

Volume 28, No. 2, 2010

ISSN 1010-9153

ASA Bulletin



Association Suisse de l'Arbitrage
Schweiz. Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
Associazione Svizzera per l'Arbitrato
Swiss Arbitration Association

Published by *Kluwer Law International*
P.O. Box 316
2400 AH Alphen aan den Rijn
The Netherlands

Sold and distributed in North, Central
and South America by *Aspen*
Publishers, Inc.
7201 McKinney Circle
Frederick, MD 21704
United States of America

Sold and distributed in all other countries
by *Turpin Distribution*
Pegasus Drive
Stratton Business Park, Biggleswade
Bedfordshire SG18 8TQ
United Kingdom

ISSN 1010-9153
© 2010, Association Suisse de l'Arbitrage
(in co-operation with Kluwer Law International, The Netherlands)

This journal should be cited as ASA Bull. 2/2010

The ASA Bulletin is published four times per year.
Subscription prices for 2010 [Volume 28, Numbers 1 through 4] including postage
and handling: EUR230/USD307/GBP169 (print)

This journal is also available online at www.kluwerlawonline.com.
Sample copies and other information are available at www.kluwerlaw.com.

For further information please contact our sales department
at +31 (0) 172 641562 or at sales@kluwerlaw.com.

For advertisement rates please contact our marketing department
at +31 (0) 172 641525 (Marina Dordic) or at marketing@kluwerlaw.com.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval
system, or transmitted in any form or by any means, mechanical, photocopying,
recording or otherwise, without prior written permission of the publishers.

Permission to use this content must be obtained from the copyright owner.
Please apply to: Permissions Department, Wolters Kluwer Legal, 76 Ninth Avenue, 7th
floor, New York, NY 10011, United States of America.
E-mail: permissions@kluwerlaw.com. Website: www.kluwerlaw.com.

Printed on acid-free paper

June 2010

No 2

**Association Suisse de l'Arbitrage
Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
Associazione Svizzera per l'Arbitrato
Swiss Arbitration Association**

Comité de l'ASA

ASA Committee

Président

Chairman

Michael E. Schneider, Avocat (Genève)

Vice-Présidents

Vice Presidents

Elliott Geisinger, Avocat (Genève), Daniel Wehrli, Avocat (Zurich)

ASA Secrétariat

ASA Secretariat

Secrétaire général

General Secretary

Dr. Rainer Füeg (Bâle)

Membres

Members

Bernhard Berger, Avocat (Bern), Rocco Bonzanigo, Avocat (Lugano),
François Dessemontet, Professeur (Lausanne), Dieter Gränicher,
Avocat (Bâle), Claudia Kälin-Nauer, Avocate (Zurich), Bernhard F. Meyer,
Avocat (Zurich), Paolo Michele Patocchi, Avocat (Genève), Wolfgang Peter,
Avocat (Genève), Daniel Petitpierre (Bâle), Thomas Pletscher (Zurich),
Andreas Reiner, Professeur et Avocat (Vienne), Klaus Michael Sachs,
Avocat (Munich), Pierre Tercier, Professeur (Fribourg),
Pierre-Yves Tschanz, Avocat (Genève)

Présidents d'honneur

Honorary Presidents

Pierre Lalive, Professeur et Avocat (Genève), Marc Blessing, Avocat (Zurich),
Pierre A. Karrer, Avocat (Zurich), Gabrielle Kaufmann-Kohler,
Professeur et Avocate (Genève), Markus Wirth, Avocat (Zurich)

Vice-Présidents d'honneur

Honorary Vice-Presidents

Claude Reymond, Professeur et Avocat (Lausanne),
Jean-François Poudret, Professeur (Lausanne),
François Knoepfler, Professeur (Neuchâtel)

www.arbitration-ch.org

RÉDACTION DU BULLETIN

Fondateur du Bulletin ASA

Founder of the ASA Bulletin

Prof. Pierre Lalive

Conseil de direction

Advisory Board

Prof. Pierre Lalive

Prof. Piero Bernardini – Me Matthieu de Boissésou – Prof. Franz Kellerhals –
Prof. François Knoepfler – Prof. François Perret – Prof. Dr. Andreas Reiner –
Dr. Philippe Schweizer – Prof. Pierre Tercier – V.V. Veeder QC. –
Dr. Werner Wenger

