



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international)

du 11 janvier 2017

Condensé

La Suisse est l'une des places d'arbitrage international les plus prisées, notamment en raison de sa réglementation en la matière : le chapitre 12 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP). Par la motion 12.3012, le Parlement a chargé le Conseil fédéral de moderniser ce chapitre pour renforcer l'attrait de la place arbitrale suisse sur le plan international. L'avant-projet améliore les points forts du droit actuel, intègre dans la loi des éléments essentiels de la jurisprudence du Tribunal fédéral et clarifie certaines questions ouvertes en matière d'application. Il vise également à rendre la loi plus facile à appliquer et à consolider l'autonomie des parties de manière à suivre les développements observés dans la réglementation d'autres places.

Contexte

Le 3 février 2012, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a déposé la motion 12.3012 visant le maintien de l'attrait de la Suisse comme place arbitrale au niveau international. Celle-ci a chargé le Conseil fédéral de présenter un projet de toilettage des dispositions relatives à l'arbitrage international contenues dans la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP). Elle précise que le Conseil fédéral doit en particulier intégrer dans la loi, parfois en les complétant, certains éléments essentiels de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral depuis l'entrée en vigueur de la LDIP. Une attention particulière doit être portée à la relation entre le juge étatique et le tribunal arbitral.

Ce dernier aspect avait déjà fait l'objet de l'initiative parlementaire 08.417 du conseiller national Christian Lüscher visant une révision de l'art. 7 LDIP. Sur la base d'une consultation demandée par la CAJ-N, il a paru opportun de poursuivre la réflexion dans le cadre des travaux de la motion 12.3012.

Contenu de l'avant-projet

Trente ans après son adoption, le chapitre 12 de la LDIP est toujours considéré au plan international comme une loi sur l'arbitrage remarquable et innovante, notamment en raison de sa clarté et de sa concision. Il donne une grande liberté aux parties en matière de procédure tout en fixant un cadre garanti par les tribunaux étatiques. De par ces caractéristiques, il s'applique aisément à des procédures très différentes pour lesquelles la Suisse est d'ailleurs une place arbitrale reconnue (par ex. procédures ad hoc, arbitrage institutionnel, arbitrage sportif ou arbitrage en matière d'investissements).

L'avant-projet consolide ces points forts et modernise certaines dispositions du chapitre 12. Les modifications visent à renforcer la sécurité et la facilité d'application du droit en intégrant dans la loi les éléments de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui ont fait leurs preuves et en levant certaines ambiguïtés. En ce qui concerne la relation entre le juge étatique et le tribunal arbitral (initiative parlementaire 08.417), le Conseil fédéral estime qu'il n'y a pas besoin d'agir et renonce à proposer toute nouvelle réglementation en la matière.

Table des matières

Condensé	2
1 Présentation du projet	4
1.1 Contexte	4
1.1.1 Importance de la place arbitrale suisse	4
1.1.2 Développement du droit suisse de l'arbitrage	5
1.1.3 Mandat parlementaire pour la révision du chapitre 12 de la LDIP	6
1.1.4 Travaux préparatoires	7
1.2 Dispositif proposé	7
1.2.1 Inscription de la jurisprudence dans la loi et clarification de points ambigus	8
1.2.2 Renforcement de l'autonomie des parties	9
1.2.3 Amélioration du texte de loi dans l'intérêt des utilisateurs	10
1.3 Appréciation de la solution retenue	11
1.3.1 Maintien du dualisme ouvert	11
1.3.2 Relation entre l'autorité judiciaire et le tribunal arbitral	11
1.3.3 Maintien des caractéristiques essentielles du chapitre 12 de la LDIP	14
1.4 Développements à l'étranger	14
1.5 Mise en œuvre	15
1.6 Classement d'interventions parlementaires	16
2 Commentaire des dispositions	16
2.1 Loi fédérale du 12 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)	16
2.2 Loi sur le Tribunal fédéral	27
2.3 Code de procédure civile	29
3 Conséquences	31
3.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes, ainsi que pour les villes, les agglomérations et les régions de montagne	31
3.2 Conséquences économiques	31
4 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral	31
5 Aspects juridiques	31
5.1 Constitutionnalité	31
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales	32
5.3 Forme de l'acte à adopter	32
5.4 Conformité à la législation sur la protection des données	32

Rapport explicatif

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Importance de la place arbitrale suisse

Une convention d'arbitrage se définit comme « un accord en vertu duquel deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables conviennent de soumettre un ou plusieurs litiges présents ou futurs déterminés à un tribunal arbitral qui tranchera de manière contraignante à l'exclusion des tribunaux ordinaires étatiques selon un ordre juridique déterminé directement ou indirectement »¹. La sentence arbitrale est contraignante et exécutable. La loi laisse une grande latitude aux parties pour le choix notamment du tribunal arbitral, ainsi que de la procédure et du droit applicables. Elle se limite à quelques dispositions garantissant les principaux droits de procédure des parties et l'intégrité de la procédure arbitrale. Elle autorise aussi les parties, en cas de non-respect de ces principes, à saisir la juridiction étatique.

La Suisse est aujourd'hui l'une des places arbitrales les plus importantes sur le plan international. Dans une étude empirique du Parlement européen de 2014 sur l'arbitrage dans l'UE, la Suisse, également incluse dans cette étude, est considérée de loin comme la place arbitrale la plus recommandée et, par conséquent, comme l'une des chefs de file en la matière². Le même constat ressort des statistiques de la Chambre de commerce internationale (CCI) pour 2015. Parmi les 801 nouvelles procédures d'arbitrage CCI ouvertes cette année-là dans 56 États, Genève est le siège d'arbitrage le plus choisi après Paris et Londres. De plus, la nationalité suisse est la troisième la mieux représentée parmi les arbitres sélectionnés pour ces procédures³.

En 2014, 82 nouvelles procédures d'arbitrage CCI ont été ouvertes en Suisse, dont 45 à Genève, 31 à Zurich, 3 à Lugano, 2 à Zoug et 1 à Bâle⁴. La Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI) a recensé en 2015 100 nouvelles procédures d'arbitrage, dont 89 avaient leur siège en Suisse. Relevons encore que la valeur litigieuse moyenne s'élevait à 10 millions de dollars américains et que les parties provenaient de 49 États différents⁵.

Lors de l'élaboration de l'avant-projet, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a consulté différents acteurs suisses de l'arbitrage international. Interrogés sur le succès de la

¹ ATF 130 III 66, consid. 3.1 (traduction JdT).

² Parlement européen, Direction générale des politiques internes de l'Union, Direction C : Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU - Study, 2014, p. 181.

³ Communiqué de presse de la CCI du 11 mai 2016 « ICC Arbitration posts strong growth in 2015 », accessible à l'adresse : <<http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Arbitration-posts-strong-growth-in-2015/>>, dernière consultation le 23 septembre 2016.

⁴ Statistiques CCI 2014 sur le règlement des différends

⁵ SCAI, Commented Statistics 2015, août 2016 ; accessible à l'adresse <<https://www.swissarbitration.org/files/515/Statistics/Commented%20Statistics%202015%20final%2020160810.pdf>>, dernière consultation le 23 septembre 2016.

Suisse en la matière, ceux-ci ont cité comme facteurs principaux le cadre légal (à savoir le chapitre 12 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé [LDIP]⁶, reconnu comme excellent par des spécialistes du monde entier) ainsi que la qualité et la constance de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans le domaine de l'arbitrage international. Plusieurs acteurs ont également cité la présence sur place d'un grand nombre d'arbitres plurilingues hautement qualifiés, l'arrivée continue de nouvelles personnes pour remplir cette fonction, ainsi que l'offre de formations universitaires et non universitaires, y compris de formations continues, dans le domaine de l'arbitrage. La Suisse bénéficie en outre des atouts bien connus de son pôle de prestations de services, lesquels ont également des retombées positives pour l'arbitrage : la neutralité et la stabilité politiques, la qualité des infrastructures et la disponibilité systématique des sources juridiques en français, en allemand et en italien. La traduction en anglais par la Chancellerie fédérale de textes juridiques clés est aussi citée de plus en plus comme un avantage.

