

Modification de l'article 186 de la LDIP suisse : procédures parallèles et litispendance, clarification du législateur après la jurisprudence Fomento

Domitille BAIZEAU (*)
Avocat
Lalive, Genève

Il est parfois tentant pour une partie d'introduire une demande devant une juridiction étatique afin de prendre de vitesse son cocontractant et de l'empêcher de déposer une requête d'arbitrage, sans égard à la clause compromissoire à laquelle tous deux avaient naguère acquiescé. Il peut exister des raisons valables pour une telle démarche. Le plus souvent, toutefois, il s'agit d'une stratégie dilatoire, ou pire encore, d'une tentative de porter un litige devant un juge supposé « acquis » au demandeur.

C'est un risque auquel le législateur suisse tente cette année de pallier, avec l'introduction d'un alinéa supplémentaire à l'article 186 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) prévoyant que le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence (principe de *kompetenz-kompetenz*). Cet alinéa 1 bis, entré en vigueur le 1^{er} mars 2007, dispose que :

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

Cette modification fait suite à un travail de lobbying discret mais efficace de la part des praticiens suisses de l'arbitrage (et notamment de l'Association suisse de l'arbitrage, ASA), préoccupés par les répercussions internationales de la décision du Tribunal fédéral du 14 mai 2001 dans un arrêt Fomento de Construcciones y Contratas SA v. Colon Container Terminal SA (2). La jurisprudence apparemment inaugurée par cet arrêt avait troublé certains praticiens de l'arbitrage et jeté une ombre sur la réputation et bienveillance de l'ordre juridique suisse à l'endroit de l'arbitrage (3).

(*) L'auteur remercie Nicolas Leroux pour son travail de recherche.

(1) Les autres alinéas de l'article 186 disposent que : « 1 - Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. 2 - L'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond. 3 - En général, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente ».

(2) ATF 127 III 279, publié également dans Bull. ASA n° 3/2001, 544. V. Rapport de l'ASA. Position de l'ASA concernant l'initiative parlementaire Claude Frey sur la modification de l'article 186 de la loi fédérale sur le droit international privé, 22 juillet 2005, communiqué à l'auteur par le professeur Pierre Lalive, expert auprès de la Commission parlementaire avec Dr Markus Wirth, président de l'ASA.

(3) Plusieurs auteurs suisses avaient pourtant soutenu le Tribunal fédéral ou avaient tout au moins démontré le bien-fondé de la décision en l'espèce, ainsi que ses limites et ses avantages : v. par ex. M. Scherer, Editors Note : Should an Arbitral Tribunal Sitting in Switzerland Confronted with Parallel Litigation Abroad Stay the Arbitration?, Bull. ASA n° 3/2001, 451-457 ; E. Geisinger et L. Lévy, Lis Alibi Pendens in International Commercial Arbitration, Complex Arbitrations, spéc. suppl. 2003, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 53-68 ; C. Oetiker, The principles of lis pendens in International Arbitration : the Swiss decision in

Depuis un arrêt Westland de 1994 (4), il était clairement accepté que le tribunal arbitral siégeant en Suisse était lié par la décision antérieure d'une juridiction étatique suisse se déclarant compétente... et refusant donc *ipso facto* à ce tribunal arbitral toute compétence (5). La solution (qui prévaut dans d'autres pays) était logique et sans surprise, étant entendu que la juridiction étatique suisse appliquait pour cela le droit suisse et qu'elle était appelée en tout état de cause et *in fine* à se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral.

L'arrêt Fomento semblait aller plus loin en considérant que le tribunal arbitral siégeant en Suisse était obligé de surseoir à statuer jusqu'à la décision de la juridiction étatique étrangère sur sa propre compétence. En d'autres termes, il semblait suffisant qu'une partie saisisse un juge étranger quelconque, sur des motifs plus ou moins valables, pour paralyser la procédure arbitrale.

I. BIEN COMPRENDRE L'ARRÊT FOMENTO

Même si l'arrêt Fomento ne correspond plus au droit positif, un survol des faits de l'espèce et du raisonnement tenu par les juges suprêmes suisses permet de mieux comprendre l'enjeu de la révision du 1^{er} mars 2007.

Un contrat avait été conclu en 1996 entre une société espagnole (FCC) et une société panaméenne (CCT) pour la fourniture de certains services d'ingénierie. Un différend étant survenu entre les parties, FCC avait saisi un tribunal étatique panaméen. CCT excipia de la clause compromissoire contenue dans le contrat et présenta au tribunal une exception d'incompétence au profit de la justice arbitrale.

Le tribunal panaméen rejeta l'exception d'incompétence en raison de son caractère tardif et jugea le fond du différend. CCT fit appel de la décision au fond et, pendant la procédure d'appel au Panama, présenta une demande d'arbitrage qui conduisit à la constitution d'un tribunal arbitral siégeant à Genève.