Comité de rédaction

Editorial Board

Rédacteur/Editor
Matthias Scherer

Domitille Baizeau (Geneva) – Dr. Philipp Habegger (Zurich)
Dr. Cesare Jermini (Lugano) – Dr. Bernhard Berger (Bern)

Secrétaire de rédaction

Editorial Secretary

Angelika Kolb-Fichtler

Correspondance

Merci d'adresser toute correspon-
dance concernant la rédaction du Bul-
letin, non pas au secrétariat de l'ASA
à Bâle, mais à l'adresse suivante:

Correspondence

Please send all correspondence re-
garding the Bulletin to the follow-
ing address rather than to the Secre-
tariat of ASA in Basel:

Bulletin ASA

Prof. Pierre Lalive, Me Matthias Scherer
Rue de la Mairie 35, CP 6569, CH-1211 Genève 6
Tel: +41 22 319 87 00 – Fax: +41 22 319 87 60
Emails: plalive@lalive.ch & mscherer@lalive.ch

(For address changes please contact info@arbitration-ch.org/tel +41 61 270 6015)

Le point sur la théorie des faits de double pertinence (« doppelrelevante Tatsachen ») en arbitrage international – commentaire de l’ATF 4A_160/2009¹

LAURENCE BURGER*

En date du 25 août 2009, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt dans une affaire qui opposait deux citoyens suédois propriétaires de sociétés, l’une suédoise (« X ») et l’autre incorporée dans les Iles Vierges Britanniques (« Y »).

Le recourant avait vendu la société X à la société Y. Le contrat de vente contenait la clause d’arbitrage suivante:

Contentieux

Les contentieux émanant du présent contrat ne seront pas réglés par la voie judiciaire, mais par une sentence finale en vertu de la loi de procédure arbitrale.

Le droit suédois est applicable et le tribunal arbitral est constitué de juristes suédois.

Le siège du tribunal arbitral est Zurich.

En mars 2007, le recourant saisit le tribunal de première instance de Nidwald afin de faire condamner l’intimé au paiement du solde du prix de vente de la société. L’intimé souleva l’exception d’arbitrage, ce que reconnut le tribunal de première instance de Nidwald. Suite au rejet de l’appel, le recourant déposa un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral. Le recourant faisait valoir qu’il était contraire au droit suisse des obligations de permettre à des tiers qui n’étaient pas des successeurs au contrat d’invoquer une clause d’arbitrage, et que comme l’intimé n’était pas partie au contrat de vente, il ne pouvait pas, même dans le cas d’un « Durchgriff », se prévaloir de la clause d’arbitrage.

Selon la théorie du « Durchgriff » émanant de la jurisprudence fédérale, lorsque deux sociétés, ou une société et une personne, ont une identité économique, il est permis de passer outre l’indépendance juridique, lorsque celle-ci est utilisée abusivement. Dans le cas des clauses compromissaires, par exemple, lorsque l’indépendance juridique de la filiale

¹ ASA Bull. 2/2010, p. 297.

* Tavernier Tschanz, Geneva.

est niée sur une base de « Durchgriff », il se justifie de soumettre la société-mère à la clause compromissoire, de même qu'aux résultats du contrat.

Le Tribunal fédéral, appliquant la théorie du Durchgriff, rejeta l'argument du recourant et conclut qu'il n'y avait pas lieu de reconnaître l'indépendance de l'intimé par rapport à la société Y. En conséquence, l'intimé pouvait se prévaloir de la clause d'arbitrage.