1.1.2 Développement du droit suisse de l'arbitrage

La tradition de l'arbitrage en Suisse est liée à celle des bons offices : dans le cadre de sa politique étrangère, la Suisse assume depuis longtemps un rôle de facilitatrice, assistant les parties dans leur recherche d'une solution négociée, sans elle-même prendre parti. Même si la doctrine fait état d'arbitrages ayant eu lieu au Moyen Âge, on admet communément que la première procédure d'arbitrage de droit public tel qu'on l'entend aujourd'hui est celle relative aux réclamations de l'Alabama de 1872. Lors de cet épisode, les gouvernements des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni soumièrent leurs prétentions, suite aux dommages subis lors de la guerre de Sécession, à un tribunal arbitral réuni à Genève auquel Jakob Stämpfli, envoyé par le Conseil fédéral, et lui-même ancien conseiller fédéral, prit part en tant qu'arbitre⁷. L'arbitrage international privé en matière commerciale n'est devenu ce qu'il est encore aujourd'hui qu'au 20^e siècle avec l'essor du commerce international. Avec le temps, tous les cantons en sont venus à régler l'arbitrage. Les 25 droits cantonaux en matière d'arbitrage⁸ devinrent toutefois de plus en plus un problème pour l'attrait de la Suisse en tant que place arbitrale internationale. La Constitution ne prévoyant pas de compétence législative pour la Confédération en la matière, la question a été résolue au moyen d'un concordat intercantonal applicable dans toute la Suisse⁹. Le concordat du 27 mars 1969 sur l'arbitrage¹⁰ s'est appliqué autant aux procédures internes qu'aux procédures internationales se déroulant en Suisse.

Depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989, la LDIP, au chapitre 12, règle l'arbitrage international en Suisse. La compétence de légiférer sur l'arbitrage interne

⁶ RS 291.

⁷ BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS, introduction chapitre 12, n° 5 ss.

⁸ Le Jura n'est un canton que depuis le 1^{er} janvier 1979 (RO 1978 1578).

⁹ AMBAUEN, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG. Eine Gegenüberstellung im Kontext der Opting-out-Möglichkeiten. Unter besonderer Berücksichtigung der zwingenden Bestimmungen, der Schiedsfähigkeit und der Anfechtbarkeit von Schiedssprüchen, 2016, n° 24 ss.

¹⁰ RS 279 (le texte n'est plus en vigueur).

a été accordée à la Confédération par la Constitution du 18 avril 1999 (Cst.)¹¹. La nouvelle réglementation, qui fait l'objet de la partie 3 du code de procédure civile (CPC)¹², est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011, de sorte que le concordat a pu être abrogé à cette même date. A l'époque, le Parlement avait renoncé à élaborer un code unique pour les arbitrages interne et international (point 1.3.1)¹³.

1.1.3 Mandat parlementaire pour la révision du chapitre 12 de la LDIP

Le 20 mars 2008, le conseiller national Christian Lüscher a déposé l'initiative parlementaire 08.417¹⁴ visant la modification de l'art. 7 LDIP. Le texte prévoyait que, 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 (reconnaissance de l'effet négatif du principe de compétence-compétence). L'auteur de l'initiative était critique à l'égard de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'art. 7 LDIP¹⁵ selon laquelle il fallait distinguer les cas où le siège du tribunal arbitral était en Suisse de ceux où il était à l'étranger. Il estimait par conséquent qu'il fallait prévoir dans la loi une disposition permettant au tribunal arbitral de se prononcer d'abord sur sa propre compétence indépendamment de son siège.

Bien que les deux commissions des affaires juridiques aient proposé de ne pas donner suite à l'initiative¹⁶, le Conseil national et le Conseil des États se sont prononcés en sa faveur, respectivement le 21 septembre 2009¹⁷ et le 10 juin 2010¹⁸.

Lors des travaux de mise en œuvre, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a consulté les associations professionnelles concernées et les facultés de droit des universités suisses¹⁹. Il en est ressorti que les questions soulevées par l'initiative devaient être discutées plus en détail et qu'il était souhaitable d'étudier si les autres dispositions sur l'arbitrage international entrées en vigueur en 1989 méritaient aussi d'être révisées. À cet effet, la CAJ-N a chargé le Conseil

¹¹ FF **2000** 2814 ; art. 122, al. 1, Cst. (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007).

¹² RS **272**.

¹³ Message relatif au code de procédure civile suisse, FF **2006** 6841, 7391 s.

¹⁴ Initiative parlementaire Lüscher 08.417 n du 20 mars 2008 « Modification de l'article 7 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé ».

¹⁵ ATF **122** III 139, consid. 2b, p. 142 ; confirmé dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_279/2010 du 25 octobre 2010, consid. 2.

¹⁶ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 4 mai 2009 et rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 15 février 2010.

¹⁷ BO **2009** N 1657 ss.

¹⁸ BO **2010** E 585.

¹⁹ À savoir l'Association suisse de l'arbitrage (ASA), la SCAI et les facultés de droit des universités de Bâle, Berne, Fribourg, Genève, Lausanne, Lucerne, Neuchâtel, Saint-Gall et Zurich (initiative parlementaire 08.417 « Modification de l'article 7 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé », sondage de la CAJ-N, liste des destinataires). Réponses reçues de l'ASA, de la SCAI et des universités de Genève, Lausanne et Neuchâtel.

fédéral, par le biais de la motion 12.3012²⁰, de présenter un projet de toilettage des dispositions de la LDIP sur l'arbitrage international en tenant compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral et des législations en vigueur dans d'autres États européens. La relation entre le juge étatique et le tribunal arbitral, objet de l'initiative parlementaire 08.417, doit aussi être prise en considération. C'est pourquoi l'initiative parlementaire a pu être classée²¹ après que le Conseil national et le Conseil des États, conformément à la proposition du Conseil fédéral²², ont adopté la motion respectivement le 1^{er} juin 2010²³ et le 27 septembre 2012²⁴.

1.1.4 Travaux préparatoires

Lors des travaux préparatoires, l'OFJ a fait appel à un groupe d'experts composés de Gabrielle Kaufmann-Kohler (professeur de droit, Université de Genève), Felix Dasser (professeur de droit, Université de Zurich), Elliott Geisinger (avocat genevois) et Daniel Girsberger (professeur de droit, Université de Lucerne). L'OFJ a en outre consulté le Tribunal fédéral et certaines institutions arbitrales sises en Suisse (la CCI, la SCAI, le Tribunal arbitral du Sport et le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI).

1.2 Dispositif proposé

Trente ans après son adoption, le chapitre 12 de la LDIP est toujours considéré au plan international comme une loi sur l'arbitrage remarquable et innovante. On reconnaît à ce texte l'avantage d'être clair et précis et d'accorder aux parties une autonomie et une flexibilité importantes tout en leur fixant un cadre transparent garanti par les tribunaux étatiques. De par ces caractéristiques, le chapitre 12 de la LDIP peut s'appliquer à des procédures très différentes (par ex. procédures ad hoc, arbitrage institutionnel, arbitrage sportif ou arbitrage en matière d'investissements). L'avant-projet entend renforcer ces caractéristiques et améliorer la sécurité et la clarté du droit, notamment en inscrivant dans la loi les éclaircissements apportés par la jurisprudence du Tribunal fédéral et en levant certaines ambiguïtés de sorte à rendre l'application de la loi encore plus aisée. L'avant-projet s'inspire en outre de l'évolution du commerce international et d'autres lois d'arbitrage dans le monde pour proposer des adaptations visant à optimiser le cadre juridique suisse.

²⁰ Motion 12.3012 de la CAJ-N du 3 février 2012 « Loi fédérale sur le droit international privé. Maintenir l'attrait de la Suisse comme place arbitrale au niveau international ».

²¹ BO 2016 N 1189.

²² Avis du Conseil fédéral du 16 mai 2012

²³ BO 2012 N 484.

²⁴ BO 2012 E 921.