Parallèlement à la procédure judiciaire au Panama, le tribunal arbitral se déclara compétent et rendit une sentence, laquelle fut ensuite annu-

Fomento v. Colon, Arbitration International n° 2/2002, 137-146 ; M. Liatowitsch, Die Anwendung der Litispendenzregeln von Art. 9 IPRG durch schweizerische Schiedsgerichte : ein Paradox, Bull. ASA n° 3/2001, 422-438.

(4) Émirats arabes unis et c/ Westland Helicopters et Tribunal arbitral, ATF 120 II 155.

(5) V. en ce sens, E. Geisinger et L. Lévy, op. cit., 55-56.

lée par le Tribunal fédéral suisse dans son arrêt du 14 mai 2001. Le Tribunal fédéral considéra qu'un « tribunal arbitral siégeant en Suisse doit appliquer l'article 9 de la LDIP s'il est saisi de la même cause que celle déjà pendante devant un tribunal étatique suisse ou étranger » (6). Cet article 9, qui ne fait pas partie du chapitre 12 de la LDIP relatif à l'arbitrage international, donne priorité, en cas de litispendance, à la première juridiction saisie et convie la seconde à surseoir à statuer dans l'attente de la décision de la première sur sa compétence (7).

De prime abord, la solution était problématique pour l'arbitrage international, puisqu'elle obligeait le tribunal arbitral à surseoir à statuer dès lors qu'une demande avait été présentée devant une juridiction étatique étrangère quelconque (8).

Le raisonnement du Tribunal fédéral semblait pourtant vouloir protéger l'arbitrage contre de telles manœuvres. Le Tribunal fédéral soulignait en effet que les conditions prévues à l'article 9 de la LDIP devaient être remplies. Or, l'article 9 prévoit que :

« 1 – Lorsqu'une action ayant le même objet est déjà pendante entre les mêmes parties à l'étranger, le tribunal suisse suspend la cause s'il est à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse.

2 – Le tribunal suisse se dessaisit dès qu'une décision étrangère pouvant être reconnue en Suisse lui est présentée » (it. aj.).

Ainsi, pour contraindre le tribunal arbitral à suspendre sa procédure, la procédure devant la juridiction étatique étrangère devait conduire à une décision « pouvant être reconnue en Suisse ». Or, tel n'est en principe pas le cas d'une décision rendue en violation d'une clause compromissoire.

Ainsi le Tribunal fédéral déclarait que : « Il n'y a pas lieu de prendre en considération ici le risque qu'un tribunal étranger, par une sorte d'hostilité à l'égard de la justice arbitrale, se refuse à tenir compte d'une convention d'arbitrage. En effet, un tel jugement ne serait pas susceptible d'être reconnu en Suisse. Or, le principe de la chose jugée et le principe de la litispendance ne s'appli-

(6) ATF 127 III 279, cons. 2c.cc.

(7) La décision du Tribunal fédéral dans l'arrêt Fomento n'était pas une véritable surprise. Une décision précédente du même Tribunal dans une affaire *Compañía Miera Condasa et Compañía de Minas Buenaventura SA v BRGM-Pérou SAS* (ATF 124 III 83, publié au Bull. ASA n° 2/1998, 365 en allemand) avait laissé ouverte la question de l'application de l'article 9 de la LDIP en matière arbitrale, tout en indiquant, déjà, que la question du sursis à statuer ne se poserait que si la procédure étrangère était susceptible de conduire à une décision pouvant être reconnue en Suisse ; v. cons. 2 c.cc. dans l'arrêt Fomento. La doctrine était divisée à ce sujet. V. aussi M. Scherer, op. cit., 452-453.

(8) Stricto sensu, la question n'était pas une question de litispendance (deux fora ayant prima facie compétence), mais une question néanmoins similaire : v. « Rapport final sur la litispendance et l'arbitrage » de l'Association de droit international (Rapport ILA), n° 4.5, disponible sur le site de l'ILA : www.ila-hq.org

quent qu'à l'égard d'un jugement étranger susceptible d'être reconnu en Suisse » (9).

La sentence rendue dans l'affaire Fomento fut annulée car, en l'espèce, les arbitres n'avaient pas examiné la question de l'article 9 ; ils n'avaient ni analysé ni démontré que les tribunaux panaméens étaient « en mesure de rendre dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse » (10). Or, la décision de la Cour suprême panaméenne était imminente et les faits paraissaient démontrer que les parties avaient renoncé à l'arbitrage (saisine des tribunaux étatiques par l'une et objections tardives au regard du droit de procédure panaméen par l'autre) (11).

II. LES DIFFICULTÉS POSÉES PAR LA JURISPRUDENCE FOMENTO

L'arrêt Fomento pouvait paraître justifié au regard des faits de l'espèce, et la brèche apparemment ouverte semble avoir été peu utilisée (12). Il n'était cependant pas interdit de penser qu'une partie audacieuse ne tarderait pas à tester les incertitudes découlant de la thèse du Tribunal fédéral, au risque de compromettre la place dominante de la Suisse en matière d'arbitrage international (13). La jurisprudence Fomento a d'ailleurs fait l'objet de multiples commentaires et « clarifications » de la part d'auteurs suisses (14).