Le recourant soulevait ensuite un moyen tiré de l'abus de droit selon lequel l'intimé avait sciemment laissé liquider la société Y et que, dans l'ignorance de ce fait, le représentant du recourant avait commencé une procédure d'arbitrage en Suède contre cette société. Le représentant de la société Y n'ayant pas produit de procuration valable, il n'avait pas pu poursuivre la procédure d'arbitrage, que ni la société Y ni l'intimé n'avaient poursuivie de leur propre chef. En conséquence, en vertu du droit suédois, l'arbitrage avait pris fin. Le recourant considérait donc que l'intimé se rendait coupable d'abus de droit en provoquant, d'une part, l'abandon de la procédure d'arbitrage en Suède, et d'autre part en se prévalant de l'existence d'une clause d'arbitrage pour dénier la compétence des tribunaux de Nidwald.

Le Tribunal fédéral examina la question à la lumière de l'article 7 de la Loi sur le Droit International Privé (« LDIP ») qui prévoit, en sa lettre (c), que « si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitral, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que le tribunal arbitral ne puisse être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à l'arbitrage ». Le but de cet article est d'éviter qu'une partie puisse doublement empêcher l'accès à un tribunal, en s'ingéniant à prévenir que le tribunal arbitral ne soit constitué, d'une part, et en bloquant l'accès aux tribunaux étatiques en soulevant l'exception d'arbitrage, d'autre part.

Le Tribunal fédéral releva que le recourant avait fait valoir que l'intimé avait prévenu la constitution du tribunal arbitral et que la procédure d'arbitrage avait dû être abandonnée. Comme, selon la théorie du Durchgriff, l'indépendance de la société Y avait été niée et la clause d'arbitrage avait été étendue à l'intimé, l'argument que la procédure arbitrale avait seulement été commencée contre la société Y, et non contre l'intimé, ne pouvait être retenu. Selon le Tribunal fédéral, si l'intimé avait effectivement fait obstacle à la procédure en provoquant l'abandon de l'arbitrage, respectivement la disparition de la clause d'arbitrage, et que les conditions à l'application de la théorie du Durchgriff étaient présentes, la clause d'arbitrage n'était pas pertinente compte tenu de l'article 7 LDIP. Cela signifiait que le

comportement qui conduisait à l'application de la théorie du Durchgriff devait être considéré comme un fait de double pertinence, qui devait donc être, en premier lieu, considéré comme prouvé. Ainsi, le tribunal cantonal aurait dû admettre, *prima facie*, que l'intimé s'était prévalu de manière abusive de son indépendance vis-à-vis de la société Y. Comme l'instance cantonale s'était à tort arrêtée sur la question de savoir contre qui la procédure arbitrale avait été commencée, alors que ce point était insignifiant au regard de la théorie du Durchgriff, elle avait violé le droit fédéral.

Le recours fut donc admis sur ce point et d'autres points subséquents qu'il n'est pas nécessaire de développer ici.

La théorie des faits de double pertinence

La théorie des faits de double pertinence émane du droit allemand. (Ekkehard Schumann, Internationale Zuständigkeit: Besonderheiten, Wahlfeststellung, doppelrelevante Tatsachen, in Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Heinrich Nagel, p. 402ss). Selon cette théorie, lorsqu'une question de fait se pose à la fois pour déterminer la compétence du juge saisi et pour la solution au fond de la prétention litigieuse, ce fait doublement pertinent doit être résolu une fois pour toutes à l'occasion de l'examen au fond (ATF 124 III 382, c. 3). En pratique, lorsqu'un fait est déterminant tant pour la compétence que pour le fond, la preuve de ce fait n'est pas administrée au moment où le tribunal examine sa compétence: elle est renvoyée. Le fait doublement pertinent est provisoirement admis, sans preuve, sur la base des simples allégués du demandeur. Le fait, dont la portée est double, ne sera examiné qu'au stade de la procédure au fond. (François Knoepfler, Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents, AJP/PJA 1998 p. 787, spéc. 789).