1.2.1 Inscription de la jurisprudence dans la loi et clarification de points ambigus

Depuis l'entrée en vigueur de la LDIP il y a presque 30 ans, le Tribunal fédéral a clarifié et complété la loi sur plusieurs points importants. Pour renforcer la transparence et simplifier l'application de la loi, il apparaît opportun d'inscrire les apports de la jurisprudence dans la loi là où cela paraît nécessaire. Cette révision doit aussi être l'occasion de clarifier certains points restés ambigus. L'objectif premier est d'améliorer la sécurité et la clarté du droit.

Règlementation des rectification, des interprétation et des complément et de la révision

L'avant-projet propose de régler explicitement les moyens de recours à disposition après qu'une sentence a été rendue. Sont concernés les rectifications, les interprétations, les compléments et la révision (art. 189a et 190a AP-LDIP et 119b de l'AP de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF]²⁵). La LDIP ne contient actuellement aucune disposition sur ces moyens de recours. Le Tribunal fédéral, soutenu par la doctrine, estime toutefois que les sentences d'arbitrage international peuvent être rectifiées, interprétées ou complétées²⁶, ou encore faire l'objet d'une demande de révision²⁷. La modification de la LDIP permettra d'inscrire dans la loi toutes les règles utiles en matière de recours. Le chapitre 12 s'approchera ainsi à nouveau de l'intention du législateur de l'époque, à savoir de régler l'arbitrage de manière globale et exhaustive.

Clarification du champ d'application du chapitre 12

Conformément à l'art. 176, al. 1, LDIP, les dispositions du chapitre 12 s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et « si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse ». Dans un arrêt touchant au champ d'application du chapitre 12, le Tribunal fédéral a décidé qu'il fallait tenir compte de la situation des parties au moment de l'ouverture de la procédure, et non de la conclusion de la convention²⁸. Cette décision a été critiquée par l'ensemble de la doc-

²⁵ RS 173.110.

²⁶ ATF 126 III 524, 527 s. ; arrêt du Tribunal fédéral 4P.154/2005 du 10 novembre 2005, consid. 1.2 ; ATF 131 III 164, 169; BSK IPRG-WIRTH, art. 189, n° 75; CR LDIP-UCHER, art. 191, n° 73; STACHER, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, 2015, n° 479 ss.

²⁷ ATF 134 III 286, consid. 2; ATF 129 III 727, consid. 1; ATF 118 II 199, consid. 2 et 3 ; ATF 142 III 521, consid. 2.1 ; BSK IPRG-PFISTERER, art. 190, n° 94; DUTOIT, Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 5^e éd., 2016, art. 191, n° 10; CR LDIP-UCHER, art. 191, n° 60 ss; STACHER, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, 2015, n° 468.

²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4P.54/2002 du 24 juin 2002.

trine²⁹. Une telle logique a pour conséquence que le droit applicable à l'arbitrage (CPC ou LDIP en fonction du siège, du domicile ou de la résidence habituelle des parties) ne peut être déterminé qu'au moment où une procédure concrète est ouverte. Pour les conventions d'arbitrage liant plus de deux parties, cette logique entraîne une certaine insécurité juridique étant donné qu'il est impossible de prévoir quelles parties prendront part à une éventuelle procédure. C'est là une faiblesse importante de la réglementation actuelle. L'avant-projet propose donc de préciser, à l'art. 176, al. 1, LDIP, qu'il s'agit des parties « à la convention d'arbitrage ».

Procédures ancillaires en la forme sommaire

La loi est également imprécise quant au type de procédure à appliquer lorsque le juge est sollicité comme juge d'appui. La révision est l'occasion de prévoir explicitement que les procédures ancillaires, pour l'arbitrage interne comme international, sont à mener en la forme sommaire (art. 251a et 356, al. 3, AP-CPC).

1.2.2 Renforcement de l'autonomie des parties

Le chapitre 12 de la LDIP laisse aux parties une grande liberté pour régler la procédure. Ce principe doit être conservé et renforcé de manière à suivre les développements observés dans la réglementation d'autres places arbitrales.

Assouplissement des exigences de forme

Le droit en vigueur prévoit que la convention d'arbitrage doit être passée par écrit ou par tout autre moyen de communication « qui permet d'en établir la preuve par un texte » (art. 178, al. 1, LDIP). Aujourd'hui, toutes les parties doivent en principe remplir cette exigence de forme. Or, cette réglementation est très stricte en comparaison internationale. Nos États voisins, notamment l'Allemagne et l'Autriche, ont par exemple déjà réduit cette exigence (par. 1031, al. 2, du code de procédure civile allemand et 583 du code de procédure civile autrichien). La France l'a, quant à elle, entièrement supprimée (art. 1507 du code de procédure civile français). La loi type de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) propose aussi deux solutions : la définition d'exigences modernisées ou une renonciation complète à toute exigence (art. 7). La réglementation prévue dans la LDIP ne correspond plus entièrement aux pratiques ni aux attentes des acteurs au niveau international. L'avant-projet propose donc qu'il soit suffisant qu'une seule des parties remplisse les exigences de forme de l'actuel art. 178, al. 1, LDIP (art. 178, al. 1, 2^e phrase, AP-LDIP ; en allemand « *halbe Schriftlichkeit* »). L'existence d'un consensus, dans ce cas-là, s'étudie selon les critères de validité matérielle de l'art. 178, al. 2, LDIP (inchangés dans l'avant-projet).

²⁹ BSK IPRG-PFIFNER/HOCHSTRASSER, art. 176, n° 9; ORELLI, article 176 PILS, n° 21, dans: Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland. The Practitioner's Guide*, 2013; STACHER, *Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz*, 2015, n° 32.

Règlementation des clauses d'arbitrage dans les actes juridiques unilatéraux

L'avant-projet prévoit que la compétence d'un tribunal arbitral pourra se fonder non seulement sur une convention d'arbitrage entre deux parties ou plus, comme d'ordinaire, mais aussi sur une clause d'arbitrage (ou compromissoire) répondant aux exigences de forme et figurant dans un acte juridique unilatéral (par ex. testament, fondation ou trust) si celui-ci est valable conformément au droit auquel il est soumis (art. 178, al. 4, AP-LDIP).

1.2.3 Amélioration du texte de loi dans l'intérêt des utilisateurs

En tant que loi suisse sur l'arbitrage international, le chapitre 12 de la LDIP vise des acteurs étrangers. Il est donc en concurrence directe avec les réglementations proposées par d'autres États. Il est essentiel de veiller à ce qu'il soit facile à appliquer. L'avant-projet propose dès lors certaines simplifications.

Arbitrage international réglé entièrement dans la LDIP

Dans le cadre de l'arbitrage international tel qu'il est réglé au chapitre 12 de la LDIP, l'une des parties est toujours étrangère. Or, celle-ci n'est pas nécessairement familiarisée avec le droit suisse. Elle considérera donc comme un avantage de pouvoir se référer à une loi unique. Dans cette optique, les renvois aux dispositions sur l'arbitrage interne (application par analogie) doivent être remplacés par des dispositions propres. Ces nouvelles dispositions reprennent toutefois le contenu des art. 367 ss CPC. Les art. 179 et 180 AP-LDIP règlent entièrement les cas où, en l'absence de convention entre les parties, l'autorité judiciaire doit nommer, récuser ou révoquer des arbitres.

Mémoires en anglais dans les procédures devant le Tribunal fédéral en matière d'arbitrage

L'anglais est la langue la plus utilisée dans les procédures d'arbitrage (international)³⁰. Lors de procédures de recours ou de révision le Tribunal fédéral accepte déjà aujourd'hui selon le droit en vigueur (art. 54, al. 3, LTF) avec l'accord des parties des annexes aux mémoires en anglais. L'avant-projet propose d'aller plus loin et d'autoriser les parties à remettre des mémoires en anglais au Tribunal fédéral lorsqu'il est saisi comme instance de recours ou de révision dans le cadre d'arbitrages (art. 77, al. 2^{bis}, AP-LTF). Le nombre de procédures n'augmentera pas étant donné que les conditions pour les demandes de recours et de révision sont très strictes. En

³⁰ D'après les statistiques de la SCAI, l'anglais a été utilisé comme langue de procédure dans 67 % des cas en 2015. Cette proportion est la même si on considère tous les cas traités sur la base des Swiss Rules entre 2004 et 2015 (SCAI, Arbitration Statistics 2015). Quant aux procédures d'arbitrage de l'OMPI, pour 2015 presque 86 % d'entre elles ont été menées en anglais (http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/languages_yr.jsp?year=2015); dernière consultation le 23 septembre 2016).

revanche, la mesure permettra aux parties d'éviter des frais de traduction, ce qui renforcera l'attrait de la place arbitrale suisse.

