Si le droit suisse est visé par l'art. 178 al. 2, on ne rappellera pas assez que la validité objective de la clause arbitrale relève de l'art. 177 al. 1 exclusivement.

44. La substitution d'un tribunal arbitral à un tribunal étatique frappe par sa nouveauté, mais cela est question d'habitude et ne doit pas étonner outre mesure.⁴¹ Est innovante l'occasion donnée au disposant d'instituer un mécanisme de liquidation successorale dont la loi applicable est déterminée par l'art. 187 et non par la loi désignée par le statut successoral déterminant (les dispositions du chapitre 6 en cas de dernier domicile en Suisse). Selon cette disposition, applicable par analogie en vertu de l'alinéa 4 de l'art. 178, la succession sera réglée selon les règles de droit choisies par le disposant ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroit. Dès lors que le testament sert à rendre la situation après le décès aussi claire que possible, il conviendra de privilégier une clause d'élection de droit. Celui-ci sera souvent une loi ne connaissant pas de réserve, étant précisé que le choix peut également porter uniquement sur les règles de droit y relatives, sans toucher par ailleurs au statut successoral normalement applicable.⁴² D'après la jurisprudence et l'opinion dominante, l'ordre public suisse ne protège pas la réserve;⁴³ dans le contexte des motifs de recours (art. 190 al. 2), il le fait encore moins à l'encontre d'une sentence arbitrale.

45. En raison de la nouveauté de la problématique, le débat ne va pas se clore rapidement. La distinction entre les concepts en jeu doit être faite de manière rigoureuse. Elle est celle qui caractérise le chapitre 12. L'alinéa 4 de l'art. 178 y est subordonné

39 Cf., du même avis, HAAS & BROSI, supra n. 17, 343 s.

40 Cf. RAMON MABILLARD, « Attraktivität des Schiedsplatzes <Schweiz> », 15 *Revue suisse de procédure civile* (2019), 471–482, 478 s.

41 Un choix unilatéral de for dans une disposition pour cause de mort qui va au-delà de ce que l'on connaît à l'art. 87 al. 2 pour les ressortissants suisses est par ailleurs proposé dans le projet de réforme du Chapitre 6 de la LDIP sur les successions (art. 88b ; cf. *FF* 2020 p. 3231–3234, 3258).

42 Ainsi que l'observe DENIS PIOTET (« Clause arbitrale et prorogation de for en matière successorale », dans : Maryse Pradervand-Kernen, Michel Mooser & Antoine Eigenmann (éds.), *Journée de droit successoral* 2021, Berne 2021, 87–124, n° 65), l'assertion du Message (*FF* 2018 p. 7179) que la crainte que le testateur en profite pour contourner les droits minimaux prévus par la loi au préjudice de ses héritiers proches serait infondée, « est elle-même clairement fautive » et le signe de « la légèreté avec laquelle le Message du Conseil fédéral propose cette modification cruciale de la loi d'arbitrage ».

43 ATF 102 II 136 ss.

pleinement, dès lors que l'analogie est faite par rapport à toutes les dispositions du chapitre 12, sans aucun aménagement. L'on ne pourra donc impacter dans la notion d'arbitrabilité ou de validité objective une condition relative à la disponibilité des biens de la succession, à l'instar d'une jurisprudence allemande qui a conclu que cette validité dépendait du pouvoir de disposer du défunt, pouvoir qui ne comprend pas le champ de la réserve des héritiers.⁴⁴ L'art. 177 al. 1 ne connaît pas une telle restriction, qui voudrait dire qu'un patrimoine ne pourrait faire l'objet d'un arbitrage qu'à la condition que l'auteur de la clause arbitrale ait le pouvoir d'en disposer.⁴⁵ Dans l'hypothèse à laquelle on aura normalement à faire face, la clause arbitrale est insérée dans un acte de dernière volonté; elle est donc soumise aux conditions de volonté des dispositions de cet acte et non à la validité de ses effets tels que voulus par le défunt. Ces effets sont régis par la loi applicable au fond. Comme pour toute autre hypothèse d'arbitrage, la validité des effets de l'acte juridique ne rejait pas sur la validité de la clause arbitrale. Cela résulte du principe de l'autonomie de la clause arbitrale, également applicable par analogie en matière de successions (art. 178 al. 3).

46. Le renvoi au droit matériel que l'on trouve dans les droits alternativement désignés à l'art. 178 al. 2 n'a pas non plus le sens que l'admissibilité de principe d'une clause arbitrale testamentaire devrait être consacrée dans un de ces droits. Car, en premier lieu, la réponse à une telle question ne s'y trouve pas, ne s'agissant pas d'une question de droit matériel. En second lieu, la réponse figure déjà à l'art. 178 al. 4, combiné à l'art. 177 al. 1, qui reconnaît l'admissibilité objective des clauses arbitrales figurant dans un acte juridique unilatéral. Et même si on voulait procéder indirectement, par le biais du droit suisse désigné à l'alinéa 2, on se retrouve à l'alinéa 4 qui est le siège de la matière, consacrant cette admissibilité.⁴⁶ De toute manière, même si on voulait rester attaché à l'idée que l'arbitrage successoral suppose l'accord des héritiers perdant des bénéfices du fait des dispositions de dernière volonté du défunt, ces héritiers sont des tiers non signataires de la clause arbitrale qui sont liés par celle-ci du fait de leur immixtion dans la dévolution de la succession, sous la réserve d'un cas de renonciation. La jurisprudence qui l'a rappelé au sujet d'un exécuteur testamentaire⁴⁷ s'appliquerait autant aux héritiers. Cependant, l'alinéa 4 de l'art. 178 rend cette construction obsolète.

44 Cf. BGH du 16 mars et du 17 mai 2017, 16 Zeitschrift für Schiedsverfahren (2018), 37 ss, critiqué par ULRICH HAAS, *ibidem*, 49–52, et par HAAS & BROSI, *supra* n. 17, 338–341. On notera toutefois qu'en droit allemand, la réserve des héritiers est de nature contractuelle.

45 Cf. HANS RAINER KÜNZLE, « Schiedsfähigkeit von und Schiedsverfahren in Erbsachen », *successio* (2020), 71–75; IDEM, « Schiedsfähigkeit in Erbsachen », dans: Ruth Arnet, Paul Eitel, Alexandra Jungo & Hans Rainer Künzle (éds.), *Der Mensch als Mass*, Festschrift Peter Breitschmid, Zurich 2019, 403–423, et les références.

46 Cf. HAAS & BROSI, *supra* n. 17, 332, 340 s.

47 ATF 21.3.2019, 4A_7/2019, c. 2.3.

47. La question cruciale porte sur la validité subjective d'une clause arbitrale : est-ce qu'elle peut engager un héritier disposant *ex lege* d'une réserve à laquelle l'acte de volonté du défunt ne peut toucher ? Examinant la question sous l'angle restreint du seul droit suisse, le Message élargit la question et conclut que « les personnes que la loi place déjà dans un rapport juridique avec le disposant » ne sont pas liées par la clause arbitrale figurant au testament. Cette clause ne déploierait donc aucun effet contraignant ni pour les héritiers, ni pour les créanciers du *de cuius* ou de la succession. Un tel lien ne serait créé que par rapport aux héritiers institués, les légataires et les bénéficiaires de charge ainsi que l'exécuteur testamentaire.⁴⁸ Or, poser la question de cette façon confond la validité de la clause arbitrale avec le fond du droit litigieux.⁴⁹ Conformément au principe de l'autonomie de la clause arbitrale, la validité *ad personam* de celle-ci dépend des conditions de l'acte de volonté du défunt et non du droit de fond applicable aux droits d'héritage des personnes qui seront, d'une manière ou d'une autre, affectées par les dispositions de dernière volonté ; et cela même si elles le sont uniquement à travers la clause arbitrale, les droits successoraux étant par ailleurs entièrement réglés par la loi qui leur est applicable.⁵⁰ Par rapport à l'argumentation présentée dans le Message, on notera, en premier lieu, qu'il n'existe aucun « rapport juridique avec le disposant » avant sa mort (art. 537 al. 1 CC) ; au demeurant, s'il en existait un, on ne serait plus dans l'hypothèse d'un acte unilatéral qui est la base de l'alinéa 4 de l'art. 178. En second lieu, lorsqu'on se place au moment du décès, la clause arbitrale unilatérale déploie ses effets immédiatement, comme toutes les autres dispositions du testament. Il n'y a point d'exigence d'une acceptation, car dès l'ouverture de la succession au jour de la mort, les héritiers acquièrent de plein droit l'universalité de la succession (art. 560 al. 1 CC). Même sous cet angle d'observation présumant à tort que la clause arbitrale testamentaire impliquerait une certaine volonté concordante de la part des ayant droits légaux, il n'existe aucune exigence d'acceptation de leur part en droit successoral.⁵¹ L'alinéa 4 de l'art. 178 met fin à cette ligne de raisonnement : la clause arbitrale est valable, sujette à la vérification des conditions

48 *FF* 2018 p. 7179.

49 Pour PIOTET, supra n. 42, n° 60, « cette manière de légiférer est infiniment regrettable ».

50 Il a été soutenu que l'héritier réservataire qui n'a reçu aucune attribution dans le testament, alors que celui qui aurait reçu une part, même inférieure à sa réserve, seraient traités différemment, le premier n'étant pas lié par la clause arbitrale, tandis que le second le serait (HAAS & BROSI, supra n. 17, 336 s., qui abandonnent cette distinction cependant en p. 344, déclarant qu'aucun héritier réservataire ne serait lié par la clause arbitrale). Une telle distinction est artificielle et ne tient pas compte du fait que l'obligation d'arbitrer affecte toute personne dont les droits sont susceptibles d'être touchés par la succession, sauf disposition contraire du défunt. Aussi ne serait-il pas concevable comment gérer à travers un arbitrage un litige auquel certains héritiers doivent participer, d'autres pas.

51 Cf., de même, PETER GEORG PICHT & LENNART CHROBAK, « Einseitige Schiedsklauseln in der Schweizer Schiedsrechtsrevision », 14 *Schweizer Juristen-Zeitung* (2018), 205–215, 233–241, 239, constatant que la validité au fond de la déclaration de volonté du disposant dans une clause arbitrale unilatérale ne peut être mise en doute au motif que les effets de la clause s'étendent à des personnes disposant d'une protection (« schutzwürdige Rechtspositionen »).

subjectives de l'expression de la volonté du disposant selon l'un des droits désignés par l'alinéa 2.