Cette théorie s'applique aussi bien dans le cadre de procédures domestiques qu'internationales. Certains y voient une protection des intérêts du défendeur. (Schumann, p. 421). Dans ce sens, elle ne présenterait donc un intérêt que lorsque le demandeur dispose de plusieurs fors où il peut déposer sa demande. Si le juge, après avoir examiné au fond les moyens de preuve qui seront susceptibles de confirmer ou d'infirmer la compétence du tribunal et le bien-fondé de la prétention litigieuse, infirme la compétence, le demandeur ne pourra plus agir devant un autre tribunal. Au contraire, un jugement incident sur la compétence n'empêche pas le demandeur d'agir devant un autre tribunal.

Andreas Bucher note toutefois à raison que pour profiter de l'avantage offert par l'application de la théorie des faits doublement pertinents, le défendeur doit s'engager dans le procès au fond, alors qu'une procédure limitée à la seule question de la compétence est moins lourde à supporter, ce d'autant qu'elle aboutit normalement à une décision incidente susceptible d'un recours immédiat (Andreas Bucher, L'examen de la compétence internationale par le juge suisse, SJ 2007 p. 153-196, spéc. 157). De surcroît, poursuit Andreas Bucher, l'application de cette théorie « tend à obliger le défendeur à suivre jusqu'au bout la procédure diligentée à n'importe quel for incompetent saisi par le demandeur. Certes, le défendeur qui s'oppose à la compétence du tribunal saisi s'expose au risque d'un procès ultérieur ailleurs. S'il préfère éviter ce risque et obtenir un jugement au fond, il lui suffit cependant d'entrer en matière sur le fond sans faire de réserve sur la compétence ». François Knoepfler, pour sa part, estime que cette théorie n'est pas un privilège du défendeur, mais seulement une application très particulière du principe *ne bis in idem* : « si la prétention a été examinée complètement, au moment de la détermination de la compétence du tribunal, il importe peu qu'elle se révèle fondée ou non : l'examen au fond aura bien eu lieu. C'est au niveau de la portée du principe de l'autorité de la chose jugée que doit alors porter la réflexion ». (Knoepfler, Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents, p. 791).

Application de la théorie des faits de double pertinence à l'arbitrage

L'ATF 4A_160/2009 soulève à nouveau l'épineuse question des faits de double pertinence en arbitrage. Cette question a été au centre d'une jurisprudence assez nombreuse.

Dans un arrêt de 1995, le Tribunal fédéral a affirmé que cette théorie ne saurait s'appliquer « lorsque la compétence d'un tribunal arbitral est contestée, car il est exclu de contraindre une partie à souffrir qu'un tel tribunal se prononce sur des droits et obligations litigieux, s'ils ne sont pas couverts par une convention d'arbitrage valable ». (ATF 121 III 495, c. 6d, confirmé à l'ATF 128 III 50; ASA Bull. 1/2002, p. 97; RSDIE 2002 p. 533, c. 2b).

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral devait examiner en premier lieu si la clause d'élection de for contenue dans un accord transactionnel, qui liquidait des différends issus de contrats soumis à l'arbitrage, mettait à néant les clauses arbitrales contenues dans ces contrats. Dans l'hypothèse où il admettait que la clause d'élection de for remplaçait les clauses d'arbitrage, le

Tribunal fédéral devait alors examiner si la clause d'élection de for était entachée d'un vice de la volonté.

Le tribunal arbitral, appliquant la théorie des faits de double pertinence, avait estimé que dans la mesure où l'intimée alléguait les mêmes faits pour soutenir que tant la convention de procédure que le contrat principal ne lui étaient pas opposables, sa propre compétence pouvait déjà être admise au vu des affirmations concluantes de l'intéressée et que la question de l'existence du vice de la volonté invoqué ne pouvait être examinée qu'après l'entrée en matière sur le fond.