1.3 Appréciation de la solution retenue

1.3.1 Maintien du dualisme ouvert

En Suisse, l'arbitrage est réglé dans deux lois : la partie 3 du CPC pour l'arbitrage interne et le chapitre 12 de la LDIP pour l'arbitrage international. Ce dualisme est apparu historiquement en raison de la structure fédérale de l'État³¹.

À l'occasion de la révision présentée ici, l'idée de réunir ces deux arbitrages en un code unique a été étudiée, mais en fin de compte rejetée. Déjà lors de la consultation sur le code de procédure civile suisse, la majorité des participants avaient préféré maintenir la réglementation dualiste³², qui avait fait ses preuves sur les plans interne et international, plutôt que de créer un code unique. De plus, les art. 353, al. 2, CPC et 176, al. 2, LDIP permettent d'exclure l'application de l'une des ces lois au profit de l'autre, autrement dit de choisir librement le droit applicable. Ce dualisme ouvert offre aux parties une grande marge de manœuvre pour régler les modalités de l'arbitrage. La critique selon laquelle on aboutirait à une simple distinction formelle entre arbitrages interne et international est infondée. L'avant-projet propose simplement d'adapter quelques dispositions du CPC à la nouvelle réglementation de la LDIP³³ afin qu'il reste possible d'opter pour l'un ou l'autre droit en toute simplicité.

Le chapitre 12 doit en outre rester concis, libéral et flexible. La pratique a en effet montré que ces caractéristiques étaient importantes dans le cadre de l'arbitrage international. En revanche, l'arbitrage interne visant des situations et des acteurs différents, il est pertinent de disposer d'une réglementation plus détaillée et d'un cadre mieux défini³⁴.

1.3.2 Relation entre l'autorité judiciaire et le tribunal arbitral

La motion 12.3012 a chargé le Conseil fédéral, entre autres, d'étudier plus en profondeur l'objet de l'initiative parlementaire 08.417, à savoir la relation entre l'autorité judiciaire et le tribunal arbitral. En effet, outre l'examen de la compétence du tribunal arbitral, le juge assume d'autres tâches ancillaires (nomination, récusation, révocation et remplacement d'arbitres, prolongation de la mission du tribunal arbitral, mesures de contrainte).

³¹ Point 1.1.2.

³² Message CPC, FF 2006 6841 6999.

³³ Point 2.3.

³⁴ KUKO ZPO-DASSER, avant art. 353 à 399, n° 19 ; BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS, introduction du chapitre 12, n° 156 ss; BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3^e éd., 2015, n° 72.

Renonciation à régler l'effet négatif du principe de compétence-compétence

En cas d'exception d'arbitrage, l'autorité judiciaire est amenée à se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral. L'art. II, ch. 3, de la Convention du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères³⁵ (Convention de New York) prévoit que le tribunal renvoie les parties à l'arbitrage, à moins qu'il ne constate que la convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. L'art. 7 LDIP s'inspire de cette disposition tout en s'en distinguant : l'art. 7 LDIP s'applique aux questions de validité des conventions prévoyant que le siège de l'arbitrage international est en Suisse³⁶, alors que l'art. II, ch. 3 de la Convention de New York s'applique lorsque la convention prévoit le siège ailleurs qu'en Suisse³⁷. Le Tribunal fédéral estime ici que l'autorité judiciaire peut se contenter d'un examen sommaire de la convention d'arbitrage si le tribunal arbitral dont la compétence est contestée a son siège en Suisse³⁸. En revanche, si le tribunal arbitral a son siège à l'étranger, l'autorité judiciaire doit étudier la clause d'arbitrage avec plein pouvoir d'examen³⁹. Le Tribunal fédéral justifie ce point de vue de la manière suivante : lorsque le tribunal arbitral a son siège en Suisse, l'autorité de recours étatique peut plus tard, dans le cadre d'un recours contre la sentence arbitrale, déterminer avec plein pouvoir d'examen si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent (art. 190, al. 2, let. b, LDIP)⁴⁰.

La différence de traitement entre tribunaux arbitraux sis en Suisse ou à l'étranger en cas d'exception d'arbitrage portée devant l'autorité judiciaire a fait l'objet de l'initiative parlementaire 08.417 (point 1.1.3). Celle-ci a pu entretemps être classée, son contenu ayant été repris par la motion 12.3012 et traité dans le cadre du présent objet⁴¹.

Une part de la doctrine et de la pratique estime que cette différence de traitement n'est pas réellement justifiée⁴². Une solution claire n'a toutefois pas pu encore être proposée. Dans la doctrine, certaines voix estiment que le juge devrait pouvoir se prononcer sur les exceptions d'arbitrage avec plein pouvoir d'examen, indépen-

³⁵ RS 0.277.12.

³⁶ ATF 138 III 681, consid. 3.1; ATF 122 III 139, consid. c.2.a; arrêt du Tribunal fédéral 4A_279/2010 du 25 octobre 2010, consid. 2.

³⁷ ATF 138 III 681, consid. 3.1 ; ATF 122 III 139, consid. c.2.a ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_436/2007 du 9 janvier 2008, consid. 2.

³⁸ ATF 122 III 139, consid. 142.

³⁹ ATF 121 III 38, p. 41 s.

⁴⁰ DUTOIT, Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 5^e éd., 2016, art. 7, n° 5; BSK IPRG-BERTI/DROESE, art. 7, n° 8; CR LDIP-TSCHANZ, art. 7, n° 24 ss.

⁴¹ BO 2016 N 1189.

⁴² BSK IPRG-WENGER/SCHOTT, art. 186, n° 6; TSCHANZ, De l'opportunité de modifier l'art. 7 LDIP, dans: 28 ASA Bulletin 2010, p. 478 ss; MAYER, Die Überprüfung internationaler Schiedsvereinbarungen durch staatliche Gerichte - Überlegungen zu BGE 121 III 38 und BGE 122 III 139, dans: 14 ASA Bulletin 1996, p. 361 ss et 363 ss; STOJILJKOVIC, Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit, 2014, p. 79; réponses des universités de Genève, Lausanne et Neuchâtel, de l'ASA et de la SCAI à : initiative parlementaire 08.417 « Modification de l'article 7 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé », sondage de la CAJ-N.

damment du siège du tribunal arbitral⁴³. D'autres sont d'avis que l'examen sommaire devrait être la règle⁴⁴.

Les ordres juridiques étrangers prévoient aussi différents types de réglementations. L'examen sommaire reste la forme la plus fréquente⁴⁵. La loi type de la CNUDCI, la Convention de New York et la Convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international⁴⁶ sont neutres quant à l'étendue de l'examen⁴⁷.

Dans le sondage effectué sur l'initiative parlementaire 08.417, la CAJ-N a demandé aux associations professionnelles et aux facultés de droit si la différence de traitement que le Tribunal fédéral effectuait entre les tribunaux arbitraux ayant leur siège en Suisse et ceux l'ayant à l'étranger entraînait des problèmes concrets dans la pratique, ce à quoi tous participants ont répondu par la négative. Pour cette raison, Conseil fédéral renonce à proposer une révision de l'art. 7 LDIP dans le cadre de l'avant-projet.