48. A ce niveau, on ne s'en sort pas sans se mettre en travers des notions de base de la validité des clauses arbitrales – uniquement parce que l'on ne veut pas faire face au problème là où il aurait fallu le faire : ajouter une exception à l'art. 187 afin de préserver l'application par les arbitres de la loi successorale.⁵² On ne doit pas fermer les yeux, au demeurant, devant les possibilités de choisir le for compétent en matière de succession, qui seront élargies au-delà de ce que l'on connaît aujourd'hui à l'art. 87 al. 2. En effet, dans ce contexte, aucune hésitation n'est articulée au motif qu'un tel choix pourrait léser la réserve d'un héritier. Par ailleurs, la contradiction dans les Messages du Conseil fédéral est frappante : la clause arbitrale serait incapable de lier des héritiers en raison de leur « rapport juridique avec le disposant », tandis qu'au sujet de la clause d'élection de for unilatérale, la même objection n'est même pas mentionnée.

D. L'exécution des sentences

49. D'après l'art. 194, la Convention de New York continue à régir exclusivement les conditions de la reconnaissance et de l'exécution de sentences arbitrales étrangères. L'application de règles plus favorables à cet égard n'est pas envisagée, comme l'art. VII al. 1 le permettrait. Le Message relève que la Convention entre en jeu dès l'instant où l'acte unilatéral produit des effets à l'égard de tiers et qu'il est accepté par la personne visée, auquel cas on est en présence d'un accord arbitral conforme à l'art. II.⁵³ Cette disposition, en effet, n'assure que le respect de convention d'arbitrage écrite conclue entre deux ou plusieurs parties. Il semble donc que le législateur n'ait pas songé à se servir de la Convention pour accepter la reconnaissance et l'exécution de sentences émanant d'un tribunal arbitral étranger saisi en vertu d'une clause arbitrale unilatérale. Cependant, l'interprétation de la clause d'analogie de l'art. 178 al. 4 justifie une autre réponse. La LDIP connaît d'autres règles qui déclarent applicables un traité à une matière qu'il ne régit pas, en soi, mais que l'on peut lui attribuer à travers une clause d'analogie (art. 83 al. 2, 93 al. 2). Sans être aussi explicite, l'art. 178 al. 4 présente la même structure, en déclarant applicables par analogie les dispositions du chapitre 12 dont l'art. 194 fait partie. La Convention de New York s'appliquera ainsi en tant que droit national aux sentences fondées sur un acte juridique comparable à la définition de l'art. 178 al. 4.⁵⁴

52 Comme l'a proposé WERNER JAHNEL, « Schiedsverfahren in Erbsachen – Länderbericht Schweiz », *successio* (2020), 379–401, 394 s.

53 *FF* 2018 p. 7198.

54 Cf., en ce sens également, cf. PHILIPP HABEGGER, « Das Parlament verabschiedet die Revision von Kapitel 12 IPRG mit einem Feinschliff », 38 *ASA Bulletin* (2020), 548–579, 571.

50. On comparera cette situation à celle visée par l'art. 192 al. 2 qui rend la Convention applicable lorsque les parties ont exclu tout recours contre la sentence et que celle-ci doit être exécutée en Suisse. En soi, la Convention n'est pas applicable dans une telle hypothèse. Elle s'applique donc en vertu d'une extension fondée sur le droit suisse national. Cela signifie que son application par analogie est commandée par l'art. 178 al. 4 également dans l'hypothèse d'une clause arbitrale unilatérale, sans qu'il y ait lieu d'invoquer son art. VII al. 1.

51. On notera à ce propos l'incertitude sur la signification de l'expression « tout recours ». Depuis l'insertion dans la renonciation tant du recours en réforme que de la révision (à l'exception du cas de l'art. 190 al. 1 lit. b), on pourrait penser que « tout recours » comprend l'un et l'autre. On ne peut discerner aucune volonté du législateur sur ce point. L'alinéa 2 n'a subi aucune modification. Il utilise le terme « recours », et plus clairement encore en allemand, le mot « Anfechtung », et en italien : « impugnabilità ». Cela doit être compris comme un renvoi exclusif au moyen de l'art. 190 al. 2, avec les notes marginales qui y correspondent. En conséquence, une objection fondée sur la Convention de New York est possible même si seul le recours de l'art. 190 al. 2 et non la révision selon l'art. 190a a été exclu.

52. On voudra donc croire qu'en lisant que les parties auraient renoncé à « tout recours », cela veut dire que « tout recours » est exclu. Or, ce n'est pas le cas. En effet, sans remarquer une jurisprudence antérieure en sens opposé,⁵⁵ un récent arrêt a conclu que la question de la compétence du tribunal arbitral doit être examinée préalablement à celle de la validité d'une clause de renonciation à recours, tout au moins si les deux engagements figurent dans la même disposition.⁵⁶ L'art. 192 al. 1 est ainsi rendu inopérant par rapport à la décision du tribunal arbitral sur sa compétence. Ce n'est pas ce que le législateur a voulu.

V. La nomination et le remplacement des arbitres

53. L'art. 179 est la seule disposition qui a été entièrement réformée. A lire la note marginale, il est question de la nomination et du remplacement des arbitres. C'est le cas des quatre premiers alinéas, tandis que l'alinéa 5 ne vise que la nomination et l'alinéa 6 ni l'une ni l'autre de ces deux opérations. On notera que l'on ne vise pas un « remplacement » à proprement parler, mais uniquement la nomination de l'arbitre se substituant à l'arbitre qui a renoncé à l'exercice de sa fonction ou qui en a été libéré à travers une récusation ou une révocation.

55 ATF 134 III 260 ss, 265 s.; l'ATF 31.10.2005, 4P.198/2005, c. 1.

56 ATF 18.5.2020, 4A_418/2019, c. 2.2. En l'espèce, l'inversion des questions était sans conséquence, étant donné que la clause litigieuse n'avait pas fait, sur ces deux points, l'objet d'un accord de volonté concordante des parties contractantes.

A. Le rôle des parties

54. Selon l'alinéa 1, les parties nomment ou remplacent le ou les arbitres conformément à leur convention, qui peut également consister en un accord *ad hoc* complétant une convention muette sur la question. A défaut, trois arbitres doivent être nommés. Chacune des parties en désigne un. Les deux arbitres ainsi désignés choisissent le troisième en qualité de président. Une erreur de réflexion fait dire à la loi que ces deux arbitres décident « à l'unanimité » ; comment pourrait-il en aller autrement parmi deux décideurs ? Le point le plus important dans cette disposition est le choix de confier aux arbitres la désignation du président et non aux parties. Dans la pratique, on verra un grand nombre de conventions d'arbitrage attribuant ce rôle aux parties.

55. Il arrive qu'une partie, le plus souvent le défendeur, ne fasse pas son devoir, soit qu'il fasse défaut, soit qu'il ne nomme pas son arbitre ou tarde à le faire. Le juge compétent peut alors être saisi afin de prendre les mesures nécessaires (nommer un arbitre) 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 (alinéa 4). Ce délai peut être reporté d'un commun accord ou simplement au choix de la partie demanderesse, préférant que sa partie opposée puisse être rassurée par la désignation de son arbitre au lieu de se voir imposer un arbitre inconnu. La plus grande partie des cas visés dans la pratique concernent des arbitres qui ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le nom de leur président, parfois parce que les parties tardent à répondre à leur consultation. Le délai de 30 jours s'avère dans de tels cas extrêmement bref, et la désignation par le juge étatique inopportune dans la perspective du bon fonctionnement du tribunal arbitral. Il appartient alors au juge étatique de mesurer cet enjeu et de retarder son choix pour une durée appropriée.

B. Le juge compétent

56. Au cas où ce processus échoue, ce qui peut arriver pour toute sorte de raison, et qu'il manque une convention pour indiquer la voie à suivre, le juge du siège du tribunal arbitral peut être saisi (alinéa 2).⁵⁷ Cela rend nécessaire de répondre à deux questions : quel est ce siège et, une fois connu, quel est ce juge que l'on peut saisir ?

57. La première question ne se pose véritablement que dans l'hypothèse où les parties n'ont pas désigné le siège. Il faut ajouter l'hypothèse dans laquelle, à défaut d'avoir été déterminé par les parties, l'institution d'arbitrage désignée par les parties ne l'a pas fait non plus. La compétence pour procéder à cette désignation revient alors

57 L'art. 179 s'applique également lorsque la cause est renvoyée au tribunal arbitral à la suite d'une révision et qu'il ne comprend plus le nombre d'arbitres requis. C'est ce qui est prévu à l'art. 199a al. 4 LTF. La même solution doit s'appliquer en cas d'annulation, mais elle n'a pas été codifiée ; cf. HABEGGER, supra n. 54, 568.

au « premier juge saisi ». La même solution est retenue pour le cas plutôt rare dans lequel les parties ont placé le siège du tribunal arbitral en Suisse sans désigner de lieu ou de canton. La volonté d'arbitrer en Suisse étant clairement exprimée, le législateur devait prévoir une solution permettant d'ancrer aisément l'arbitrage dans une juridiction capable de mettre la procédure en œuvre et d'assister le tribunal arbitral en cas de besoin. La partie agissant en premier en tire ainsi un bénéfice, cependant tout relatif et par ailleurs sujet à la réserve de l'abus de droit. On notera cependant que ce « premier juge saisi » ne fait rien d'autre que de nommer ou de remplacer un arbitre. Il ne détermine pas le siège du tribunal arbitral, car cette compétence ne lui revient pas (art. 176 al. 3).

58. La seconde question ne trouve pas de réponse dans la loi : au siège du tribunal arbitral, quel est ce juge, respectivement, en traduisant le texte allemand, ce « tribunal étatique » ?

59. Le CPC fournit des règles complémentaires permettant de désigner l'autorité judiciaire compétente par rapport à divers actes et décisions de procédure, comme il consacre la procédure sommaire à leur égard (art. 251a CPC). Un changement a été opéré à l'art. 179 al. 2 LDIP, préconisant dans sa version antérieure l'application par analogie des dispositions du CPC « sur la nomination, la révocation ou le remplacement des arbitres ». Cette règle particulière visait l'art. 356 CPC, destinée à ces questions et désignant en principe la compétence du tribunal cantonal supérieur. Cependant, le législateur a biffé cette partie de la disposition, au motif qu'il fallait affranchir le chapitre 12 de la LDIP de tout renvoi au CPC.⁵⁸ Dès lors, l'art. 356 CPC étant réservé à l'arbitrage interne de la partie 3 du CPC exclusivement, il ne peut s'appliquer à l'arbitrage de la LDIP, faute d'un renvoi approprié de la loi, ne serait-ce que sous la forme d'une clause d'analogie. En conséquence, c'est la règle générale de l'art. 4 al. 1 CPC qui l'emporte, selon laquelle le *droit cantonal* détermine la compétence matérielle et fonctionnelle des tribunaux. Dans ce contexte, le droit cantonal peut renvoyer à l'art. 356 CPC afin de désigner les mêmes autorités pour l'arbitrage selon la LDIP également ; faute d'un tel renvoi, c'est normalement la compétence du tribunal de première instance dans le district du siège de l'arbitrage qui l'emporte. Les cantons n'ont pas été incités à adapter leur législation afin d'assurer une compétence unifiée et sans doute plus appropriée de la juridiction supérieure dans chaque canton, englobant les arbitrages régis par la LDIP.