Le Tribunal fédéral commença par rappeler que l'article 186 (1) LDIP prescrit au tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence, en général par une décision incidente (alinéa 3), en application du principe de compétence-compétence, mais que la compétence du tribunal arbitral pour trancher la question de l'existence ou de la validité d'une convention d'arbitrage n'est pas exclusive et qu'il peut incomber à une autre autorité de trancher cette question, notamment en application de l'article 7 LDIP.

En l'espèce, le tribunal arbitral avait à juste titre estimé qu'il était compétent pour statuer sur sa compétence. Il avait toutefois, pour ce faire, rendu une décision incidente dans laquelle il n'examinait pas de manière approfondie la question de la validité de la convention d'élection de for, se réservant de traiter de cette question avec le fond. Le Tribunal fédéral a estimé que ce faisant, le tribunal arbitral avait violé le droit suisse : le tribunal arbitral statuant sur sa compétence par une décision incidente, et cette décision devant être attaquée immédiatement sous peine de forclusion, cela suppose nécessairement que le tribunal arbitral doive, avant de rendre une telle décision incidente, examiner sans aucune réserve les objections relatives à l'existence et à la validité d'une convention de procédure dont dépend sa compétence, quand bien même ces objections et celles dirigées contre le contrat principal se recouvriraient. Le Tribunal fédéral nota qu'il était « certes exact que, ce faisant, les arbitres sont amenés à trancher simultanément la question de la validité du contrat principal, mais il s'agit là d'une conséquence inéluctable à laquelle ils ne pourraient se soustraire qu'en renonçant à rendre une décision incidente, s'ils estimaient que l'exception d'incompétence est trop liée aux faits de la cause pour être jugée séparément. Ainsi, lorsque la validité de la convention d'arbitrage dépend de l'existence et de la validité du contrat principal, le tribunal arbitral ne peut admettre sa compétence que s'il conclut à l'efficacité du contrat principal, raison pour laquelle il doit déjà examiner à fond cette dernière question lorsqu'il statue sur sa compétence » (c. 6d).

Finalement, le Tribunal fédéral rejeta l'application de la théorie des faits de double pertinence, notant que le fait qu'en matière d'arbitrage international, le Tribunal fédéral n'examine que sous l'angle de l'ordre public la sentence au fond, alors qu'il revoit librement les motifs juridiques sur lesquels repose la décision incidente relative à la compétence du tribunal arbitral, constituerait une lésion supplémentaire des droits de la recourante. (ATF 133 III 139 c. 5; ATF 4A_428/2009 c. 3.2).

Cette jurisprudence a été reprise par le Tribunal fédéral dans plusieurs arrêts subséquents.

Deux arrêts traitaient de la question d'une cession de créance, qui relève à la fois du fond (transfert matériel du droit cédé) et de la procédure (transmission de la convention d'arbitrage). Dans les deux cas, le Tribunal fédéral a donné raison au tribunal arbitral d'avoir réglé en premier lieu le problème de sa propre compétence et d'avoir examiné, dans cette perspective, à titre préjudiciel la question de l'existence de la cession de la créance litigieuse (ATF 4P.32/2007 et ATF 128 III 50).

Dans l'ATF 4P.226/2004 (ASA Bull. 3/2005, p. 525; RSDIE 2006 p. 154, note Knoepfler), le tribunal arbitral n'avait pas administré les preuves relatives à l'absence de signature d'une convention d'arbitrage, qui constituait un fait de double pertinence. Le Tribunal fédéral a jugé qu'en l'absence de cette administration, il était dans l'impossibilité de juger la portée subjective réelle de la convention d'arbitrage, et a en conséquence renvoyé la cause au tribunal arbitral.