Renonciation à mettre en place un juge d'appui national

Lors des travaux préliminaires, l'idée d'un juge d'appui national unique a été étudiée. Ses partisans avancent qu'elle permettrait de disposer d'une instance experte en matière d'arbitrage interne et international et qu'on gagnerait ainsi beaucoup en efficacité. Un point de contact national pour toutes les questions relatives à l'assistance prêté par les tribunaux étatiques aux procédures d'arbitrage permettrait aussi de répondre de manière ciblée à certaines attentes de la présente révision (par ex. admissibilité d'une clause prévoyant que le siège est en Suisse sans plus de précisions).

Face à ces avantages, la mise en place d'un juge d'appui unique présenterait de nombreux inconvénients dans la pratique. Une première difficulté serait déjà de choisir quel tribunal serait compétent. Le choix d'un tribunal cantonal serait problématique du point de vue du fédéralisme, et tout à fait étranger à notre système juridique. L'attribution au Tribunal fédéral des tâches du juge d'appui (nomination, récusation, révocation et remplacement des arbitres ; prolongation de la mission du tribunal arbitral ; injonction et exécution de mesures de contrainte dans le cadre de mesures provisionnelles, de l'administration des preuves et de l'exécution des déci-

⁴³ BUCHER, L'examen de la compétence internationale par le juge suisse, dans : SJ 2007, p. 153 et 177 ss ; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international - Droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2^e éd., 2010, p. 442 s. ; TSCHANZ, De l'opportunité de modifier l'art. 7 LDIP, dans: 28 ASA Bulletin 2010, p. 478 ss ; CR LKIP/CL-TSCHANZ, art. 7, n° 43 ss ; STOJILJKOVIC, Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit, 2014, p. 79.

⁴⁴ BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3^e éd., 2015, n° 333 ; BSK IPRG-BERTI, art. 7, n° 8 ; LIATOWITSCH, Schweizer Schiedsgerichte und Parallelverfahren vor Staatsgerichten im In- und Ausland, thèse, 2001, p. 132 ss ; BERGER, Kritische Gedanken zur Revision von Art. 7 IPRG im Lichte eines praktischen Beispiels, dans: 29 ASA Bulletin 2011, p. 33 ss et 145 ss ; STOJILJKOVIC, Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit, 2014, p. 79.

⁴⁵ Par exemple en droits allemand, autrichien et français (HAUSMANINGER, dans : Fasching/Konecny, IV/2, par. 584 ZPO, n° 13, 20, 24 et 31).

⁴⁶ Non ratifiée par la Suisse.

⁴⁷ STOJILJKOVIC, Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit, 2014, p. 80 s. ; HAUSMANINGER, dans : Fasching/Konecny, IV/2, par. 584 ZPO, n° 13 et 27 ss.

sions) ne serait pas non plus envisageable. En effet, ces tâches sont trop éloignées de la fonction qu'a le Tribunal fédéral en tant qu'autorité judiciaire suprême de la Confédération (art. 188, al. 1, Cst. et 1, al. 1, LTF). Sa mission doit se limiter en principe à examiner des questions de droit et à garantir une application uniforme du droit fédéral. De plus, les membres du Tribunal fédéral qui assumeraient la fonction de juge d'appui ne pourraient plus siéger en instance de recours. La mise en place d'un juge d'appui national nécessiterait donc presque obligatoirement la création d'une nouvelle instance judiciaire. Étant donné le très petit nombre de cas soumis aujourd'hui à un juge d'appui cantonal, la mesure paraît disproportionnée. C'est pourquoi le Conseil fédéral renonce à proposer la mise en place d'un juge d'appui national.

1.3.3 Maintien des caractéristiques essentielles du chapitre 12 de la LDIP

Le chapitre 12 de la LDIP se distingue par son libéralisme et sa flexibilité. Sa brièveté n'est d'ailleurs pas anodine⁴⁸. Ses utilisateurs, notamment les parties, jouissent d'une grande autonomie, en particulier pour la manière dont ils entendent régler la procédure⁴⁹. La sentence ne peut donc être attaquée que pour quelques motifs très restrictifs (art. 190 LDIP). La seule instance de recours est le Tribunal fédéral (art. 191 LDIP). Contrairement à d'autres lois sur l'arbitrage plus récentes, le chapitre 12 n'est volontairement pas détaillé. C'est pourquoi il peut s'appliquer à des procédures très différentes (par ex. procédures ad hoc, arbitrage institutionnel, arbitrage sportif ou arbitrage en matière d'investissements). L'avant-projet entend préserver ces caractéristiques. L'idée n'est pas de proposer une révision totale du chapitre, mais simplement d'améliorer au moyen de retouches ponctuelles une réglementation qui a fait ses preuves.

1.4 Développements à l'étranger

Grâce à son succès, l'arbitrage international est devenu en Suisse un domaine d'activité important pour les cabinets d'avocats. La concurrence entre les places arbitrales pousse les législateurs des différents États à adapter leur réglementation aux besoins, en permanente évolution, des acteurs internationaux de manière à offrir un cadre juridique avantageux⁵⁰. En effet, la réglementation en matière d'arbitrage a

⁴⁸ L'arbitrage international est réglé en 19 articles, auxquels il est possible d'ajouter l'art. 7 LDIP sur la compétence du juge étatique en présence d'une convention d'arbitrage.

⁴⁹ L'art. 182 LDIP autorise les parties ou le tribunal arbitral à définir librement la procédure (y compris la langue de procédure) dans le respect de l'égalité entre les parties et de leur droit d'être entendues en procédure contradictoire (BAUDENBACHER, Schiedsgerichtsplatz Schweiz. Der Einfluss der Verhandlungsdemokratie, p. 7, dans : DisputeResolution Ausgabe 01/20, mars 2014).

⁵⁰ AMBAUEN, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG. Eine Gegenüberstellung im Kontext der Opting-out-Möglichkeiten. Unter besonderer Berücksichtigung der zwingenden Bestimmungen, der Schiedsfähigkeit und der Anfechtbarkeit von Schiedssprüchen, 2016, n° 5.

une influence importante sur la procédure et est donc un critère central pour le choix d'une place arbitrale⁵¹.

Pour cette raison, les principales places arbitrales ont modernisé leur réglementation ces dernières années. La loi type de la CNUDCI avait déjà été mise à jour en 2006 pour permettre le recours à des moyens de communication plus modernes et pour régler de manière détaillée les mesures provisoires⁵². Or plus de 70 États ont fondé leur droit de l'arbitrage sur cette loi type⁵³. Leur droit en matière d'arbitrage a donc profité de cette réforme et de cette modernisation. Ont également révisé leur réglementation récemment Singapour (2010⁵⁴), la France (2011) et l'Autriche (2013⁵⁵). L'Allemagne et la Suède sont en train de le faire.

Les États ne sont pas les seuls à mettre à jour leurs bases juridiques. Les institutions d'arbitrage adaptent elles aussi leurs règlements. La révision du règlement d'arbitrage de la CCI est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012 : de nouvelles règles proposent d'accélérer et de rendre plus efficace les procédures⁵⁶. Les Swiss Rules de la SCAI ont aussi été révisées en 2012 dans le but de renforcer l'efficacité et l'économicité des procédures⁵⁷.

Ces développements partout dans le monde sont une autre raison pour laquelle il paraît opportun de faire le point sur le droit suisse de l'arbitrage, qui depuis son entrée en vigueur il y a 30 ans a fait ses preuves, et de le mettre à jour. Certes, celui-ci reste incontestablement une base remarquable pour les différentes formes d'arbitrage interne et international. Il est toutefois possible de l'adapter aux attentes actuelles et futures de manière à renforcer son attrait sur le plan international.

1.5 Mise en œuvre

La révision passe par l'adaptation de plusieurs lois fédérales (LDIP, LTF et CPC) ne nécessitant pas d'être concrétisée au niveau d'une ordonnance.

⁵¹ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration. Law and Practice in Switzerland*, 2015, n° 2.23; STACHER, *Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz*, 2015, n° 28 s.

⁵² BSK IPRG-HOCHSTRASSE/FUCHS, introduction chapitre 12, n° 100 ss; GIRSBERGER/VOSER, *International Arbitration. Comparative and Swiss Perspectives*, 3^e éd., 2016, n° 189.