La solution posée par l'arrêt Fomento soulevait au moins deux difficultés essentielles, que le Tribunal fédéral ne semblait pas avoir prises en compte.

La première difficulté était liée au pronostic que devaient faire les arbitres quant à la possibilité pour

(9) ATF 127 III 279, cons. 2c.dd.

(10) ATF 127 III 279, cons. 2.d.

(11) V. en ce sens M. Scherer, op. cit., 453.

(12) L'arrêt Fomento a été évoqué dans une sentence incidente sur la compétence de juin 2002 dans un arbitrage CCI avec siège à Genève : *A. Insurance Companies v. B. and C.*, publiée au Bull. ASA n° 2/2004, 308-332. Dans cette affaire, le tribunal arbitral s'était déclaré compétent, en distinguant les faits de l'espèce de ceux de l'arrêt Fomento (quant à l'objet de la procédure étatique et la chronologie des saisines) mais concluait tout de même : « We acknowledge that the Ecuadorian Courts are well placed to know and correctly apply Ecuadorian law. We consider that, all things being equal, this weighs in favour of a stay being granted. However, to grant a stay now until the final resolution of the Nullity Proceeding simply for this reason (notwithstanding that we have decided that we have jurisdiction, were first seized and that the other requirements of article 9 of the de la LDIP are not made out), would be to reduce international arbitration to second rank status. We do not consider that this is required (directly or by analogy) by the decision in the Fomento case. On the contrary, we consider that acting in a way which gives international arbitration such a status would run counter to international public policy. Moreover, it would be to disregard the intention of the parties as set out in article 17.2 of the Lease, namely that any dispute between them should be settled by arbitration and, as such, it would run contrary to the principle of pacta sunt servanda ».

(13) Alors même que, d'après l'ASA, on peut estimer à 400 le nombre annuel d'arbitrages commerciaux en Suisse, auxquels s'ajoutent les procédures devant le Tribunal arbitral du sport : Rapport ASA, op. cit., 13, n° 5.4. V. également Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, 17 février 2006, n° 2.1.5, 4475-4476. Le Rapport de la Commission est disponible sur www.admin.ch/ch/f/ff/2006/4469.pdf

(14) V. supra note 4. L'arrêt a été spécifiquement commenté dans le Rapport ILA ; v. aussi C. Seraglini, Brèves remarques sur les Recommandations de l'Association de droit international sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage, Rev. arb. 2006, 909-924, 922.

la décision étrangère d'être reconnue en Suisse. Tout reposait sur l'appréciation de la validité de la clause d'arbitrage, qui conditionnait la « reconnaissance » de la décision étrangère, critère fondamental dans le cadre de l'article 9 de la LDIP. Le Tribunal fédéral avait omis une difficulté de taille : selon quelle loi l'appréciation de la validité de la clause devait-elle être effectuée ?

Certains auteurs avaient conclu que la clause devait être examinée au regard du droit suisse (15). En d'autres termes, une décision étrangère n'aurait pas été « reconnaissable » et le tribunal arbitral n'aurait pas été dans l'obligation de surseoir à statuer dès lors que la clause d'arbitrage était valable au regard du droit suisse, qui est très libéral puisqu'il prévoit un triple rattachement (alternatif) de la convention d'arbitrage, selon l'article 178 de la LDIP : « *Si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse* ». Aucune juridiction étrangère ne pouvait ainsi porter atteinte à ce régime libéral et empêcher le déroulement normal d'un arbitrage fondé sur une clause que le droit suisse considérait comme valable.

La solution était rassurante, mais elle était loin d'être évidente. Dans l'affaire Fomento elle-même, le Tribunal fédéral avait conclu que la question de savoir si l'exception d'arbitrage avait été soulevée en temps utile devant les tribunaux panaméens ne relevait ni de la LDIP ni de la Convention de New York, mais bien de la *lex fori* dans la procédure étatique, soit le droit panaméen (16).

Surtout, la solution ne correspondait pas nécessairement aux règles applicables à l'article 9 de la LDIP en matière de litispendance entre juridictions étatiques en vertu desquelles « *le pronostic ne porte que sur cette éventualité [d'une décision reconnaissable], et non sur le bien-fondé de la décision [...] en principe non encore rendue* » (17). Ainsi, le tribunal arbitral concerné n'était pas tenu d'examiner en détail la validité de la clause et pouvait se limiter à procéder à un examen *prima facie* de la « reconnaissabilité » de la décision étrangère suisse (18). Dans cette hypothèse, les arbitres devaient donc surseoir à statuer dès l'instant où la reconnaissance de la décision étrangère à venir n'était pas manifestement impossible. Un tel résultat signifiait que, même en présence d'une clause compro-

missoire valable, le tribunal arbitral pouvait se voir contraint de surseoir à statuer.