Commentaires de la jurisprudence fédérale

Cette jurisprudence a fait l'objet de nombreux commentaires. Pour François Knoepfler, (Les décisions rendues par l'arbitre à la suite d'un examen « Prima Facie », ASA Bull. 4/2002, p. 587-607, spéc. 591-595), elle se heurte à la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière non arbitrale, et en matière d'élection de for notamment. En effet, dans cette dernière matière, le Tribunal fédéral a retenu qu'il y avait lieu, s'agissant de la détermination de la compétence du tribunal (non arbitral), d'effectuer un examen *prima facie*, c'est-à-dire de s'en tenir aux conclusions que prend le demandeur et aux faits qu'il allègue, sans effectuer ainsi une instruction complète.

On citera à titre d'exemple l'arrêt 4C.163/2001, Nortrop Speditions- und Schiffahrtsgesellschaft mbH v. TransRail AG (ASA Bull. 2/2002, p. 293), qui traitait d'un problème de prorogation de for, et dans lequel la

recourante souleva un problème de légitimation, *a fortiori* de bien-fondé de la demande. Le Tribunal fédéral indiqua qu'il fallait en l'espèce opérer un examen *prima facie* de la question du défaut de légitimation, les objections de la partie adverse ne devant être examinées que lors de l'examen du bien-fondé de la demande.

François Knoepfler souligne qu'en revanche, dans le cadre de l'article 7 LDIP (exception d'arbitrage), lorsque le juge décide de confirmer sa compétence en déclarant que la clause d'arbitrage n'est pas valable, la décision ne peut pas être rendue à la suite d'un examen *prima facie* si le tribunal arbitral est à l'étranger. (ATF 121 III 138, ASA Bull. 3/1995 p. 503). Il s'agit donc d'une application de l'article II ch. 3 de la Convention de New York. A l'inverse, selon la jurisprudence établie par l'ATF 122 III 139, si le tribunal arbitral a son siège en Suisse, l'examen du juge suisse pourra n'être que sommaire. (Knoepfler, Les décisions rendues par l'arbitre à la suite d'un examen « Prima Facie », p. 594). A cet égard, Jean-François Poudret (Le pouvoir d'examen du juge suisse saisi d'une exception d'arbitrage, ASA Bull. 3/2005, pp. 401-407) regrette la « complexité toute helvétique » d'un régime qui n'est nullement commandé par le texte de l'article 7 LDIP». (voir aussi Poudret, Note à l'ATF 14/5/01, Rev. Arb 2001, p. 842-854).

Sébastien Besson, quant à lui, regrette le manque d'uniformité de la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'égard des faits de double pertinence (Réflexions sur la jurisprudence suisse récente en matière d'arbitrage international, ASA Bull. 3/2003, p. 463-485, spéc. 471-475). Cet auteur note, quant à l'interdiction faite à l'arbitre d'appliquer la théorie des faits doublement pertinents, que la solution du Tribunal fédéral prête flanc à la critique sur deux points. D'abord, l'argument du Tribunal fédéral selon lequel cette théorie ne serait pas applicable « car il est exclu de contraindre une partie à souffrir qu'un tel tribunal se prononce sur des droits et des obligations litigieux, s'ils ne sont pas couverts par une clause d'arbitrage valable », a une portée limitée puisque le tribunal arbitral peut très simplement renoncer à rendre une sentence séparée sur la compétence s'il estime que cette question est trop liée aux faits déterminant le sort de la cause au fond. Il faut toutefois noter que cette solution peut nuire au défendeur, qui se voit ainsi forcé à poursuivre la procédure jusqu'au bout devant un tribunal qui n'est peut-être pas compétent. Ensuite, l'argument du Tribunal fédéral selon lequel la limitation de son propre pouvoir d'examen justifie de ne pas appliquer la théorie des faits doublement pertinents, le pouvoir d'examen de la sentence au fond étant plus limité que celui quant à la compétence, ne convainc pas Sébastien Besson. A son avis, la question déterminante est celle du pouvoir d'examen quant à l'établissement des faits par le tribunal arbitral et qu'il n'y a, à cet égard,

aucune différence entre en recours pour violation de l'ordre public international (Article 190 II let. e LDIP) et sur la compétence (Article 190 II let. b LDIP), le Tribunal fédéral s'estimant dans les deux cas lié par les faits retenus par le tribunal arbitral, à moins que ceux-ci n'aient été établis en violation des règles impératives de procédure mentionnées à l'article 182 (3) LDIP ou de l'ordre public procédural. Cet auteur conclut donc que l'application de la théorie des faits de double pertinence ne présente pas plus d'objections théoriques devant l'arbitre que devant le juge.