C. Le juge appelé à désigner un arbitre

60. A lire l'alinéa 3, le juge ou le tribunal étatique appelé à nommer ou à remplacer un arbitre n'est pas exclusivement celui du siège du tribunal arbitral. En effet, ce complément de localisation ne figure pas dans cette disposition, dont la portée est cependant

⁵⁸ Cf. FF 2018 p. 7163, 7180.

rendue bien ambiguë de par la divergence entre les textes allemand et français. Ce dernier reprend le libellé antérieur de la même règle, tandis que le premier remplace le terme « Richter » par « staatliches Gericht ». Or, la désignation du « juge » visait à l'origine le juge choisi par les parties pour désigner un arbitre, le plus souvent le président du tribunal arbitral. Ce juge est choisi *ad personam* ou *ex functionis*, mais à titre individuel. Il n'est pas choisi en qualité de « tribunal étatique ». Les cas que l'on a connus – qui sont devenus rares ces temps – sont l'appel adressé au Président du Tribunal fédéral ou d'un tribunal supérieur d'un canton. Est-ce encore possible ? Le texte français répond affirmativement, tandis que le texte allemand ne couvre pas cette situation. La version française étant celle de l'origine du chapitre 12, il semble qu'en l'absence d'une indication dans les travaux préparatoires d'une raison pour laquelle il fallait y renoncer, ce texte devrait l'emporter. On rappellera encore que l'idée à la base de cette règle était de signifier au juge ainsi choisi qu'il devait procéder au choix d'un arbitre et ne pouvait pas se dérober de ce mandat, pour des raisons personnelles ou autres.⁵⁹

61. On ne cachera pas que malgré une petite préférence pour le texte français, la seconde partie de l'alinéa 3 pourrait laisser penser autrement. Certes, il ne fait que recopier ce qui se trouvait à la disposition précédente, autorisant le juge appelé à nommer un arbitre à y renoncer si un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage. Cependant, cette exception englobe nécessairement la fonction attribuée au juge du siège du tribunal arbitral au sens de l'alinéa 2. On pourrait donc penser que cela serait une indication que le « juge appelé » dont parle l'alinéa 3 est nécessairement le juge du siège visé à l'alinéa 2. Dans ce cas, on aurait disposé de l'obligation du juge désigné individuellement, par son nom ou par sa fonction, à procéder à la démarche que les parties entendaient lui confier. On doit avouer également que l'alinéa 5 (comme l'alinéa 6 d'ailleurs) milite dans le même sens, étant donné que le juge qui doit intervenir dans la constitution du tribunal arbitral est sans doute celui du siège au sens de l'alinéa 2.

VI. L'arbitrage multipartite

62. Un nouvel alinéa 5 de l'art. 179 ajoute à la compétence du juge du siège du tribunal arbitral celle de « nommer tous les arbitres en cas d'arbitrage multipartite ». Un tel arbitrage peut se manifester sous différents cas de figure, principalement du fait de la réunion de plusieurs parties représentant soit les parties demandesses soit les parties défenderesses, soit les deux côtés de la table sur laquelle s'étale leur différend.

63. Cette disposition entend répondre à une question souvent débattue, alors qu'elle ne se pose pas aussi souvent en pratique, dès lors que des parties multiples ont

59 Cf. ANDREAS BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle 1988, n° 148–150.

tout intérêt à s'entendre sur la désignation d'un arbitre, ce qui peut les rassurer dans l'idée de disposer ainsi au moins d'une certaine influence sur la composition du tribunal arbitral et sur l'issue du litige, respectivement de l'illusion qu'il en soit ainsi.

64. La rédaction de l'alinéa 5 n'est pas d'une compréhension aisée. Tout d'abord, en attribuant au juge la compétence de « nommer » les arbitres, il ne leur confère pas le pouvoir de remplacer des arbitres déjà nommés, à supposer que leur désignation soit conforme à la règle de l'alinéa 1. Il n'y a pas de nomination d'arbitre par un effet de substitution. L'hypothèse qui est visée est donc celle où plusieurs parties ayant pour devoir de désigner un seul arbitre ne parviennent pas à le faire, soit du fait qu'un seul choix est avancé par l'une des parties sans l'accord de l'autre, soit que les parties s'abstiennent de se déterminer.

65. L'autre hypothèse, plus fréquente, est celle dans laquelle le même problème se manifeste du côté des parties défenderesses. Là aussi, le juge pourra nommer un arbitre, mais non en remplacer un, déjà désigné conformément aux règles applicables d'après l'alinéa 1. Il convient donc de ne pas donner une interprétation extensive à l'indication donnée au juge qu'il « peut nommer tous les arbitres ». Ces « tous » peuvent être, en effet, ceux du côté de la demande ou ceux du côté de la défense, mais rien n'autorise le juge à procéder à la nomination de tous si, d'un côté ou de l'autre, un arbitre a déjà été désigné d'un commun accord entre les parties concernées. Dès lors, lorsque le Message note que l'une des options à la disposition du juge consiste à ce qu'il nomme « tous les arbitres directement »,⁶⁰ il convient de préciser que cela ne s'applique qu'au cas où aucune nomination n'a encore eu lieu qui soit conforme à la convention d'arbitrage.

66. La revendication est parfois faite, cependant, que du moment que pour l'une des parties, représentées par les demanderesses ou les défenderesses, un seul arbitre doit être choisi par le juge, il faudrait en faire de même pour la partie opposée, afin d'assurer une égalité de traitement entre elles. Une telle requête est recevable et peut autoriser le juge à procéder à des nominations multiples à cet effet ; cependant, il ne peut faire de même pour le président, sans laisser aux deux arbitres ainsi nommés la chance de convenir de leur président conformément à l'alinéa 1. Toutefois, si le juge peut « nommer », il ne peut « remplacer ». Si la partie opposée à la partie requérante a déjà nommé son ou leur arbitre, l'alinéa 5 ne confère pas le pouvoir de destituer celui-ci et de désigner un remplaçant.

67. L'intervention du juge repose normalement sur la demande d'une partie, de sorte que le délai de 30 jours selon l'alinéa 4 s'applique également, rendant cependant souvent indispensable que le juge laisse aux parties le temps de procéder au choix approprié en observant la diligence requise.

68. Sans que cela soit rappelé à l'alinéa 5, toute convention contraire des parties est réservée. Celles-ci peuvent, normalement à travers le choix d'un règlement appro-

60 *FF* 2018 p. 7182.

prié, convenir d'une intervention plus incisive de l'institution d'arbitrage afin de rétablir une meilleure situation d'égalité que ce que peut offrir l'art. 179 al. 5. En revanche, les parties ne peuvent conférer au juge suisse des pouvoirs allant au-delà de ce qui est prévu dans cette disposition.

VII. L'obligation de divulguer des faits suspicieux

69. Le devoir des arbitres de sortir de leur silence dès qu'ils s'aperçoivent qu'il existe des circonstances qui s'avèrent pour les parties de nature à laisser douter de leur indépendance ou de leur impartialité a été mis en avant de manière très poussive ces dernières années, ce qui s'inscrit d'ailleurs dans le contexte de la méfiance à l'égard des arbitres privés que l'on soupçonne juger en fonction d'intérêts ou de positions qui leur sont propres ou qui leur sont proches personnellement, alors qu'ils devraient se focaliser sur un idéal de justice réputé neutre et objectif. Le nouvel alinéa 6 se place sur ce terrain. Son contenu est complexe et se décline en plusieurs pans qu'il faut distinguer l'un de l'autre.

70. La disposition s'articule en deux phrases qui sont réunies par la même obligation, mais se distinguent par la désignation des personnes visées.

71. Dans la première phrase, on s'adresse à « toute personne à laquelle est proposé un mandat d'arbitre ». La personne qui fait l'objet d'une telle proposition n'est pas encore nommée. Elle ne le sera peut-être jamais, étant donné qu'elle peut être en concours avec d'autres candidats à la même fonction. Dans la seconde phrase, la personne visée n'est pas désignée, mais elle s'y trouve mentionnée implicitement, du fait qu'elle est engagée dans la procédure arbitrale jusqu'à sa clôture. On ne trouve donc pas dans cette énumération la personne qui a accepté la proposition de devenir arbitre, ni celle qui a été formellement nommée mais qui se trouve encore au stade intermédiaire dans l'attente de la constitution du tribunal arbitral qui correspond à l'entame de la procédure arbitrale.

72. En bout de course, on ne trouve pas l'arbitre qui est encore concerné par le litige arbitral après la clôture de la procédure, en particulier dans l'attente d'un éventuel recours et pour la durée d'une procédure de recours lors de laquelle les arbitres sont encore souvent sollicités de fournir des explications sur leur sentence et de prendre position sur le recours. Dans ce contexte, on devrait poser les mêmes exigences liées aux sensibilités en matière de récusation que celles applicables pendant la procédure arbitrale. Le Tribunal fédéral ne le fait pas et l'art. 179 al. 6 ne l'incite pas à le faire. Les exigences devraient d'ailleurs être encore les mêmes par rapport au secrétaire du tribunal arbitral, respectivement au directeur général du TAS qui intervient comme s'il était un membre de la formation alors qu'il ne l'est pas et qu'il ne songe pas un instant à révéler son absence d'indépendance et d'impartialité.

73. Les personnes concernées étant désignées, on s'intéressera à leurs devoirs. Chacune d'elles « doit révéler sans retard l'existence des faits qui pourraient éveiller des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité ». Pour comprendre, on compare cette partie de phrase au motif de récusation de l'art. 180 al. 1 lit. c, pour constater que la terminologie employée est la même, à la différence qu'au lieu de « faits », on parle de « circonstances » et, plus important, que l'art. 179 al. 6 emploie le conditionnel (« pourraient ») tandis que l'art. 180 al. 1 lit. c utilise l'indicatif présent (« permettent »). Le rapprochement apparaît aussi dans l'emploi de l'article déterminé « des » au lieu de « de ». Si l'on était tenté d'y voir une différence de substance, celle-ci s'estompe au regard du texte allemand, qui utilise le même temps dans la première disposition (« wecken können ») que dans la seconde (« geben »).