⁵³ <www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html> (dernière consultation le 23 septembre 2016).

⁵⁴ Revision of Singapore International Arbitration legislation (Arbflash, mars 2010 ; <https://www.ashurst.com/publication-item.aspx?id_Content=5081> dernière consultation le 23 septembre 2016).

⁵⁵ BSK IPRG-HOCHSTRASSE/FUCHS, introduction au chapitre 12, n° 114 s. ; Parlement européen, Direction générale des politiques internes de l'Union, Direction C : Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU - Study*, 2014, p. 54.

⁵⁶ SESSLER/VOSER, *Die revidierte ICC-Schiedsgerichtsordnung - Schwerpunkte*, dans: *SchiedsVZ* 2012, cahier 3, p. 120 ss.

⁵⁷ ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, *Swiss Rules of International Arbitration - Commentary*, 2^e éd., 2013.

1.6 Classement d'interventions parlementaires

La révision permet de remplir le mandat confié au Conseil fédéral par le biais de la motion 12.3012 de la CAJ-N « Loi fédérale sur le droit international privé. Maintenir l'attrait de la Suisse comme place arbitrale au niveau international ».

2 Commentaire des dispositions

2.1 Loi fédérale du 12 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)

Remplacement d'expressions

Aux art. 183, al. 3, et 185, «juge » est remplacé par « autorité judiciaire » dans le but d'harmoniser la terminologie entre le CPC et la LDIP.

Les autres remplacements d'expressions ne concernent pas la version française.

Art. 176, al. 1 et 2, et 192, al. 1

Critère d'application du chapitre 12 : siège au moment de la signature de la convention (art. 176, al. 1, et 192, al. 1)

Alors que la pratique et la doctrine⁵⁸ sont d'avis que le chapitre 12 de la LDIP s'applique aux parties ayant à l'origine signé la convention d'arbitrage, le Tribunal fédéral estime qu'il faut considérer la situation des parties au moment de l'ouverture d'une procédure⁵⁹. Dans cette optique, le droit à appliquer (CPC ou LDIP en fonction du domicile, du siège ou de la résidence habituelle des parties) ne peut se déterminer qu'à l'ouverture d'une procédure entre deux parties précises, et non, à l'avance, au moment de la signature de la convention. Cette incertitude existe notamment quand une convention lie plus de deux parties, puisqu'il est impossible de prévoir lesquelles seront concernées par un différend.

Pour renforcer la sécurité du droit quant au champ d'application du chapitre 12, l'avant-projet propose de préciser à l'art. 176, al. 1, LDIP qu'il s'agit des parties « à la convention d'arbitrage ». Le moment de la signature de la convention est donc déterminant à cet égard.

L'art. 176, al. 1, LDIP est aussi complété de manière à préciser qu'il peut s'agir de l'établissement ou du siège d'une société. Aujourd'hui, le terme domicile englobe la notion de siège de société au sens de l'art. 150 LDIP. Il ne s'agit donc que d'une adaptation rédactionnelle, que l'on effectuera aussi à l'art. 192, al. 1, LDIP.

⁵⁸ BSK IPRG-PFIFNER/HOCHSTRASSER, art. 176, n° 9; ORELLI, Article 176 PILS, n° 21, dans: Arroyo (éd.), *Arbitration in Switzerland. The Practitioner's Guide*, 2013; CR LDIP-UCHER, art. 176, n° 22; STACHER, *Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz*, 2015, n° 32.

⁵⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4P.54/2002 du 24 juin 2002.

Forme pour exclure une convention du champ d'application du chapitre 12 (art. 176, al. 2)

L'art. 176, al. 2, LDIP donne aux parties la possibilité de mener une procédure d'arbitrage internationale selon les règles du droit de l'arbitrage interne, c'est-à-dire d'exclure l'application du chapitre 12 de la LDIP en faveur de la partie 3 du CPC (*opting-out*). Ce choix peut se faire dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure⁶⁰. Pour le Tribunal fédéral, une telle décision doit être soumise à des exigences élevées : l'exclusion de la LDIP et le choix du CPC doivent tous deux ressortir expressément d'une convention écrite⁶¹.

L'avant-projet propose d'assouplir les exigences de forme pour les conventions d'arbitrage⁶². En revanche, dans l'intérêt de la sécurité du droit, l'exclusion ultérieure de l'application du chapitre 12 de la LDIP et le choix d'appliquer la partie 3 du CPC devront rester soumis à des exigences élevées : la volonté commune des parties devra être consignée dans une convention écrite.

La situation inverse de l'art. 176, al. 2, LDIP, à savoir l'exclusion du CPC en faveur de la LDIP, est réglée à l'art. 353, al. 2, CPC. Ces deux articles prévoient que ces choix doivent se faire « par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention écrite ultérieure ». Pour garantir le parallélisme entre les deux dispositions, l'avant-projet propose d'adapter l'art. 353, al. 2, CPC à l'art. 176, al. 2, AP-LDIP. Le CPC précise en outre que la déclaration doit respecter la forme prévue à l'art. 358 CPC, à savoir qu'elle doit être « passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte »⁶³.

Art. 178, titre marginal et al. 1 et 4

Forme de la convention d'arbitrage (al. 1)

Le droit actuel prévoit, quant à la forme, qu'une convention est valable si elle est passée « par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte »⁶⁴.

La mention du télégramme et du télex visait à tenir compte des « usages en vigueur » à l'époque⁶⁵, lesquels sont aujourd'hui dépassés. L'avant-projet propose d'utiliser à l'art. 178, al. 1, LDIP la formule plus concise de l'art. 358 CPC : « La convention d'arbitrage est passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte ».

Aujourd'hui, il n'est exigé ni que la convention d'arbitrage soit signée ni que les deux parties déclare leur volonté dans le même document. L'exigence de « preuve

⁶⁰ BSK IPRG-PFIFNER/HOCHSTRASSER, art. 176, n° 40 s.

⁶¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_254/2013 du 19 novembre 2013, consid. 1.2.3 ; ATF **116** II 721, consid. 4. ; ATF **115** II 393 consid. bb. ; CR LDIP-BUCHER, art. 176, n° 29 ss.

⁶² Voir commentaire de l'art. 178, al. 1^{bis}, AP-LDIP.

⁶³ KUKO ZPO-DASSER, art. 353, n° 10 ; AMBAUEN, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG. Eine Gegenüberstellung im Kontext der Opting-out-Möglichkeiten. Unter besonderer Berücksichtigung der zwingenden Bestimmungen, der Schiedsfähigkeit und der Anfechtbarkeit von Schiedssprüchen, 2016, n° 68.

⁶⁴ ATF **119** II 394 consid. 3a ; BSK IPRG-GRÄNICH, art. 178, n° 16.

⁶⁵ FF **1983** I 255, 448.

par le texte » n'est en revanche par remplie si la volonté d'une des parties est prouvable par un texte, mais que l'autre n'a exprimé sa volonté qu'oralement⁶⁶.

En comparaison internationale, cette réglementation paraît aujourd'hui très restrictive. La version révisée en 2006 de la loi type de la CNUDCI propose par exemple de fixer des exigences de forme modernisées ou même de renoncer à toute exigence de forme. Les codes de procédure civile allemand et autrichien prévoient qu'il suffit que la convention soit consignée dans un document écrit qui soit transmis par l'une des parties à l'autre partie, ou par un tiers aux parties, et dont le contenu puisse être considéré, conformément à l'usage, comme faisant partie du contrat, une éventuelle opposition tardive ne pouvant entraîner sa nullité (par. 1031, al. 2, du code de procédure civile allemand et 583 du code de procédure civile autrichien). Le droit français renonce à toute exigence de forme (art. 1507 du code de procédure civile français). Il en va de même en droits écossais, danois et néozélandais⁶⁷.

Au vu de ces développements, le Conseil fédéral propose d'assouplir avec mesure les exigences de forme afin que le droit suisse réponde mieux aux attentes de l'économie sur le plan international. Ainsi, conformément au nouvel art. 178, al. 2, 2^e phrase, AP-LDIP, l'exigence de forme est réputée satisfaite même si elle n'est remplie que par une seule des parties. On inscrit ainsi dans la loi l'interprétation qu'une partie de la doctrine fait déjà de l'art. 178, al. 1, LDIP⁶⁸.