Sébastien Besson relève aussi la problématique soulevée par la dichotomie entre tribunal arbitral et juge étatique, et note que le privilège d'application de la théorie des faits de double pertinence, accordé à la juridiction étatique et non à la juridiction arbitrale, est injustifié et contraire au principe de la compétence-compétence, dans son effet négatif.

Cet auteur conclut que la théorie des faits de double pertinence n'est pas opportune lorsque la compétence dépend d'une convention entre les parties, en particulier d'une convention d'arbitrage, dès lors que cette théorie peut affaiblir la portée de cet engagement et, par conséquent, le principe d'autonomie, en écartant l'effet obligatoire des contrats sur la base de faits non prouvés. (Besson, p. 475; voir aussi Poudret, Le pouvoir d'examen du juge suisse saisi d'une exception d'arbitrage, p. 404).

Ebauche de solution

On le voit, la jurisprudence fédérale concernant l'application de la théorie des faits de double pertinence en arbitrage ne convainc pas.

Les auteurs précités regrettent la complexité d'un système qui opère une distinction à deux niveaux. Il faut cependant leur opposer qu'un système qui admettrait l'application de la théorie des faits de double pertinence à l'arbitrage ne serait pas satisfaisant. En effet, il pourrait conduire le défendeur à devoir défendre une action au fond contre un tribunal incompétent. Du point de vue de l'efficacité de la procédure, argument de poids pour la conservation de la place de la Suisse dans le monde de l'arbitrage, une telle solution n'est pas souhaitable. Il est vrai, comme l'indique Sébastien Besson, que dans certains cas le tribunal peut décider de traiter de la compétence avec le fond. Il y a fort à parier, toutefois, que cela ne se produira que dans des cas exceptionnels où les faits relatifs à la compétence et ceux relatifs au fond seront liés de façon indissociable.

L'arrêt du 25 août 2009 ne remédie pas au problème car il ne se départit pas de cette jurisprudence. Dans cet arrêt, en effet, c'était l'examen de sa propre compétence par le juge nîdwaldien, dans le cadre de l'article 7 LDIP, qui était attaqué. Selon le Tribunal fédéral, le juge cantonal aurait dû présumer que, par l'application du *Durchgriff*, la compétence arbitrale existait à l'encontre de l'intimé et qu'en conséquence le juge, en application de l'article 7 lit. c LDIP, aurait dû vérifier si l'actionnaire avait fait obstruction à l'arbitrage.

Il faut alors se demander si une ébauche de solution ne résiderait pas dans l'application d'un principe qui tarde à être pleinement reconnu en Suisse, l'effet négatif de la compétence-compétence. Ce principe, pendant de l'effet positif de la compétence-compétence qui permet aux arbitres de connaître des litiges tombant dans le champ d'application de la convention d'arbitrage, interdit aux juridictions étatiques saisies par une partie du fond du litige en dépit de l'existence *prima facie* d'une convention d'arbitrage, de statuer sur les contestations relatives à l'existence ou la validité de celles-ci avant que les arbitres eux-mêmes n'aient eu l'occasion de se prononcer sur ces questions (Emmanuel Gaillard, *L'effet négatif de la compétence-compétence*, *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, p. 387-402, spéc. 387 et 390). Le Tribunal fédéral a choisi de l'appliquer dans l'ATF 122 III 139 précité en estimant que la constatation que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée au sens de l'article 7 LDIP « ne peut raisonnablement être faite que si elle apparaît comme évidente sans qu'il soit nécessaire d'approfondir la question, puisque de toute façon, à défaut de pareille évidence, le tribunal arbitral sera habilité à statuer, au besoin, sur sa propre compétence en vertu de l'article 186 LDIP » (c. 2 c). Cette jurisprudence, toutefois, concernait le cas d'un tribunal arbitral siégeant en Suisse. La question n'a donc pas encore été tranchée pour le cas d'un tribunal arbitral siégeant à l'étranger.