La seconde difficulté était encore plus dangereuse pour la prospérité de l'arbitrage international en Suisse. Elle avait trait à l'effet de la Convention de Lugano, qui permet à une décision judiciaire émanant d'un pays signataire de la Convention d'être reconnue en Suisse sans que le juge suisse vérifie la compétence de la juridiction ayant rendu la décision (19).

S'agissant des États parties à la Convention de Lugano, aujourd'hui les 27 pays membres de l'Union européenne, le test même de la « reconnaissabilité » de la décision étrangère en Suisse, censé garantir, d'après l'arrêt Fomento, la compétence du tribunal arbitral contre des tribunaux étrangers, ne pouvait plus fonctionner dans la mesure où la décision étrangère était automatiquement « reconnaissable » (20). Le sursis devenait lui aussi automatique. Tout tribunal arbitral siégeant en Suisse devait surseoir à statuer dans l'attente de la décision d'une juridiction étatique européenne saisie préalablement.

Le risque dépassait même un simple retard lié au sursis à statuer. La juridiction européenne saisie aurait appliqué les critères de sa loi nationale pour déterminer la validité de la clause arbitrale. Les critères suisses étant parmi les plus libéraux au monde, le risque était réel qu'une juridiction étrangère prononce la nullité de la convention d'arbitrage et prive par la même occasion l'arbitre de sa compétence, alors que la clause aurait été valable en Suisse, siège de l'arbitrage (21). Et le Tribunal fédéral aurait alors été privé du pouvoir de contrôle qu'il tient de l'article 190, alinéa 2, lettre b de la LDIP.

De telles perspectives n'étaient pas acceptables et le législateur suisse y a mis bon ordre en introduisant le nouvel alinéa 1 *bis* de l'article 186 de la LDIP (22).

(15) V. par ex. M. Scherer, op. cit., 455 ; Z. Abdulla, *The Arbitration Agreement*, in G. Kaufmann-Kohler et B. Stucki, *International Arbitration in Switzerland*, Kluwer Law International, La Haye et Schulthess, Zürich, 2004, 31.

(16) ATF 127 III 279, cons. 2c.ee.

(17) J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruyant, LGD, Schulthess, 2002, 469.

(18) V. en ce sens également E. Geisinger et L. Lévy, op. cit., 62.

(19) Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988, articles 26 à 30. V. Rapport ASA, op. cit., 8. et Rapport de la Commission, op. cit., nos 2.1.4, 4474 et s.

(20) Dans une décision de 2001, le Tribunal fédéral avait laissé ouverte la question de savoir si un jugement rendu dans un des États membres de la Convention de Lugano pouvait être reconnu et exécuté en Suisse selon les termes de la Convention, malgré l'existence d'une convention d'arbitrage : ATF 127 III 186, 188. Dans son rapport de février 2006, la Commission des affaires juridiques fait référence à la « doctrine dominante » qui considère que la validité d'une convention d'arbitrage ne constitue alors pas « un motif de refus de reconnaissance » ; pour la Commission, même si on peut douter du bien-fondé d'un tel résultat, il est à craindre qu'il soit appliqué par le Tribunal fédéral : v. Rapport de la Commission, op. cit., n° 2.1.4.2, 4475.

(21) V. P. Lalive, J.-F. Poudret et C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, Lausanne, 1989, n° 17 ad article 186. V. aussi E. Geisinger et L. Lévy, op. cit., 59 et 63 (une fois reconnue en Suisse la décision judiciaire rejetant la validité ou l'application de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral est contraint de rejeter sa compétence). Il est permis d'imaginer que le risque soit réel concernant certains récents États membres de l'UE dans lesquels les critères en matière d'arbitrabilité sont bien plus restrictifs qu'en Suisse.

(22) La proposition de nouvel alinéa initialement présentée au Parlement avait été amendée à la suite des efforts de l'ASA. Cette première ver-

III. RÉSOLUTION DES PROBLÈMES LIÉS À FOMENTO PAR LE NOUVEL ARTICLE 186, ALINÉA 1 BIS

Le nouvel alinéa 1 *bis* de l'article 186 de la LDIP (cité plus haut) modifie directement l'approche préconisée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Fomento : les règles de la litispendance prévues à l'article 9 de la LDIP pour les tribunaux étatiques suisses ne s'appliquent pas à l'arbitrage. Le tribunal arbitral siégeant en Suisse est indifférent aux saisines d'autres juridictions étatiques ou arbitrales, en Suisse ou à l'étranger.