74. Or, quelle est la signification de ce langage ? Il est très simple : il rend la disposition inutile. En effet, le candidat à la fonction d'arbitrage ne va pas accueillir la proposition de devenir arbitre et déclarer en même temps l'existence de faits constitutifs d'un motif de récusation, ce d'autant que cela implique souvent la révélation de faits confidentiels liés à d'autres litiges ou à sa clientèle. Confronté à une telle situation, ce candidat décline l'offre qui lui est faite avec les remerciements d'usage, sans s'expliquer sur les circonstances mettant en doute son indépendance ou son impartialité au-delà du motif connu dans la pratique signalant l'existence d'un conflit d'intérêts, sans autre précision. En conclusion, la première phrase de l'alinéa 6 de l'art. 179 ne présente aucune utilité normative dans la pratique arbitrale. S'il n'en résulte aucune obligation de portée juridique, la disposition n'est pas sans intérêt pour autant, dans la mesure où elle rappelle aux candidats à de futurs arbitrages leur devoir de se présenter et de rester en conformité aux exigences d'indépendance et d'impartialité.

75. La situation n'est que très légèrement différente pour l'arbitre en fonction jusqu'à la clôture de la procédure.⁶¹ Sans exclure l'hypothèse dans la théorie, un tel arbitre confronté concrètement au devoir de divulgation consacré à l'art. 179 al. 6 ne va évidemment pas s'y plier sachant qu'il déclare alors qu'il présente un motif de récusation selon l'art. 180 al. 1 lit. c. Un tel arbitre, suivant l'usage généralement répandu, présente sa démission sans s'expliquer avec moult détails sur les circonstances le privant de son indépendance ou de son impartialité, si ce n'est d'avancer quelques motifs généraux le mettant à l'abri d'une objection qu'il se serait retiré de l'affaire à un moment inopportun, entraînant un cas de responsabilité, ce qui est extrêmement rare en pratique. De toute manière, un arbitre confronté à un cas de récusation doit se démettre,⁶² ce qui rend l'obligation de divulguer des faits pertinents sans objet. En

61 La notion de « clôture de la procédure arbitrale » correspond dans ce contexte à la délivrance de la sentence finale, ce que confirme l'expression allemande de « während des ganzen Verfahrens » (cf. *FF* 2018 p. 7183). Ce n'est pas le moment de la fin de l'échange des arguments entre les parties.

62 ATF 22.12.2020, 4A_318/2020, c. 7.4.

conclusion, l'extension de l'obligation de divulgation à la seconde phrase de l'art. 179 al. 6 est aussi inutile dans sa fonction normative qu'elle l'est dans la première.

76. Pour rendre l'alinéa 6 utile, il aurait fallu adopter une obligation de divulgation plus large que les motifs de récusation. En effet, d'une manière ou d'une autre, les faits qu'il s'agit de divulguer doivent aller plus loin que les circonstances qui peuvent justifier une récusation. Il faut présenter l'ensemble des faits connus de l'arbitre ou du candidat arbitre qui pourraient laisser émerger dans l'idée des parties des doutes relativement à l'indépendance ou l'impartialité, même si, en définitive, ces faits ne sont pas suffisants, souvent de loin pas, pour justifier un cas de récusation. Il s'agit donc de se mettre à l'abri de tout risque d'être exposé à un motif de récusation. L'approche suisse est diverse et laisse douter de sa cohérence. A l'art. 179 al. 6, l'obligation de divulguer est définie de façon restrictive, au point qu'elle manque son but. Dans le contexte des travaux ayant abouti au « Draft Code of Conduct » du 18 décembre 2020, élaboré conjointement par le CIRDI (ICSID) et la CNUDCI (UNCITRAL), la Suisse soutient que ce Code « should encompass extensive disclosure obligations », qui vont largement au-delà de ce qui pourrait justifier une récusation, mais qui permettent aux parties de se faire une idée large et approfondie des risques auxquels un arbitre pourrait les exposer dans la perspective d'une résolution raisonnable et équitable de leur différend.⁶³ On trouve la même approche dans une annexe de l'accord de commerce et de coopération entre l'UE et le Royaume-Uni (Brexit) du 31 décembre 2020.⁶⁴ On peut noter d'ailleurs avec intérêt que la Suisse se déclare favorable à une obligation de divulgation allant au-delà de ce que le Draft Code entend exiger, incluant la mention de toute filiale, société associée ou agence liée aux parties ainsi que toute partie tierce ayant un intérêt financier par rapport à l'issue du litige : la Suisse soutient ainsi une divulgation extrêmement étendue au plan mondial, alors qu'elle n'entend demander rien de précis des arbitres siégeant en Suisse.

77. Les récents codes de conduite n'ont pas encore fait leur entrée dans les termes du Protocole 3 de l'accord-cadre avec l'UE. Il faut cependant s'attendre à ce que cela se produise encore si l'accord prend de l'allure. En effet, on y trouve une règle de base sur l'obligation de divulguer des circonstances laissant apparaître des doutes (art. II.3), mais celle-ci pourra faire l'objet d'amendements, comme toutes les autres règles de ce Protocole. Le Comité mixte horizontal a la compétence pour ce faire (art. V.1). Ni la composition ni le mode de fonctionnement de ce Comité ne sont définis (art. 15).⁶⁵ Il est certain que la Suisse ne pourra pas résister à des obligations de divulgation exten-

63 Cf. Draft Code of Conduct as of December 18, 2020, Article 5, with Comments by State/Commenter, p. 61.

64 *JOUE* 2020 L 444, p. 14 ss, Annexe INST : Code de conduite à l'intention des arbitres, art. III, p. 1156.

65 Tout au plus peut-on lire que le Comité se compose de représentants des parties contractantes (art. 15 ch. 6), sans que l'on puisse connaître ni leur nombre, ni la désignation de la présidence, ni la manière de voter.

sives dès lors qu'elle en a fait la promotion dans le cadre du projet élaboré par le CIRDI et la CNUDCI.

78. Enfin, l'obligation de divulguer est de nature imparfaite, dès lors que son non-respect n'entraîne pas de sanction. Cependant, si, malgré le silence de l'arbitre, des faits susceptibles de justifier un motif de récusation au sens de l'art. 180 al. 1 lit. c apparaissent, l'omission de les divulguer peut renforcer le poids de l'évidence en faveur de la récusation. Par ailleurs, ce même comportement, sans justifier une récusation, peut devenir un facteur dans le contexte d'une demande en révocation (art. 180b al. 2).

79. On notera encore que l'obligation consacrée à l'alinéa 6 ne couvre pas des circonstances qui pourraient présenter un intérêt dans le contexte des deux autres cas de récusation, définis respectivement aux lettres a et b de l'art. 180 al. 1. Au demeurant, même le motif pris du manque d'indépendance ou d'impartialité n'est pas l'équivalent parfait du défaut de qualité dont la divulgation est requise selon l'art. 179 al. 6. En effet, le manque d'indépendance ou d'impartialité qui serait fondé sur des motifs objectifs, susceptibles d'être connus d'un observateur appliquant une diligence raisonnable, n'a pas à être divulgué spécialement par l'arbitre.⁶⁶ Son obligation porte donc essentiellement sur la présomption d'impartialité subjective.⁶⁷

VIII. La récusation de l'arbitre

A. Les motifs de récusation

80. Les cas de récusation sont restés les mêmes, si ce n'est l'adjonction du cas de l'impartialité. Le destin réservé à la portée de l'exigence d'indépendance et d'impartialité reste dans les mains des Juges. L'influence indirecte de l'évolution des idées dans les principaux milieux étrangers et internationaux de l'arbitrage va se faire sentir indirectement et progressivement. Le Tribunal fédéral estime que des règles déontologiques réputées dans la profession, telles les lignes directrices de l'International Bar Association (IBA), sans avoir valeur de loi, peuvent servir d'instrument de travail, susceptible de contribuer à l'harmonisation et à l'unification des standards appliqués dans le domaine de l'arbitrage international.⁶⁸ Or, dans ces milieux, l'intérêt pour des codes et autres réglementations sur la conduite des arbitres va grandissant, incluant

66 Ainsi, les relations entre les associés d'un cabinet d'avocats sont connues et n'appellent pas une divulgation spéciale. Autre est la question des mandats des avocats et de leurs relations avec les clients. La jurisprudence n'est pas uniforme. Une certaine flexibilité est acceptée en matière d'arbitrage (cf. ATF 142 III 521 ss, 536–543; ATF 27.5.2019, 4A_663/2018, c. 3.4 à 3.7), tandis qu'en matière pénale, les exigences sont plus rigoureuses (cf. ATF 145 IV 218 ss, 223 s.).

67 Cf., sur cette distinction et le devoir des parties de faire preuve de l'attention requise de leur part, ATF 22.12.2020, 4A_318/2020, c. 6.

68 Cf. ATF 142 III 521 ss, 537; ATF 22.12.2020, 4A_318/2020, c. 7.4.

presque nécessairement des critères plus rigoureux s'agissant des exigences d'indépendance et d'impartialité des arbitres. La même tendance se manifeste dans le « Draft Code of Conduct » du 18 décembre 2020, élaboré conjointement par le CIRDI (ICSID) et la CNUDCI (UNCITRAL). Son rôle pourrait devenir plus important encore que les règles déontologiques de la profession, étant donné qu'un tel Code aspire au rang de *soft law* constitutif d'un moyen d'interprétation d'un traité sous l'auspice duquel cet instrument a été élaboré et les recommandations formulées.⁶⁹ Or, à partir de là, il n'y a qu'un pas pour en faire un facteur d'influence non négligeable dans l'application de la LDIP.

B. La procédure

81. La nouveauté en cette matière est la réglementation sur la procédure de récusation (art. 180a). On remarque au premier regard déjà la mention de deux délais de 30 jours (al. 1 et 2). Leur observation est pertinente sous la double réserve que les parties ne sont pas convenues d'un autre mode de procéder et que la procédure arbitrale n'est pas encore terminée (al. 1). La loi n'impose aucun délai ou retard pour la procédure arbitrale en cours (al. 3); elle peut continuer avec la participation de l'arbitre visée par la récusation, jusqu'à la sentence, avec le risque qu'au cas où la récusation est prononcée, celle-ci soit affectée d'un vice conduisant à son annulation.

82. Tout commence par la demande de récusation, écrite et motivée, qui doit être adressée à l'arbitre dont la récusation est demandée (et non qui serait déjà « abgelehnt » comme le dit le texte allemand). Cette première étape est incontournable, puisque le second délai fixé en vue de la démarche devant le juge part du jour de cette même demande de récusation (al. 2).

83. Pour remettre sa demande à l'arbitre concerné, son auteur dispose de 30 jours à compter du jour « 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 ». Dans la première hypothèse, le départ du délai est clairement fixé. Dans la seconde, il y a lieu de reculer la date de la connaissance acquise du motif de récusation au jour auquel la partie requérante aurait pu en avoir connaissance dans les conditions décrites. Cela signifie, par exemple, que la partie qui a laissé durer son inattention pendant plus d'un mois ne peut plus formuler sa demande de récusation.