La question de l'effet négatif de la compétence-compétence ou, selon la dénomination utilisée par d'autres auteurs, de la priorité des arbitres, soulève toutefois de nombreux autres problèmes. Il s'agit donc d'une boîte de Pandore qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir ici.

Pour terminer, une motion visant à modifier l'article 7 LDIP dans le sens de l'admission de l'effet négatif de la compétence-compétence a été déposée le 20 mars 2008 par le conseiller national Christian Lüscher. La modification, qui ajouterait un second alinéa, était la suivante : « En matière internationale, le tribunal suisse, sans égard au siège du tribunal arbitral, sursoit à statuer jusqu'à ce que celui-ci se soit prononcé sur sa compétence, à

moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage ». Cette proposition rejoint l'article 1458 al. 2 du nouveau Code de procédure civile français, selon lequel le juge doit se dessaisir au profit de l'arbitre pour statuer sur la validité de la convention d'arbitrage lorsqu'il y a apparence d'une telle convention.

La Commission fédérale des affaires juridiques a proposé de ne pas donner suite, au motif que la révision visée par l'initiative n'apporterait aucun avantage supplémentaire par rapport à l'article 186 al. 1 bis LDIP. Selon la majorité de la Commission, les tribunaux étatiques perdraient de leur souveraineté eu égard au fait qu'ils ne seraient plus en mesure de statuer avec un plein pouvoir de cognition sur la validité des conventions d'arbitrage. Toutefois, le Conseil national a décidé de donner suite à l'initiative.

La solution proposée par la motion Lüscher permettrait donc d'imposer un examen *prima facie* au juge en toutes circonstances, en application de la théorie des faits de double pertinence. Toutefois, dans le cas de l'arbitre, le refus d'application de cette théorie devrait continuer à prévaloir pour les raisons d'économie de procédure invoquées précédemment.

Submission of Manuscripts

Manuscripts and related correspondence should be sent to the Editor. At the time the manuscript is submitted, written assurance must be given that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere. The author will be notified of acceptance, rejection or need for revision within eight to twelve weeks. Manuscripts may be drafted in German, French, Italian or English. They should be submitted by e-mail to the Editor (mscherer@lalive.ch) and may range from 3,000 to 8,000 words, together with a summary of the contents in English language (max. ½ page). The author should submit biographical data, including his or her current affiliation.

Aims & Scope

Switzerland is generally regarded as one of the World's leading place for arbitration proceedings. The membership of the Swiss Arbitration Association (ASA) is graced by many of the world's best-known arbitration practitioners. The Statistical Report of the International Chamber of Commerce (ICC) has repeatedly ranked Switzerland first for place of arbitration, origin of arbitrators and applicable law.

The ASA Bulletin is the official quarterly journal of this prestigious association. Since its inception in 1983 the Bulletin has carved a unique niche with its focus on arbitration case law and practice worldwide as well as its judicious selection of scholarly and practical writing in the field. Its regular contents include:

- Articles
- Leading cases of the Swiss Federal Supreme Court
- Leading cases of other Swiss Courts
- Selected landmark cases from foreign jurisdictions worldwide
- Arbitral awards and orders under various auspices including ICC, ICSID and the Swiss Chambers of Commerce ("Swiss Rules")
- Notices of publications and reviews

Each case and article is usually published in its original language with a comprehensive head note in English, French and German.

Books and Journals for Review

Books related to the topics discussed in the Bulletin may be sent for review to the Editor (Matthias SCHERER, LALIVE, P.O.Box 6569, 1211 Geneva 6, Switzerland).