Ce n'est là que l'application de la dimension négative du principe de compétence-compétence : l'arbitre est, en premier lieu, seul compétent pour décider de sa compétence et la décision d'une juridiction tierce est indifférente à cet égard (exceptée la décision du juge du siège sur un recours éventuel et celle du juge de l'exécution) (23). La solution garantit l'intégrité de la procédure arbitrale. Elle confirme aussi le caractère indépendant et autonome du chapitre 12 de la LDIP par rapport au reste de la loi, gage de « maniabilité » pour le conseil et l'arbitre étranger amenés à intervenir dans un arbitrage dont le siège est en Suisse (24).

Surtout, la nouvelle disposition balaie toutes les difficultés, risques et incertitudes liés à la question de savoir si la décision étrangère à venir pourrait être reconnue en Suisse. Il n'est plus question de chercher à déterminer si la clause compromissoire est valable selon un droit autre que la *lex arbitri* suisse, ou bien si la décision étrangère présente un caractère *prima facie* « reconnaissable ». Le principe clairement confirmé est celui de la priorité de la décision de l'arbitre quant à sa compétence sur celle des tribunaux étatiques, ou d'un autre tribunal arbitral, alors même qu'il existe une action pendante ayant le même objet entre les mêmes parties.

En réalité la nouvelle disposition laisse un choix à l'arbitre. Le législateur a tenu compte de la variété des problèmes que peut engendrer une procédure parallèle (étatique ou arbitrale), non seulement en termes de litispendance ou de compétence-

compétence *stricto sensu*, mais également les difficultés plus larges qui nécessitent de la flexibilité dans la gestion de la procédure arbitrale (25). Outre l'intérêt des parties (notamment face au coût et aux délais engendrés par la multiplicité des procédures, même en l'absence de tactiques dilatoires), il est évident que le tribunal arbitral devra prendre en compte la nécessité de limiter autant que possible le risque de décisions contradictoires, d'une part, et l'obligation qui lui incombe de trancher le différend qui lui a été soumis, d'autre part.

La solution adoptée par le législateur suisse se rapproche ainsi des recommandations de l'Association de droit international (ILA) sur la litispendance et l'arbitrage dans son rapport de juin 2006. En effet, la Recommandation n° 4 de l'ILA prévoit que :

« 4 – Lorsque la procédure parallèle est pendante devant une juridiction étatique autre que celle du lieu de l'arbitrage, le tribunal devrait, suivant le principe de compétence-compétence, poursuivre l'arbitrage en cours et statuer sur sa compétence, sauf à ce que la partie ayant introduit l'arbitrage ait effectivement renoncé à ses droits découlant de la convention d'arbitrage ou sous réserve d'autres circonstances exceptionnelles » (26).

Le principe posé par le nouvel alinéa de l'article 186 (27) est le même, mais l'ILA semble avoir été plus radicale quant aux circonstances pouvant amener le tribunal arbitral à déroger au principe de base. Tout d'abord, il est fait expressément référence à la renonciation aux droits découlant de la convention d'arbitrage. Or, il s'agit là d'« une question essentiellement factuelle et délicate à résoudre » que le tribunal arbitral ne sera pas nécessairement à même de trancher seul avec certitude (28). Ensuite pour l'ILA, le tribunal ne peut déroger au principe de compétence-compétence que s'il existe des « circonstances exceptionnelles ». Est-ce une formulation plus restrictive que les « motifs sérieux » visés par l'article 186 de la LDIP (29) ?

(25) V. en ce sens Rapport ILA, op. cit., n° 4.25.

(26) Traduction officielle en français disponible sur le site de l'ILA www.ila-hq.org. V. aussi Rapport ILA, op. cit., n° 5.13. Il faut toutefois noter que la Recommandation n° 6 recommande que « par souci de bonne gestion de la procédure, pour éviter des décisions contradictoires ou la multiplication coûteuse des procédures, ou encore pour protéger une partie de toute tactique oppressive, le tribunal arbitral peut faire droit à la demande d'une partie de suspendre temporairement l'arbitrage en cours aux conditions qu'il juge appropriées, jusqu'à l'issue totale, partielle ou provisoire de toute autre procédure [...] ».

(27) Il a été dit que la Recommandation n° 4 « constitue un rejet de la jurisprudence Fomento du Tribunal fédéral suisse » : Seraglini, op. cit., 922.

(28) Seraglini, op. cit., 922-923.

(29) La question reste ouverte. Néanmoins, on notera l'explication de la Commission des affaires juridiques dans son rapport de février 2006 : « On ne peut cependant exclure que dans certaines situations exceptionnelles la suspension de la procédure soit préférable dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. » : Rapport de la Commission, op. cit., n° 3.1. 4476.

sion prévoyait l'insertion d'un alinéa 4 disposant que : « le tribunal arbitral siégeant en Suisse statue sur sa compétence sans égard à l'article 9 de la présente loi ». La formulation était passablement peu claire. Elle se prêtait à deux interprétations : soit elle semblait conférer au tribunal arbitral un pouvoir discrétionnaire de surseoir à statuer, soit elle semblait refuser à celui-ci toute possibilité de surseoir. Dans les deux cas, la solution n'était pas satisfaisante.