84. La demande est communiquée aux autres arbitres. Curieusement, il n'est pas prescrit qu'elle soit également adressée à la partie opposée, ni même à la partie agissant de concert avec la partie requérante, dans l'hypothèse d'un arbitrage multipartite.

85. Le jour du dépôt de la demande auprès de l'arbitre susceptible de récusation, le second délai de 30 jours part s'agissant de la récusation demandée au juge. Cette

⁶⁹ cf. ATF 144 II 130 ss, 140; 146 III 225 ss, 231–233.

demande peut se présenter de manière différente de celle soumise à l'arbitre visé, comme elle peut aussi être motivée différemment, pourvu qu'elle vise le même arbitre et qu'elle ait été adressée à ce dernier dans le délai des 30 jours conformément à l'alinéa 1.

86. Il manque dans cet échelonnement des actes la prise de position de l'arbitre dont la récusation est demandée. Contrairement à ce qui était prévu dans l'ancienne version de l'art. 369 al. 3 CPC, le fait que cet arbitre conteste sa récusation n'est pas pris en compte. Il n'est pas prévu non plus que cet arbitre, saisi de la demande de récusation, doive y répondre, dans un sens ou d'un autre, dans un certain délai. La partie qui déclenche la procédure doit donc, le cas échéant, s'adresser au juge dans les 30 jours alors qu'elle ne connaît pas la réaction de l'arbitre. S'il accepte de se démettre, les frais engagés pour saisir le juge n'auront servi à rien. S'il conteste, la requérante va normalement devoir demander que l'occasion lui soit donnée d'amender sa requête initiale en fonction de la réponse de l'arbitre ; cela cause également un complément de frais inutiles.

87. Les inconvénients de ce mode de procéder sont patents. On ajoutera encore la question, qui n'est pas un détail, de savoir quel juge il conviendra de saisir. L'art. 180b al. 2 n'en dit rien. Faute de renvoi, même indirect, à l'art. 369 al. 3 CPC, qui s'en remet à l'art. 356 al. 2 CPC, on ne peut en dégager que ce serait le juge du siège du tribunal arbitral. Ce juge serait certainement compétent. Mais que dira-t-on si la partie requérante saisit le juge du domicile suisse de l'arbitre qu'elle entend récuser, en arguant que, par analogie à l'art. 179 al. 2, faute d'indication d'un lieu, le premier juge saisi est compétent ? La jurisprudence va dégager une solution raisonnable, étant rappelé qu'elle devra encore dire, en plus, de quel juge du lieu choisi il s'agit, faute d'un renvoi à l'art. 356 CPC. Ne voulait-on pas créer des règles claires, bien toilettées ?

88. Puisque la procédure arbitrale peut continuer, si le tribunal arbitral le veut et avec l'accord des parties (al. 3), un problème est posé dans le cas où la demande de récusation est adressée à l'arbitre visé correctement dans le délai des 30 jours selon l'alinéa 1 alors que la procédure arbitrale est encore en cours, suivi du dépôt de la même demande devant le juge avant l'échéance du second délai de 30 jours (al. 2), et que le tribunal arbitral rend sa sentence avant que ce juge ne se prononce sur la récusation. Ce juge, que fait-il alors ? Peut-il récuser l'arbitre alors qu'il a déjà connaissance de l'existence de la sentence ? La jurisprudence dira peut-être que l'exigence de l'alinéa 1, rendant forclore une demande de récusation formulée après la clôture de la procédure arbitrale, doit s'appliquer par analogie par rapport à la même demande adressée au juge, ce d'autant que la partie dispose de la possibilité de requérir l'annulation de la sentence. Si le juge accepte la récusation sans avoir été informé du prononcé de la sentence, quel sera l'effet de sa décision, réputée définitive selon l'art. 180a al. 2 ? Elle ne pourra affecter la sentence, déjà rendue et définitive, ni être remise en

question à travers un recours (art. 190 al. 2 lit. a)⁷⁰ ou une demande en révision (selon le motif de l'art. 190a al. 1 lit. c).⁷¹

89. Les parties auront intérêt à prendre les devants et prévoir un arbitrage institutionnel, pourvu d'un règlement. Les parties peuvent aussi insérer dans leur convention un délai que l'arbitre doit respecter. Une manière élégante d'aménager le processus consisterait à saisir l'arbitre d'une simple demande de renseignement au sujet de faits qui inspirent à une partie des doutes ou des questions sur son indépendance ou son impartialité, en précisant bien qu'il ne s'agit pas (encore) d'une demande de récusation au sens de l'art. 180a al. 1. On peut aussi attirer son attention sur son obligation de divulguer des faits pertinents selon l'art. 179 al. 6 et attendre sa réaction. S'il s'abstient, on peut deviner qu'il y aurait intérêt à poursuivre selon l'art. 180a. Une autre approche consiste à faire de la récusation un cas de révocation.

IX. La révocation de l'arbitre

90. L'art. 180b sur la révocation d'un arbitre est nouveau et semble être fait pour animer les prétoires. Dans les conventions d'arbitrage, la révocation est parfois prévue, mais en règle générale pour des motifs très étroitement définis, afin de ne pas mettre les arbitres d'emblée sous pression. L'hypothèse étant normalement liée à un arbitrage institutionnel, la défection de fait d'un arbitre peut être résolue avec la discrétion qui convient. En règle générale, les différents régimes de procédure traitent de la révocation d'un arbitre comme s'il s'agissait d'un cas de récusation, suivi du remplacement de l'arbitre. L'art. 180b en fait un mode de destitution à part, avec une procédure différente, sans éviter cependant des chevauchements.

91. La révocation fondée sur la loi se place devant le juge, dont on ne sait d'ailleurs pas comment l'identifier, comme pour la récusation selon l'art. 180a al. 2. Les motifs sont très vaguement définis, ce qui laisse une large place aux échanges peu amènes sur les qualités qui manqueraient à l'arbitre ainsi épinglé. A la limite, on peut se faire une idée de l'arbitre inapte à accomplir ses tâches en temps utile. Mais comment savoir si un arbitre ne s'acquitte pas de ses tâches « avec la diligence requise » (« mit gehöriger Sorgfalt »)? On ne peut guère s'imaginer un argument aussi réceptif pour attaquer un arbitre (de préférence celui de la partie adverse) et semer le trouble dans le déroulement de la procédure arbitrale. On doit chercher loin pour trouver une prescription ou règle de conduite de quelque substance qui s'imposerait positivement à l'arbitre. En consultant le Code de conduite le plus récent en la matière, celui de l'accord Brexit du 31 décembre 2020, il y est rappelé que l'arbitre doit s'acquitter entièrement et

70 Cf. ATF 138 III 270 ss, 271; 141 III 444 ss, 456; ATF 24.11.2017, 4A_236/2017, c. 5.4.

71 Cf. ATF 142 III 521 ss, 525–536; ATF 22.12.2020, 4A_318/2020, c. 4.2. On notera que le cas de révision est limité à l'hypothèse du manque d'indépendance ou d'impartialité de l'art. 180 al. 1 lit. c; cf. HABEGGER, supra n. 54, 552.

promptement de ses fonctions avec équité et diligence.⁷² La jurisprudence suisse n'a guère eu l'occasion d'élaborer de telles règles de conduite susceptibles de fournir des réponses utiles pour le cas particulier. A la rigueur, on pourrait soulever à ce propos la fonction personnelle de l'office arbitral, qui devrait ne laisser qu'une place bien délimitée au secrétaire arbitral ou à des conseils externes, contrastant avec la jurisprudence bien généreuse du Tribunal fédéral qui n'est pas appréciée à l'étranger autant qu'on le croit en Suisse.⁷³ Mais tel n'était pas le but de l'art. 180b al. 2. L'incertitude va durer quelques années jusqu'à ce qu'une pratique soit consolidée.⁷⁴ Les parties pourraient donc avoir un intérêt à éviter de telles disputes, ce d'autant qu'elles serviront très souvent non pas à faire démettre un arbitre, mais à faire ressortir des renseignements sur le fonctionnement du tribunal arbitral, qui seraient autrement restés confidentiels.⁷⁵ On viendra batailler devant le juge jusqu'à l'épuisement des arbitres comme source de renseignements, puis on retire la requête. Les parties soucieuses d'un déroulement harmonieux de la procédure arbitrale et de faire barrage à de telles tentatives de dérouter l'attention auront donc très souvent intérêt à échapper à une telle procédure judiciaire, ce qu'elles doivent faire par une « convention contraire ». Une simple convention qui règle les hypothèses de révocation ne suffit pas ; il faut qu'il en ressorte une volonté d'exclure la révocation par le juge.

92. Les parties peuvent cependant également définir ce qu'elles entendent par « temps utile » ou par la « diligence requise ». L'art. 180b al. 2 n'exclut aucunement que ces critères soient purement objectifs et ne puissent pas dépendre des indications figurant dans un accord conclu entre les parties, avec ou sans la collaboration des arbitres. De toute manière, lorsque l'alinéa 1 s'en remet à la convention des parties, il n'exclut pas que celles-ci définissent les cas de révocation mais laissent le juge en décider conformément à sa compétence selon l'alinéa 2, qui n'est exclue que si les parties en sont convenues.

93. Une menace pèsera sur les parties qui sont convenues de la confidentialité de l'arbitrage, parfois dans des termes très stricts. Si elles n'ont pas pensé à rendre l'art. 180b inapplicable, elles seront exposées au risque qu'à l'occasion de cette procédure, des informations confidentielles puissent s'évaporer hors de tout contrôle.

94. La procédure de révocation a cependant un avantage, plutôt surprenant, étant donné qu'elle permet d'échapper à la procédure de récusation et à ses inconvénients pratiques. Car il existe une grande fongibilité entre certains motifs de récusation et les conditions requises pour une révocation. L'une et l'autre opération peuvent être définies par les parties. Les « qualifications convenues » peuvent avoir également

72 Art. IV, no 10.

73 Cf. ATF 21.5.2015, 4A_709/2014, c. 3.2.

74 Cela n'a pas pu se produire dans le contexte de l'art. 370 CPC qui a déjà consacré ce régime qui vient d'être transposé dans la pratique internationale.