L'exemple suivant illustre l'effet pratique de cette nouveauté : la partie A transmet par écrit à la partie B une proposition de contrat dont la validité n'est soumise à aucune exigence de forme. La proposition contient une clause d'arbitrage. B accepte de fait le contrat en l'exécutant. En droit actuel, le contrat principal est réputé conclu, mais pas la clause d'arbitrage⁶⁹. En revanche, conformément à ce que propose l'avant-projet, la clause d'arbitrage serait également considérée comme conclue pour autant que l'exécution du contrat ait valeur d'acceptation tacite en vertu de l'un des droits prévus à l'art. 178, al. 2, LDIP et qu'il y ait ainsi consensus entre les parties.

Dans un souci d'uniformité et en vue d'une harmonisation avec les possibilités d'exclure un droit en faveur d'un autre prévues aux art. 353, al. 2, CPC et 176, al. 2, LDIP, l'avant-projet propose qu'il soit également suffisant en arbitrage interne que les exigences de forme ne soient remplies que par l'une des parties. C'est pourquoi l'art. 358, al. 1, CPC est adapté à l'art. 178, al. 1, AP-LDIP.

Clauses d'arbitrage des actes juridiques unilatéraux (al. 4)

Les conventions d'arbitrage sont le plus souvent passées entre deux parties ou plus. Du point de vue de la règle de conflits de lois, rien n'empêche déjà aujourd'hui de faire tomber les clauses arbitrales contenues dans des actes juridiques unilatéraux (par ex. testament, fondation, attribution de prix ou trust) dans le champ du critère de

⁶⁶ STACHER, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, 2015, n° 72.

⁶⁷ Parlement européen, Direction générale des politiques internes de l'Union, Direction C : Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU - Study, 2014, p. 43 ; BSK IPRG-GRÄNICHNER, art. 178, n° 20 ss.

⁶⁸ BSK IPRG-GRÄNICHNER, art. 178, n° 17.

⁶⁹ BSK IPRG-GRÄNICHNER, art. 178, n° 17.

rattachement qui est la convention d'arbitrage (art. 178 LDIP)⁷⁰. Pour la sécurité du droit, il apparaît toutefois opportun de clarifier ce point dans la loi. Le nouvel art. 178, al. 4, précise ainsi que le chapitre 12 s'applique par analogie aux clauses arbitrales contenues dans des actes juridiques unilatéraux. Comme pour les conventions d'arbitrage, la validité matérielle de ces clauses se détermine à la lumière soit du droit choisi par les parties, soit du droit régissant l'objet du litige et notamment du droit applicable au contrat principal, soit encore au droit suisse (art. 178, al. 2, LDIP). Si le droit applicable est le droit suisse, les clauses d'arbitrage d'actes unilatéraux sont valables à condition de ne pas porter atteinte de manière illicite à des droits indérogeables de tiers⁷¹.

Pour assurer le parallélisme des exigences de forme dans le CPC et dans la LDIP, l'art. 358 CPC est complété d'un al. 2 prévoyant que la partie 3 du CPC s'applique par analogie aux clauses d'arbitrage des actes unilatéraux.

Art. 179, al. 2, 2^{bis}, 3 et 4

Nomination et remplacement des arbitres (al. 2, 1^{re} phrase, et al. 3)

L'avant-projet suit le principe selon lequel le chapitre 12 de la LDIP doit régler l'arbitrage international en droit suisse de manière exhaustive sans renvoyer à d'autres lois (point 1.2.3). Il propose ainsi de supprimer le renvoi au CPC contenu à l'art. 179, al. 2, 1^{re} phrase. Les al. 1 et 3 sont donc légèrement adaptés de manière à régler entièrement la nomination et le remplacement des arbitres dans les cas où les parties ne l'ont pas fait elles-mêmes dans la convention. Celles-ci pourront saisir l'autorité judiciaire qui prendra les mesures nécessaires.

Siège indéterminé ou siège simplement en Suisse (« arbitration in Switzerland ») (al. 2, 2^e phrase)

Les parties conviennent en principe du siège du tribunal arbitral (art. 176, al. 3, LDIP). Elles peuvent le faire dans la convention ou à un moment ultérieur sans exigence de forme. Si le siège n'a pas été déterminé, il incombe à l'institution d'arbitrage qu'elles ont désignée de le faire. De nombreux règlements d'arbitrage contiennent des règles en la matière⁷². À titre subsidiaire, il peut aussi revenir au tribunal arbitral de régler la question du siège⁷³.

Si les parties n'ont pas désigné de siège et que les mécanismes de désignation de l'art. 176, al. 3, LDIP ne permettent pas d'en définir un, différentes dispositions du chapitre 12 ne peuvent plus être appliquées, à commencer par l'art. 176, al. 1, visant le champ d'application du chapitre 12, à savoir les arbitrages dont le siège du tribu-

⁷⁰ BSK IPRG-GRÄNICH, art. 178, n° 63.

⁷¹ BSK IPRG-GRÄNICH, art. 178, n° 63 ss.

⁷² Par ex. art. 16 Swiss Rules, art. 25 Rules of Arbitration and Mediation Vienna International Arbitration Centre (VIAC), art. 16 Arbitration Rules London Court of International Arbitration (LCIA), par. 21 Regeln des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtsbarkeit et suppl. (DIS), art. 20 Arbitration Rules Stockholm Chamber of Commerce (SCC), art. 14 Arbitration Rules International Chamber of Commerce (ICC), Rule 21 Arbitration Rules Singapore International Arbitration Centre (SIAC).

⁷³ BSK IPRG-PFIFNER/HOCHSTRASSER, art. 179 n° 17 ss; STACHER, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, 2015, n° 21.

nal arbitral se trouve en Suisse. Sont aussi concernées toutes les dispositions conférant une compétence ancillaire à l'autorité judiciaire du siège du tribunal arbitral (art. 179, al. 2, 180, al. 3, 184, al. 2, 185 et 193, al. 1, LDIP). Le plus souvent, la doctrine considère que, dans ce cas, la convention concernée ne remplit pas les exigences minimales et qu'il n'est pas possible d'ouvrir une procédure d'arbitrage en Suisse⁷⁴. Une minorité est toutefois d'avis que, lorsqu'une convention fait une allusion minimale à la Suisse (« *Arbitration in Switzerland* »), le demandeur devrait pouvoir saisir un tribunal cantonal de son choix et requérir l'ouverture d'une procédure d'arbitrage⁷⁵. Certains auteurs estiment en outre qu'il faudrait régler la question de l'application par analogie de l'art. 355, al. 2, CPC⁷⁶.

Les représentants de la doctrine dominante doivent toutefois reconnaître que la définition du lieu d'arbitrage ne fait pas partie des points essentiels de la convention, même si la loi recourt plusieurs fois à la notion de siège. Ils doivent aussi reconnaître que le législateur a confié en premier lieu au tribunal arbitral le soin de déterminer si une procédure peut être ouverte ou si une convention a été conclue de manière valable (art. 186, al. 1, LDIP, principe de compétence-compétence). Le fait que, lorsque le siège ne peut pas être déterminé parce qu'aucune autorité judiciaire n'est compétente, une partie ne puisse pas requérir la nomination d'arbitres sur la base de l'art. 179, al. 3, LDIP représente une lacune dans l'architecture du chapitre 12.

Pour remédier à cette faiblesse, l'avant-projet propose d'ajouter une 2^e phrase à l'art. 179, al. 2 : la première autorité judiciaire saisie est compétente si les parties n'ont pas déterminé de siège ou si elles sont seulement convenues que le siège était en Suisse et qu'elles ne sont ainsi pas en mesure de nommer des arbitres. Cette autorité judiciaire, en tant que « juge d'appui », devra constituer un tribunal arbitral, auquel il incombera de fixer le siège sur la base de l'art. 176, al. 3, LDIP. Bien que ce problème ne se pose que rarement, la réglementation proposée renforcera l'attrait du chapitre 12. En effet, une loi d'arbitrage moderne se doit d'offrir les plus grandes chances de validité aux conventions passées entre les parties.