(23) V. en ce sens F. Poudret, Le Tribunal fédéral suisse opte pour le régime de la litispendance entre le juge et l'arbitre. Note sous Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001, Rev. arb. 2001, 842-843, 842.

(24) L'autonomie du chapitre 12 avait été voulue par le législateur fédéral en 1987 : Lalive, Poudret et Reymond, op. cit., 277-278. V. aussi Rapport de la Commission, op. cit., n° 3.1, 4477 : « Le chapitre 12 donne un cadre juridique clair, complet et d'une grande lisibilité pour toutes les procédures d'arbitrage international se déroulant en Suisse, ce qui a son importance si l'on considère que les avocats et les arbitres des procédures arbitrales se déroulant en Suisse sont, souvent, des juristes étrangers ». V. aussi Rapport ASA, op. cit., 9, n° 4.3.

IV. LE SURSIS À STATUER "POUR DES MOTIFS SÉRIEUX" : QUELLES HYPOTHÈSES SONT À ENVISAGER ?

Il existe de nombreuses situations de « procédures étatiques parallèles » pouvant justifier l'exercice du pouvoir de l'arbitre de surseoir à statuer, autres que celle dans laquelle deux parties ont clairement convenu d'avoir recours à l'arbitrage et où l'une d'elles entame néanmoins une procédure devant « son » juge étatique à des fins dilatoires.

La première hypothèse qui vient à l'esprit est bien sûr celle de l'arrêt Fomento (30). Il pourrait être admissible que le tribunal arbitral sursoie à statuer dans l'attente de la décision des juridictions concernées s'il existe des éléments de fait paraissant démontrer que : i) les parties ont renoncé à l'arbitrage en ayant recours aux juridictions étatiques d'un pays donné (dans Fomento, le Panama) ; ii) la décision finale de la juridiction étatique sur la question est imminente ; iii) il s'agit avant tout d'une question de procédure locale (invocation tardive de l'exception d'arbitrage par une partie) ; et iv) il n'existe apparemment aucun élément suggérant le recours abusif par une partie à « son juge » dans l'espoir d'obtenir une décision plus favorable au fond (en l'espèce, la société espagnole avait saisi les tribunaux étatiques panaméens) (31).

Une autre hypothèse pourrait être celle dans laquelle une des parties commence la procédure arbitrale uniquement afin de préserver son droit à l'arbitrage en évitant l'expiration d'un délai péremptoire pour le commencement de l'arbitrage stipulé dans la convention d'arbitrage, alors même les tribunaux étatiques ont déjà été saisis, de bonne foi (32).

On peut imaginer d'autres situations (plus rares) dans lesquelles il serait préférable qu'une question préliminaire soit tranchée par la juridiction étatique (telle que l'existence d'une société ou d'un brevet), ou lorsqu'une procédure pénale est pendante (même si le principe « *le pénal tient le civil en l'état* » ne s'applique pas à l'arbitrage) (33). Il ne s'agit pas là forcément de questions de litispen-

dance *stricto sensu*, mais, de manière générale, de situations dans lesquelles le tribunal arbitral pourra valablement suspendre la procédure arbitrale par souci de bonne gestion de la procédure (34).

Le nouvel alinéa de l'article 186 envisage également l'existence d'une procédure arbitrale parallèle. Certains auteurs avaient déjà suggéré que le tribunal arbitral saisi en second doit, en principe, suspendre sa procédure (35).

Le législateur suisse a préféré garder le même principe de la priorité de la décision de l'arbitre sur sa compétence lorsqu'il existe une procédure arbitrale pendante, tout en lui laissant cette même liberté de surseoir à statuer pour « motifs sérieux ». Le phénomène semble rare. Un exemple serait celui de l'existence de deux conventions d'arbitrage différentes (règlements et/ou sièges différents), la première comprise dans le contrat initial et la deuxième dans la transaction survenue après un litige sur la base du premier contrat, ou même l'existence de deux conventions contradictoires dans un même contrat ou série de contrats (36). La décision de surseoir pourra effectivement s'imposer lorsqu'un premier tribunal arbitral a déjà été saisi de l'affaire et, au regard des circonstances, est susceptible de se déclarer compétent, car le risque de décisions contradictoires est alors significatif (37).

Enfin, on peut penser qu'il serait également souhaitable qu'un tribunal arbitral saisi en second envisage de surseoir à statuer dès lors qu'il est en présence d'une chaîne de contrats et qu'il est préférable que le litige entre certains cocontractants soit tranché avant d'autres, dont le résultat dépendra de la sentence finale dans le premier arbitrage. Là encore, la nécessité d'éviter des décisions contradictoires peut commander de surseoir (38).

Il reste difficile dans ce domaine de faire des généralisations (39). La décision dépendra des faits de l'espèce et l'arbitre devra exercer son pouvoir d'appréciation.