75 La question est sensible d'autant plus que les arbitres ne sont pas libérés de l'obligation de témoigner (cf. HABEGGER, supra n. 54, 578).

pour fonction de définir la « diligence requise » ou l'aptitude de l'arbitre à procéder « en temps utile ». La convention des parties au sens de l'alinéa 1 ne comporte aucune restriction *ratione materiae*. Elle peut donc reprendre les motifs de récusation de l'art. 180 al. 1 et prévoir qu'au lieu d'une procédure de récusation, il soit procédé à la révocation de l'arbitre en délicatesse. Pour ce faire, point ne serait-il nécessaire de respecter les deux délais de 30 jours de l'art. 180 al. 1 et 2, ni de s'exposer au risque de se faire objecter que l'on aurait pu découvrir le motif de révocation depuis plus de 30 jours déjà.⁷⁶ On remarque d'ailleurs que contrairement au cas de la récusation (art. 180a al. 1), la demande en révocation ne suppose pas que l'arbitre visé soit consulté préalablement ; pour celui-ci, la démarche peut s'avérer surprenante et parfois très incertaine dans son objectif, ce d'autant qu'au cas où les parties s'entendent, elles peuvent le faire oralement (contrairement à l'art. 370 al. 1 CPC, exigeant un écrit). Au demeurant, la situation peut être problématique sous l'angle du contrat *sui generis* qui lie les parties à l'arbitre.

95. Cela dit, on aurait tort de penser que l'entame d'une telle procédure de révocation se fasse sans délai aucun. Le nouvel alinéa 4 de l'art. 182 n'est pas une simple règle ponctuelle de procédure arbitrale. Cette disposition révèle un principe général de la jurisprudence, empêchant une partie de se prévaloir de la violation d'une règle de procédure arbitrale ultérieurement, alors qu'elle a manqué de le faire sans retard lorsqu'elle l'a constatée ou aurait pu la constater avec la diligence requise. En référence à ce principe, ou à l'art. 182 al. 4, appliqué par analogie, une partie ne peut donc reporter indûment le dépôt d'une demande en révocation, cependant sans être liée par les délais rigides de l'art. 180a al. 1 et 2. Et lorsqu'elle l'aura fait, que devient le tribunal arbitral ? On pourrait penser que l'application *e contrario* de l'art. 180a al. 3 ne se justifie pas, ce d'autant qu'un arbitre est confronté au reproche de son incapacité de fonctionner⁷⁷ ; cependant, il n'y a pas d'indicateurs forts en faveur d'une telle interprétation.

96. L'exigence d'une réaction « immédiate » ne serait pas appropriée dans une application purement analogique de l'art. 180 al. 4. Elle peut se justifier lorsque l'on doit attendre d'une partie qu'elle ne laisse pas la procédure se dérouter dans l'irrégulier alors que l'on peut très rapidement rectifier le tir. En revanche, le même principe de base de la bonne foi peut aussi justifier une exigence temporelle plus souple, voir une possibilité d'y renoncer. Ainsi, une partie peut renoncer à blâmer le tribunal arbitral en escomptant que celui-ci corrigera une erreur commise de lui-même à la prochaine occasion. Aussi serait-il injustifié d'exiger d'une partie ayant signalé une erreur de procédure de répéter sa réprimande à chaque fois quand l'erreur est répétée par le

76 Il a été renoncé à un délai au motif de l'incertitude pour les parties de savoir si l'incapacité de l'arbitre est vraiment réalisée ou suffisamment sérieuse pour persister ; cf. HABEGGER, supra n. 54, 556. Cependant, de semblables incertitudes peuvent également se manifester dans d'autres hypothèses dans lesquelles les parties doivent agir sans retard (cf. art. 180 al. 2, 180a al. 1, 182 al. 4).

77 Cf. MABILLARD, supra n. 40, 476.

tribunal arbitral, alors que celui-ci a déjà clairement fait savoir qu'il ne changera pas sa pratique.

X. L'extension de la fonction du juge d'appui aux arbitrages étrangers

97. Le rôle du juge d'appui est une figure bien enracinée dans l'arbitrage international en Suisse. Il s'agissait donc plutôt d'en examiner un élargissement au profit de tribunaux arbitraux siégeant à l'étranger et aux parties y participant. C'est ce que fait l'art. 185a. Au premier regard, on est surpris de trouver cette disposition ici, étant donné que compte tenu de la définition du champ d'application des dispositions du chapitre 12 à l'art. 176, elle ne devrait pas s'y trouver, mais plutôt à la suite des art. 10 et 11a.⁷⁸ On vivra avec cette anomalie, car l'effet utile de la règle doit l'emporter. Il convient de distinguer entre les mesures provisionnelles ou conservatoires (al. 1) et l'administration des preuves (al. 2), en observant dans chaque cas par analogie les règles correspondantes applicables aux cas de tribunaux arbitraux siégeant en Suisse.

A. Les requérants

98. Lorsque la demande émane d'un *tribunal arbitral étranger*, il convient d'exiger tout d'abord qu'il dispose des pouvoirs pour effectuer une telle démarche selon le droit de son siège. Ce droit peut limiter la compétence *ratione loci* pour requérir de mesures provisionnelles ou conservatoires ou pour administrer des preuves à l'étranger au territoire de l'Etat de son siège. Dans une telle situation, la loi suisse ne peut offrir à ce tribunal l'extension d'une compétence qu'il n'a pas selon son droit et que le droit suisse ne peut lui attribuer, faute d'une règle suisse produisant un tel effet extraterritorial.

99. On précisera que le tribunal ayant son siège à l'étranger n'est pas nécessairement un tribunal arbitral national. Il peut s'agir d'un tribunal arbitral international fondé sur un traité ou sur l'acte d'une Organisation internationale, pourvu qu'il dispose d'un siège hors la Suisse.

100. Alternativement, une *partie* à une procédure arbitrale étrangère peut requérir le concours du juge suisse pour obtenir l'octroi de mesures et pour administrer des preuves avec l'aide du juge suisse, mais dans ce dernier cas uniquement si elle agit d'entente avec le tribunal arbitral. Or, sur ce point, il est difficile de discerner la nouveauté.

⁷⁸ Lors des travaux parlementaires, on avait envisagé plutôt de créer deux sections dans le chapitre 12, une idée qui a finalement été abandonnée. Cf. GIRSBERGER & LORETAN, supra n. 22, 404, 406.

101. S'agissant des mesures, cette partie dispose de toute manière de l'aptitude à requérir une mesure au lieu d'exécution en Suisse selon l'art. 10 lit. b, en profitant au surplus de la compétence du juge compétent au fond (lit. a).⁷⁹ L'art. 185a al. 1 apporte plutôt une restriction en exigeant, conformément à l'art. 183 al. 2, applicable par analogie, que la partie concernée ne se soit pas soumise volontairement à une mesure ordonnée provisoirement par le tribunal arbitral, à supposer que celui-ci ait les pouvoirs pour ce faire.

102. En ce qui concerne la partie requérant le concours du juge suisse à l'administration de preuves, même d'entente avec le tribunal arbitral, son rôle n'est pas différent de la partie à toute procédure judiciaire pendante à l'étranger qui entend solliciter les autorités suisses pour ce faire. Le fait qu'elle soit immergée dans une procédure arbitrale ne change rien au fait qu'elle sollicite un acte d'entraide qui suppose l'observation des conditions relatives aux commissions rogatoires. Il en est ainsi d'autant plus du fait que l'art. 184 al. 3 rappelle, par analogie, que le juge suisse applique son propre droit, ce qui comprend les traités. L'exigence de l'entente entre les parties et le tribunal arbitral sert à éviter qu'une partie vienne solliciter un juge suisse pour collecter des preuves dont la pertinence n'a pas convaincu les arbitres.⁸⁰

B. La requête du tribunal arbitral étranger

103. Le tribunal arbitral doit trouver l'aménagement nécessaire pour accéder à une juridiction suisse l'autorisant à solliciter une mesure ou un acte d'administration de preuve. Tel est l'apport principal du nouvel art. 185a.

104. S'agissant de *mesures provisoires ou conservatoires*, le juge suisse du lieu de l'exécution de la mesure est compétent. Sur ce point, la solution correspond à celle de l'art. 10 lit. b, également quant à la loi applicable, qui est la loi suisse (art. 183 al. 2). Tant l'art. 185a al. 1 que l'art. 183 al. 2 évoquent le rôle du juge suisse en employant le terme « concours ». Cela implique une possible coordination des deux juridictions concernées, le tribunal arbitral étranger et le juge suisse.

105. Le parallélisme avec l'*administration des preuves* n'est pas complet. A cet égard, c'est également le « concours » du juge suisse qui est visé, mais sa désignation n'est pas la même selon que la démarche émane d'un tribunal arbitral suisse ou d'un tribunal arbitral étranger. Dans le premier cas, l'art. 184 al. 2 désigne le juge du siège du tribunal arbitral, tandis que l'art. 185a al. 2 vise le juge du lieu de l'administration des preuves, précisant par ailleurs que, dans ce dernier cas, l'art. 184 al. 2 s'appliquerait par analogie. Faute de siège en Suisse, on suivra la compétence telle que définie à l'art. 185a al. 2.

⁷⁹ Comme le reconnaît le Message, *FF* 2018 p. 7186.

⁸⁰ Cf. LORENZ RAESS, « Court Assistance in the Taking of Evidence: Switzerland's Way Forward », 30 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2020), 27–43, 33 s., 42.

106. On s'étonne de l'absence d'une règle sur le droit des arbitres de participer aux actes de leur collègue suisse, ce que l'on peut lire à l'art. 375 al. 3 CPC. Il n'y a donc pas de règle analogue dans les cas internationaux, comme si l'on n'en voulait pas. Peut-être a-t-on pensé que cela pourrait aller trop loin. Car la situation n'est pas simple.

107. Le libellé de l'art. 185a ne peut masquer le problème de fond. Si l'on prend d'abord le cas des mesures provisoires ou conservatoires, de quel ordre juridique le tribunal arbitral tire-t-il le pouvoir de venir requérir de telles mesures en Suisse ? Il ne s'agit pas de savoir si ce tribunal peut ordonner de telles mesures ou, tout au moins, en recommander à l'attention d'une partie. L'art. 185a al. 1 entend dire que le tribunal arbitral étranger aurait le pouvoir d'exécuter en Suisse des mesures provisoires ou conservatoires, le rôle du juge suisse n'allant pas plus loin que d'offrir son « concours ». Or, un tel pouvoir, un tribunal arbitral siégeant à l'étranger ne l'a normalement pas.⁸¹ L'ordre juridique du pays de son siège ne peut conférer à ses juridictions, du point de vue du droit international public, le pouvoir de procéder à l'exécution de leurs décisions sur le territoire d'Etats étrangers. Il n'en va pas autrement des tribunaux arbitraux rattachés à cet Etat. La Suisse partage cette position : elle ne confère pas un tel pouvoir de contrainte sur sol étranger ni à ses juges ni aux tribunaux arbitraux ayant leur siège dans ce pays.⁸² Comme le rappelle le Message, le tribunal arbitral n'est pas investi de la puissance publique.⁸³ Cela scelle le sort de l'alinéa 1 de l'art. 185a. En effet, lorsque le tribunal arbitral a son siège à l'étranger, hors de la juridiction du juge suisse sollicité, le recours à l'entraide judiciaire internationale est nécessaire.⁸⁴

108. Curieusement, après avoir posé cette constatation correcte, le Message continue, rappelant les demandes de la pratique de pouvoir disposer d'une voie évitant les longueurs de l'entraide, que le nouvel art. 185a doit permettre aux tribunaux et aux parties à un arbitrage à l'étranger de requérir le concours du juge suisse.⁸⁵ Aucune explication n'est fournie pour quelle raison l'exigence de l'entraide internationale est abandonnée. L'avis se répand cependant que l'art. 185 al. 2, tout au moins, aurait pour but d'ouvrir aux tribunaux arbitraux étrangers la voie directe pour procéder à l'obtention de preuves se trouvant en Suisse.⁸⁶

81 On peut s'imaginer une exception dans le cas d'un tribunal arbitral ayant son siège à l'étranger mais opérant sur la base d'un traité liant également la Suisse.

82 On aurait pu y penser dans le contexte de l'arbitrage régi par le nouvel art. 697/CO, qui doit avoir son siège en Suisse. En effet, des mesures édictées dans l'intention qu'elles produisent des effets à l'étranger pourraient présenter un intérêt dans les cas où une assemblée générale se tient à l'étranger (art. 701b CO).

83 FF 2018 p. 7187.

84 FF 2018 p. 7187.

85 FF 2018 p. 7187.

86 Cela semble parfois évident au point que le thème de l'entraide n'est pas abordé ; cf. GIRSBERGER & LORETAN, supra n. 22, 398–402. Pour un autre auteur, il serait « very unlikely » qu'un juge suisse accepterait une demande de *pre-trial discovery* présentée par un tribunal arbitral, mais le rôle de l'entraide n'est pas examiné plus généralement (RAESS, supra n. 80, 36).

109. Au départ, on notera, en suivant l'analogie avec l'art. 184 al. 3, que le juge suisse applique également son propre droit. Celui-ci comprend les traités et notamment ceux sur l'entraide internationale en matière de preuve, essentiellement la Convention de La Haye de 1970. La question se pose alors si le tribunal arbitral étranger peut procéder, en sollicitant le concours du juge d'appui suisse, directement ou s'il doit se servir du mécanisme de la Convention, soit directement, soit par l'entremise de la partie intéressée.

110. Or, il est vrai que la Convention de 1970 n'oblige pas un Etat contractant à l'observer en pareils cas, étant donné que le terme « autorité judiciaire » ne comprend pas les tribunaux d'arbitrage.⁸⁷ Il n'empêche que la Convention a déjà été appliquée spontanément, auquel cas la requête d'obtention des preuves doit être présentée par l'autorité judiciaire concernée de l'Etat dans lequel la procédure d'arbitrage a lieu.⁸⁸ Il convient dès lors d'accueillir la demande d'un tribunal arbitral étranger qui la formule *sua sponte*, après avoir vérifié s'il dispose des pouvoirs pour ce faire selon le droit de l'Etat de son siège.⁸⁹ Malgré l'intérêt de la question, cela ne se produit pas souvent en pratique. L'arbitrage international fonctionne à travers l'apport des moyens de preuve réunis par les parties, qui ne subissent aucune contrainte pour réunir des documents et récolter des témoignages à l'échelle mondiale. Aussi faut-il ne pas ignorer qu'un tribunal arbitral, même disposant de la liberté de solliciter des preuves à l'étranger là où les parties n'y auraient pas accès, n'a pas la compétence, en règle générale, pour déléguer cette fonction à des juges étrangers. Or, c'est ce dont il s'agit à en croire la note marginale de l'art. 185a et le libellé sur le recours à la procédure sommaire (art. 251a lit. e CPC). C'est le point critique auquel il faut faire attention, afin d'assurer l'efficacité du concours du juge suisse dans la juridiction du siège du tribunal arbitral étranger.

111. La situation est différente, réelle et efficace malgré les délais parfois longs, lorsque le tribunal arbitral voudrait approcher le juge suisse compétent après en avoir reçu l'autorisation pour ce faire d'un tribunal de son Etat. Dans de telles conditions, la demande d'obtention de preuves devient une démarche entre une autorité judiciaire de cet Etat et une autorité suisse, ce qui déclenche l'application de la Convention. Le juge suisse n'a pas de marge d'appréciation à cet égard au regard de la déclaration suisse estimant que la Convention s'applique de manière exclusive entre Etats contractants et que la priorité doit être donnée en tout état de cause aux procédures prévues par celle-ci. Tel est notamment le cas dans l'hypothèse d'une demande de *discovery* soumise à l'autorité américaine par un tribunal arbitral ou une partie inté-

87 Cf. PHILIP W. AMRAM, Rapport explicatif, Actes et doc. 1968/IV, n° 274; LORENZ RAESS, Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration, Zurich 2020, 118.

88 Cf. les Recommandations de la Commission spéciale de 2003, n° 38.

89 La question relève donc de la *lex arbitri* du tribunal arbitral étranger, soit, en pratique, de l'accord des parties qui ne s'y opposent pas, souvent à travers l'adhésion à un règlement d'arbitrage. Cf. GIRSBERGER & LORETAN, supra n. 22, 399.

ressée engagée devant un tel tribunal, auquel cas le juge suisse doit exiger l'observation de la Convention de La Haye et de la déclaration suisse relative à l'art. 23 de celle-ci. C'est l'hypothèse d'une « autre forme de procédure » que celles de son propre droit que le juge suisse peut observer ; la disposition figure déjà à l'art. 11a al. 2, de manière plus explicite. Il faudrait attendre quelques années avant de disposer d'une pratique consolidée.⁹⁰

XI. Les recours au Tribunal fédéral

112. Aucune réflexion n'ayant été consacrée aux motifs et au mode d'examen des recours, la réforme se borne à régler deux points, dont le premier était incontesté, tandis que le second a mobilisé l'esprit des députés.⁹¹

113. Comme depuis toujours, le délai de recours est de *30 jours* à compter de la communication de la sentence, ce qui comprend la « décision » relative à la composition et à la compétence du tribunal arbitral. Figurant à l'alinéa 4 de l'art. 190, il faut comprendre la mention de ce délai comme une simple répétition de ce que l'on trouve à l'art. 100 al. 1 LTF. Cela élimine tout doute sur l'application des art. 44 à 50 LTF sur les modalités de la détermination du délai, concernant notamment les fêtes judiciaires.⁹² Puisque la possibilité de demander au tribunal arbitral la rectification, l'interprétation et le complément d'une sentence est dorénavant consacrée dans la loi (art. 189a al. 1), l'impact d'une telle procédure sur la détermination du délai de recours est réglé dans le même contexte (art. 189a al. 2).

114. La nouveauté qui a animé les débats est la permission que « les mémoires peuvent être rédigés en anglais » (art. 77 al. 2^{bis} LTF).⁹³ Les *mémoires* sont ceux au sens de l'art. 42 LTF, ce qui signifie qu'ils ont pour auteur les *parties*. La détermination de l'autorité précédente (art. 102 al. 1 LTF) n'est pas faite sous la forme d'un mémoire.

90 On a pensé qu'en attendant, la nouvelle règle soulève plus de questions qu'elle n'entend en résoudre : CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, « Die Revision des schweizerischen internationalen Schiedsrechts », 4 Zeitschrift für internationale Wirtschaftsrecht (2019), 159–168, 165.

91 On notera en passant la bizarrerie que le tribunal arbitral n'est pas sensé statuer sur ses propres frais avec l'effet d'ouvrir ainsi l'accès au motif de recours fondé sur l'ordre public (FF 2018 p. 7169, 7173), comme le voulait le Parlement dans le passé (BO CE 1987 p. 197). Le tribunal arbitral de l'accord-cadre avec l'Union européenne sera mieux loti (Protocole 3, art. IV.7), bénéficiant d'ailleurs d'une exonération de responsabilité (art. II.6) que l'on n'a pas voulu offrir aux arbitres siégeant en Suisse. Pour compléter la confusion, on entend empêcher les arbitres selon la LDIP de faire ce qui est permis à leurs collègues selon le CPC (art. 384 al. 1 lit. f, 393 lit. f). Certes, les arbitres prendront les devants en exigeant des avances suffisantes, comme on le leur conseille. Cependant, cela ne les met pas à l'abri d'une réclamation contractuelle en remboursement, en Suisse ou à l'étranger, ou d'une mesure coercitive, tel un séquestre.

92 FF 2018 p. 7189.

93 Cf., pour un résumé des tractations parlementaires, HABEGGER, supra n. 54, 562–567.

115. On constate ainsi, tout d'abord, que les *observations du tribunal arbitral*, que le Tribunal fédéral sollicite souvent, ne peuvent être faites en anglais; elles doivent être fournies dans une langue nationale. La pratique montrera si le Tribunal fédéral ne voudra pas se montrer plus souple, comme il l'a fait au sujet de la communication des sentences en langue anglaise.⁹⁴ Compte tenu de la bienveillance avec laquelle le Tribunal fédéral appréhende le TAS et en particulier son directeur général, qui peut s'exprimer librement alors qu'il n'a pris aucune part à la délibération et à la rédaction de la sentence et qu'il devrait nécessairement se démettre faute d'indépendance et d'impartialité,⁹⁵ celui-ci profitera probablement d'une nouvelle dérogation et pourra formuler ses observations en anglais.

116. Le tribunal arbitral aurait également pu voir un grand avantage s'il pouvait se servir de la langue anglaise dans d'autres démarches devant les tribunaux suisses, en particulier lorsqu'il s'adresse au juge d'appui. Il est quelque peu étonnant, en effet, que le juge suisse puisse se servir d'une forme de procédure autre que ce qu'il connaît en Suisse, qui provient normalement d'un droit anglo-saxon, alors que l'on ne peut la lui expliquer dans la langue d'origine.⁹⁶ Pour les parties, l'intérêt à se servir de cette langue est tout aussi évident, comme il l'est également par rapport à d'autres demandes adressées aux juges suisses.