La décision du tribunal arbitral pourra faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral uniquement si elle est rendue sous la forme d'une sentence sur la compétence. S'agissant d'une ordon-

(30) V. Rapport ASA, op. cit., 10, n° 8. V. aussi Seraglini, op. cit., 923 (« on peut se demander si la réserve des « circonstances exceptionnelles » de la Recommandation n° 4 de l'ILA ne pourrait pas finalement inclure le cas de figure rencontré dans l'arrêt Fomento »).

(31) C'était le sens de la décision du Tribunal fédéral : ATF 127 III 279, cons. 2c.ee. La Commission dans son rapport a préféré se référer à des circonstances où « l'exception d'arbitrage ne serait absolument pas soulevée » : Rapport de la Commission, n° 3.1, op. cit., 4477.

(32) Il s'agit du premier exemple donné par la Commission des affaires juridiques : v. Rapport de la Commission, n° 3.1, op. cit., 4477. V. aussi E. Geisinger et L. Lévy, op. cit., 65. Certains contrats prévoient en effet des délais très courts (v. par ex., Vekoma v. Maran Coal Corporation, publié au Bull. ASA N 4/1996, 673 où le Tribunal fédéral a annulé la sentence sur la compétence du tribunal arbitral car le demandeur avait initié la procédure après le délai de 30 jours prévu dans le contrat). Ceci peut notamment poser problème lorsque le droit applicable ne prévoit pas clairement que la saisine d'un juge étatique qui se déclarerait in fine incompetent interrompt la prescription.

(33) D'après une jurisprudence du Tribunal fédéral, ce principe ne fait pas partie de l'ordre public international Suisse : ATF 119 II 386, 390.

(34) V. E. Geisinger et L. Lévy, op. cit., 64-65. La nécessité d'une certaine souplesse et d'une gestion pragmatique de la procédure est reflétée dans la Recommandation n° 6 du Rapport ILA, v. supra, n° 27. V. aussi Rapport ILA, op. cit., n° 5.11.

(35) Poudret et Besson, op. cit., 471. Solution préconisée par l'ILA, avec pour justification qu'il s'agit là d'une vraie situation de litispendance : Recommandation n° 5 ; Rapport ILA, op. cit., n° 5.10.

(36) Par exemple dans le litige Arthur Andersen v. Andersen Consulting : v. E. Geisinger et L. Lévy, op. cit., 66. Un sursis à statuer pourra également s'imposer lorsque la sentence sur la compétence du premier tribunal arbitral siégeant en Suisse a fait l'objet d'une annulation par le Tribunal fédéral et d'un renvoi devant ce premier tribunal pour que celui-ci statue à nouveau. Poudret et Besson, op. cit., 471-472.

(37) V. Rapport de la Commission, op. cit., n° 3.1, 4476.

(38) V. Rapport ILA, op. cit., n° 5.11.

(39) Pour une étude approfondie des différents scénarios envisageables (ou correspondant à des situations rencontrées par les auteurs) et les difficultés engendrées par un refus du deuxième arbitre de ne pas surseoir à statuer, v. E. Geisinger et L. Lévy, op. cit., 65-67.

nance de procédure, il restera en théorie la possibilité de demander au juge d'appui de récuser l'arbitre (selon l'article 180 de la LDIP) ou d'ordonner la levée de la suspension en s'appuyant sur l'article 185 de la LDIP ⁽⁴⁰⁾. Mais ces voies semblent incertaines.

CONCLUSION

Le nouvel alinéa 1 *bis* de l'article 186 de la LDIP apporte une amélioration réelle et tangible au droit suisse de l'arbitrage international. L'incertitude de l'arrêt Fomento correspond à une période révolue : les praticiens peuvent sereinement confier leurs procédures arbitrales à la loi suisse, qui leur garantit la poursuite d'une procédure arbitrale indépendante, indifférente aux manœuvres dilatoires de certaines parties et à l'attitude de certaines juridictions étatiques peu au fait des subtilités de l'arbitrage, tout en leur offrant la possibilité d'une gestion créative, souple et efficace de la procédure arbitrale.

Malgré cela, le nouvel alinéa ne constitue pas une panacée ; toutes les difficultés liées à la litispendance entre procédures étatiques et arbitrales (ou entre procédures arbitrales) ne sont pas résolues. La poursuite de la procédure arbitrale ne met pas un terme à la procédure étatique à l'étranger. En garantissant la possibilité de poursuivre la première, le législateur a confirmé le principe de compétence-compétence, mais n'a pu éliminer le risque important que deux décisions contradictoires soient rendues sur le même objet et entre les mêmes parties ⁽⁴¹⁾.

L'article 9 de la LDIP règle précisément cette question par le principe de la litispendance en ce qui concerne les décisions des juridictions étatiques. Une seule réforme nationale sera cependant toujours impuissante à régler définitivement ce problème en matière arbitrale. La question ne pourra être réglée que dans le cadre d'une convention internationale donnant priorité à l'arbitre et contraignant les juridictions étatiques à suspendre leur procédure jusqu'à la sentence finale de l'arbitre ⁽⁴²⁾ : nous en sommes loin.