117. Que vont donc faire les parties ayant terminé un arbitrage en anglais lorsqu'elles arrivent au stade d'un recours devant le Tribunal fédéral? Il ne va pas de soi qu'elles vont se servir de l'anglais, sachant que le Tribunal fédéral n'y était pas favorable et que l'on sait d'expérience que la préparation d'un arrêt français ou allemand qui répond à un recours et à la réponse de l'intimé en anglais est loin d'être comode.⁹⁷

94 ATF 138 III 520 ss, 523–527; 7.4.2014, 4A_450/2013, c. 1; ATF 27.5.2014, 4A_508/2013, c. 1.

95 Le Tribunal fédéral n'entend pas en discuter (ATF 10.12.2020, 4A_384/2020, c. 5), renvoyant un recourant sèchement à deux arrêts (ATF 29.10.2010, 4A_234/2010, c. 2.2; ATF 20.12.2016, 4A_32/2016, c. 2), en se rappelant sans doute qu'il avait décidé dans un autre arrêt que les observations du seul président d'une formation, n'ayant pas consulté le collègue, étaient irrecevables (ATF 27.6.2016, 4A_322/2015, c. 2.2.2), ce qui rend d'autant moins acceptables celles du directeur général qui n'est pas membre d'une formation et qui, selon la jurisprudence, n'a même pas pour devoir de la consulter (cf. ATF 6.1.2020, 4A_287/2019, 4.2), au point qu'il lui est permis de s'exprimer à titre personnel en parallèle au tribunal arbitral (ATF 20.7.2018, 4A_578/2017, c. 3.2.3). Quoi qu'en pensent les Juges, les critiques de cette irrégularité ne vont pas cesser, s'agissant d'une « anomalie à supprimer » (cf. PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport, dans: Antonio Rigozzi, Dominique Sprumont & Yann Hafner [éds.], *Citius, Altius, Fortius*, Mélanges en l'honneur de Denis Oswald, Bâle 2012, 483–537, 507).

96 Cf. FOUNTOLAKIS, supra n. 90, 167.

97 Pour le Tribunal fédéral, se posera la question de la langue de son arrêt, étant donné que l'anglais des mémoires ne peut servir de référence. La répartition des charges au sein de la Cour pourrait devenir un facteur plus important, alors que par le passé, il ne jouait un rôle que très exceptionnellement (ATF 13.11.2019, 4A_294/2019, c. 1.2).

118. La partie diligente qui a plutôt intérêt à se montrer compréhensive à l'égard des Juges et de leur Greffier qui doit rédiger l'arrêt, va peut-être fournir son mémoire en anglais, par gain de temps, mais produire après-coup une traduction dans une langue nationale. Le Tribunal fédéral ne va pas la refuser, comme il accepte de recevoir des corrections d'erreur de frappe ou d'autres de ce genre qui lui parviennent postérieurement à l'échéance du délai.⁹⁸ Il va peut-être même faire un pas de plus et suggérer aux parties de lui rendre ce service, sans qu'elles doivent se sentir obligées de le faire.

119. La problématique de l'emploi de l'anglais est également liée au fond des mémoires. Contrairement à la première impression se dégageant des discussions publiques, le fait qu'un tel mémoire constitue en quelque sorte le prolongement d'une procédure arbitrale menée en anglais et d'une sentence rédigée dans cette langue ne correspond que partiellement à la réalité. Car le Tribunal fédéral ne reçoit ni des répétitions ni des critiques des faits relatés dans la sentence. Et il revoit le fond de celle-ci uniquement dans la mesure où elle heurte l'un des griefs constitutifs d'un motif de recours. Or, ces motifs, dans toute la diversité développée par la jurisprudence, sont consacrés dans des arrêts rédigés dans une langue nationale, dont les traductions en anglais, si elles sont disponibles, ne sont normalement pas un instrument de travail du Tribunal fédéral. L'auteur d'un mémoire en anglais, rejaillissant en réaction à l'issue d'un arbitrage en anglais, doit se plonger de toute façon dans une jurisprudence dont la conception et la rédaction ne reposent pas sur cette langue.

120. Certes, l'auteur d'un mémoire en anglais aura besoin qu'on le lui explique. Le concours d'un conseil en droit suisse s'avère donc normalement indispensable, ce qui réduit considérablement l'intérêt à l'emploi de l'anglais. De toute manière, l'ouverture aux écritures en anglais, préparées par des conseils anglophones, s'est arrêtée à mi-chemin puisque la qualité pour agir comme mandataire devant le Tribunal fédéral (art. 40 LTF) n'a pas été adaptée en conséquence.

121. Il n'est pas certain que l'attractivité que l'on a cru voir dans l'emploi de l'anglais soit encore aussi prononcée qu'on le croit lorsque les spécialistes étrangers de l'arbitrage se seront plongés dans les méandres de la jurisprudence du Tribunal fédéral. L'ouverture vers les conseils anglophones expose cette jurisprudence dans le monde étranger de l'arbitrage plus qu'elle ne l'a été jusqu'à présent. Les privilèges consentis au TAS étonnent déjà.⁹⁹ La fixation des délais pour répondre à la partie adverse est un mystère pour les non-initiés. En fait, ces délais ne sont normalement

⁹⁸ Cf. ATF 10.1.2013, 4A_146/2012, c. 2.3.

⁹⁹ Le dernier en date est l'arrêt rendu à propos de la campagne du TAS contre l'athlète sud-africaine Semenya que l'on voulait soumettre, par voie arbitrale, à un traitement médical et à des examens intimes pour lui imposer un taux de testostérone conforme aux règlements, une thématique sur laquelle le Tribunal fédéral s'épanche en moult répétitions, sans observer que le différend était manifestement non arbitral au regard de l'art. 177 al. 1 (qui s'applique d'office), du moment qu'il n'y avait aucune connotation patrimoniale (cf. ATF 25.8.2020, 4A_248/2019, c. 4.1.2, 9.8.3.4, 10).

pas donnés, puisqu'officiallement, il n'y a qu'un seul échange d'écritures (art. 102 LTF). Pour se plier à l'art. 6 § 1 CEDH, le Tribunal fédéral accepte cependant de recevoir des « observations », dans un va-et-vient sans limite, jusqu'à l'épuisement des arguments. La pratique préconise que chaque partie doit fournir ses commentaires « spontanément », dans un délai entre 10 et 20 jours. Pour en savoir plus, on peut dénicher une note obscure, non datée, sur le site du Tribunal, qui explique aux parties qu'aucun délai pour répondre ne leur est fixé, mais qu'elles disposent de la possibilité de déposer d'éventuelles observations, ce qu'elles doivent faire « immédiatement », alors qu'en réalité, elles disposent d'un délai allant jusqu'à 20 jours. Il n'y est pas dit que de tels échanges peuvent passer hors contrôle, le Tribunal fédéral acceptant de se faire remettre la triplique du recourant et la quadruplique de l'intimé.¹⁰⁰

122. Que va faire l'observateur étranger, spécialiste de l'arbitrage international, qui entend adresser un mémoire de recours pour faire valoir une violation de l'ordre public suisse en raison d'une perception manifestement de mauvaise foi d'un contrat de la part du tribunal arbitral, lorsqu'il lit le Tribunal fédéral lui dire que la chance de succès d'un recours invoquant le grief de l'art. 190 al. 2 lit. e est « extrêmement mince »,¹⁰¹ respectivement « chose rarissime »,¹⁰² mots qui ne sont pas d'une impartialité éclatante ? N'est-ce pas choquant qu'il n'y a rien à faire contre une sentence non motivée,¹⁰³ même servant de buanderie à l'argent sale, alors que l'on sait que le droit à la motivation fait partie du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst) et de la garantie du procès équitable (art. 6 CEDH) ? Pour faire tourner la tête à l'observateur, on affirme encore que la violation de la CEDH ne compte pas au nombre des griefs au sens de l'art. 190 al. 2 LDIP, comme si la Suisse s'était affranchie des droits de l'homme,¹⁰⁴ or, ce n'est pas le cas, car la CEDH peut revenir à travers la notion d'ordre public qui concrétise les droits de l'homme, ce qui fait que le résultat est pratiquement le même, mais à travers une présentation dont le sens n'est autre que de montrer le peu de respect pour le droit international dont la LDIP dit pourtant qu'il doit l'emporter (art. 1 al. 2). Comment ne pas se détourner, si on a le choix, d'une justice qui réclame trouver sa base dans « les principes fondamentaux reconnus dans tout ordre juridique »,¹⁰⁵ alors que celui de *pacta sunt servanda*, qui compte parmi les plus importants, est transformé en caricature au point que le Tribunal fédéral n'a

100 Cf. ATF 3.6.2013, 4A_666/2012; ATF 4.11.2013, 4A_255/2013; ATF 20.9.2016, 4A_616/2015; ATF 2.3.2020, 4A_395/2019. Une quadruplique a déjà été suivie encore d'une réponse de la recourante (ATF 7.2.2020, 4A_80/2018).

101 ATF 132 III 389 ss, 392.

102 ATF 25.8.2020, 4A_248/2019, c. 9.1; ATF 10.2.2021, 4A_430/2020, c. 7.1.

103 Cf. ATF 116 II 373 ss, 374 s; 128 III 234 ss, 243; 130 III 125 ss, 130; 133 III 235 ss, 248; 134 III 186 ss, 187; 142 III 360 ss, 360 s.

104 Cf., notamment, ATF 142 III 360 ss, 362; 146 III 358 ss, 360; ATF 25.8.2020, 4A_248/2019, c. 9.2.

105 ATF 120 II 155 ss, 166; 128 III 198; 132 III 392; 144 III 120 ss, 129; ATF 25.8.2020, 4A_248/2019, c. 9.1, 9.8.3.2; ATF 6.1.2021, 4A_346/2020, c. 6.1.

encore jamais rencontré un cas d'application,¹⁰⁶ sans se soucier de la méconnaissance complète de l'art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui est précisément connu dans tout ordre juridique en vertu de ce Traité et du droit international coutumier ?

113. La jurisprudence à laquelle les milieux de l'arbitrage international vont accéder plus intensément à travers l'ouverture à l'anglais risque de ne pas faire bonne impression. Le législateur suisse n'a pas été incité à s'y intéresser ; les experts consultés ont recommandé le silence, étant tous en porte-à-faux en raison de leur participation directe ou indirecte dans des affaires pendantes à Lausanne. On s'en remettra. Car on trouvera toujours des Suisses convaincus de leur attractivité.

106 Cf., parmi bien d'autres, ATF 21.9.2007, 4A_220/2007, c. 12.2.1 ; ATF 19.2.2013, 4A_550/2012, c. 4.1 ; ATF 24.11.2016, 4A_497/2015, c. 5.1 ; ATF 11.1.2018, 4A_56/2017, c. 4.1 ; ATF 26.7.2018, 4A_404/2017, c. 4.1 ; ATF 18.6.2020, 4A_70/2020, c. 7.3.1. Ces arrêts représentent une jurisprudence dite non-publée, c'est-à-dire ne figurant pas au Recueil officiel des ATF, une distinction incompréhensible pour un juriste étranger, à supposer qu'elle soit comprise en Suisse, ce d'autant que le Tribunal fédéral cite ou ignore des arrêts sans faire de distinction selon qu'ils soient « publiés » ou non.