En attendant, il revient au juge national, y compris au juge suisse, de trancher un conflit éventuel

(40) V. Lalive, Poudret et Reymond, op. cit., n° 5 ad article 185 (demande possible de soutien au juge d'appui par ex. « pour retard injustifié du tribunal arbitral »). En arbitrage interne, ce cas de figure est inscrit dans la loi : v. article 17 du concordat. V. aussi en ce sens, B. Berger, Erste Revision im 12. Kapitel IPRG über die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit : Lis pendens vor Schiedsgerichten in der Schweiz künftig kein Sistierungsgrund mehr, ZBJV 2007, 143, 155-156.

(41) On notera cependant la décision d'un arbitre unique ordonnant, non pas à un autre tribunal arbitral ou à une juridiction étatique, mais à une partie d'abandonner une procédure judiciaire (« anti-suit injunction ») : v. Arbitrage CCI n° 8307/FMS/KGA, Sentence incidente du 14 mai 2001, publiée dans Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, IAI Series N 2 (E. Gaillard, éd. 2005), 307 (Arbitre unique : Pierre Tercier, siège à Genève).

(42) V. Rapport ASA, op. cit., 4, n° 2.6.

entre une sentence arbitrale et une décision judiciaire au moment de l'exécution et dans le cadre de la Convention de New York. Le problème des décisions contradictoires ne peut être systématiquement évité, notamment du fait de la Convention de Lugano. Ces difficultés dépassent, en tout état de cause, la compétence et les moyens d'un législateur national.

Le législateur suisse ne pouvait mieux faire et a même été pionnier en la matière, comme il le fut naguère en introduisant l'article 177, alinéa 2 de la LDIP, qui empêche les États de contester la compétence du tribunal arbitral en invoquant leur droit national. La question ardue de la litispendance en arbitrage international rencontrait jusqu'alors une absence de règles à la fois suffisamment précises et flexibles dans la plupart des droits étatiques pouvant guider l'arbitre. L'article 8, alinéa 2 de la loi type de la CNUDCI laisse au tribunal arbitral la possibilité d'ouvrir une procédure arbitrale même si un tribunal étatique à l'étranger a déjà été saisi. Cet article, qui a été adopté en Allemagne, ne prévoit cependant pas d'exception ⁽⁴³⁾. L'alinéa 1 *bis* de l'article 186 a l'immense mérite de poser un principe clair tout en offrant une grande souplesse à l'arbitre.

(43) V. Berger, op. cit., 153.

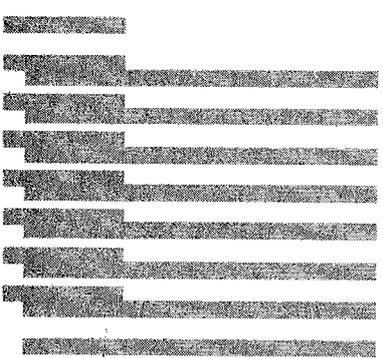
Gazette du Palais

EN LIGNE SUR
lextenso.fr

TRIMESTRIEL

DIMANCHE 22 AU MARDI 24 AVRIL 2007

127^e année N^{os} 112 à 114



LES CAHIERS DE L'ARBITRAGE

N^o 2007 / 1

Série dirigée par
Alexis Mourre
Cabinet Castaldi Mourre & Partners

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS FRANÇAISES PAR ACTIONS

CETTE PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :

CAHIER 1 RÉDACTIONNEL P. 1 à 64 DIRECTION ET RÉDACTION : 12, PLACE DAUPHINE 75001 PARIS TÉL. 01 42 34 57 27 FAX : 01 46 33 21 17 E-MAIL : redaction@gazette-du-palais.com

CAHIER 2 ANNONCES LÉGALES DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE DANS LE SOMMAIRE DU CAHIER 3] 8, RUE SAINT-AUGUSTIN 75080 PARIS CEDEX 02
INSERTIONS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 00 ET 01 47 03 99 11 / FORMALITÉS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 55 / SERVEUR INTERNET JSS : <http://www.jss.fr>

CAHIER 3 ANNONCES LÉGALES DE LA GAZETTE DU PALAIS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE AU SOMMAIRE DE CE CAHIER] ADMINISTRATION : 3, BD DU PALAIS 75180 PARIS CEDEX 04 STANDARD : 01 44 32 01 50
DIFFUSION : TÉL. 01 44 32 01 58, 59, 60 OU 66 FAX 01 44 32 01 61 / INSERTIONS : TÉL. 01 44 32 01 50 FAX 01 40 46 03 47 / FORMALITÉS : TÉL. 01 44 32 01 70 FAX 01 43 54 79 17

www.gazette-du-palais.com