Arbitrage multipartite (al. 2^{bis})

L'une des garanties essentielles qu'un tribunal arbitral doit respecter pendant toute la procédure et qui doit déjà être prise en compte au moment de sa constitution est le principe d'égalité entre les parties (art. 182, al. 3, LDIP). Chacune d'entre elles doit avoir le même poids dans la nomination des arbitres⁷⁷. Lorsque plus de deux parties

⁷⁴ BSK IPRG-PFIFNER/HOCHSTRASSER, art. 176, n° 29 avec renvois ; DUTOIT, Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 5^e éd., 2016, art. 176 n° 9.

⁷⁵ STACHER, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, 2015, n° 24; BSK IPRG-PFIFNER/HOCHSTRASSER, art. 176, n° 29 avec renvois.

⁷⁶ L'art. 355, al. 2, CPC prévoit que, s'il n'a pas pu être fixé, le siège est au for de l'autorité judiciaire qui, à défaut d'arbitrage, serait compétente pour statuer sur le litige (voir aussi BSK ZPO-WEBER-STECHER, art. 355, n° 23).

⁷⁷ BSK IPRG-PETER/LEGLER, art. 179, n° 12.

participent à une procédure, il peut être difficile de respecter et donc de mettre en œuvre le principe d'égalité⁷⁸.

Un nouvel al. 2^{bis} prévoit donc une réglementation analogue à celle de l'art. 362, al. 2, CPC : en cas d'arbitrage multipartite et en l'absence de convention entre les parties ou de renvoi à un règlement d'arbitrage, l'autorité judiciaire doit pouvoir nommer tous les arbitres. En pratique, elle peut aussi choisir de recourir à une autre solution plus appropriée en fonction du cas d'espèce⁷⁹. En vue de l'égalité entre les parties, elle pourra nommer tous les arbitres ou nommer uniquement celui qui n'a pas été nommé par sa partie, notamment pour contrer une alliance tactique entre plusieurs parties.

Obligation pour les arbitres de déclarer des intérêts (al. 4)

L'article est complété de manière à se rapprocher de l'art. 363 CPC. La loi prévoira ainsi que les arbitres ont l'obligation de déclarer des intérêts. Cette règle découle déjà de l'obligation d'indépendance et d'impartialité des arbitres.

Conformément au nouvel al. 4, les arbitres doivent révéler sans retard l'existence de faits qui pourraient éveiller des doutes légitimes sur leur indépendance ou leur impartialité. Cette obligation vaut pour toute la procédure : elle commence au moment où le mandat d'arbitre est proposé et dure jusqu'au terme de la procédure (moment où la sentence est rendue).

Art. 180, titre marginal et al. 1, let. b (ne concerne que le texte français) et c, 2, 2^{bis}, 3 et 4

Précisions rédactionnelles (al. 1, let. b et c, et 2)

La modification de l'al. 1, let. b, ne concerne que le texte français : « cause de récusation » est remplacé par « motif de récusation », le but étant d'harmoniser la terminologie entre la LDIP et le CPC.

A l'al. 1, let. c, on précise que les doutes pouvant mener à la récusation d'un arbitre ne concernent pas seulement son indépendance mais aussi son impartialité. Cela est déjà sous-entendu en droit actuel⁸⁰. L'art. 367, al. 1, let. c, CPC le formule d'ailleurs déjà explicitement.

L'al. 2 transpose dans la loi la jurisprudence⁸¹ selon laquelle le critère déterminant n'est pas la connaissance subjective d'une partie, mais la connaissance qu'elle aurait pu avoir en faisant preuve de l'attention requise. L'art. 367, al. 2, CPC est aussi adapté dans ce sens.

⁷⁸ C'est le cas en particulier lorsqu'une clause d'arbitrage prévoit un tribunal composé de trois arbitres et que les parties (deux ou plus) ne s'entendent pas sur la nomination de l'arbitre commun.

⁷⁹ FF **2006** 6841, 7003 ; KUKO ZPO-DASSER, art. 362, n° 6.

⁸⁰ BSK IPRG-PETER/BRUNNER, art. 180, n° 8 ss ; DUTOIT, Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 5^e éd., 2016, art. 180, n° 4.

⁸¹ Voir seulement ATF **136** III 605 consid. 3.2.2 ; ATF **129** III 445 consid. 4.2.2.1.

Procédures de récusation et de révocation (al. 2^{bis} et 3)

Les al. 2^{bis} et 3 régleront les procédures de récusation et de révocation de manière détaillée sans renvoyer au CPC. La réglementation s'inspire de celle en vigueur pour l'arbitrage interne (art. 369 ss CPC).

Conformément au principe de l'autonomie des parties, un arbitre peut à tout moment être révoqué par accord écrit entre les parties. Il peut en outre être révoqué à la demande d'une partie s'il n'est pas en mesure de remplir sa mission en temps utile ou s'il ne s'en acquitte pas avec la diligence requise (al. 2^{bis}). Si les parties n'en ont pas convenu autrement, la partie requérante peut exiger dans les 30 jours⁸² une décision de l'autorité judiciaire du siège du tribunal arbitral. La décision de l'autorité est définitive (al. 3).

Motifs de récusation découverts après coup (al. 4)

Dans le cadre de la procédure prévue par la loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (OJ)⁸³, la découverte après la procédure de motifs de récusation ne justifiait en principe pas une demande de révision d'une sentence d'arbitrage international. Faute d'autorité de recours particulière, il était possible de soumettre les demandes de révision liées à des vices de procédure au Tribunal fédéral. La demande devait être déposée dans un délai de recours démarrant au moment de la décision, sous peine de déchéance (art. 141, al. 1, let. a, OJ), même dans les cas où un motif de récusation était découvert après coup. Les sentences étaient donc traitées de la même manière que les autres décisions, puisqu'un vice dans la composition du tribunal arbitral pouvait aussi être porté devant le Tribunal fédéral dans un certain délai (art. 190, al. 2, let. a, LDIP)⁸⁴. En 2008, dans le cadre de deux procédures, le Tribunal fédéral s'est demandé s'il fallait continuer de suivre la jurisprudence rendue sous l'OJ. Aujourd'hui, la LTF distingue les cas de violation des dispositions sur la récusation de ceux de violation d'autres règles de procédure. Pour les premiers, le délai de 30 jours commence à courir au moment de la découverte du motif de récusation (art. 124, al. 1, let. a, LTF). Pour les autres, le délai commence à courir au moment de la notification de l'expédition complète de l'arrêt⁸⁵. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte. La doctrine n'est par ailleurs pas unanime⁸⁶. Le 7 septembre 2016, le Tribunal fédéral a de nouveau traité un cas relatif au dépôt après le délai de recours d'une demande de révision d'une sentence suite à la décou-

⁸² Dans de nombreuses lois d'arbitrage, on trouve déjà un délai de 30 jours à l'art. 369, al. 2, CPC, au par. 589, al. 2, du code de procédure civile autrichien et à l'art. 1451, al. 3, du code de procédure civile français. Ce délai est de 14 et 15 jours au par. 1037, al. 2, du code de procédure civile allemand et à l'art. 13, al. 2, de la loi type de la CNUDCI.

⁸³ RS 173.110 (n'est plus en vigueur).

⁸⁴ ATF 118 II 199, consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 4P.104/1993 du 25 novembre 1993, consid. 2 avec renvois.

⁸⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_234/2008 du 14 août 2008, consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_528/2008 du 4 avril 2008, consid. 2.5.

⁸⁶ Application des dispositions de la LTF par analogie non recommandée : BERGER/KELLERHALS, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, 2006, n° 1788; recevabilité des demandes de révision suite à la découverte ultérieure de motifs de récusation : POUDRET/BESSON, *Comparative Law of Arbitration*, 2^e éd., 2007, p. 789 ; BESSON, *Le recours contre la sentence arbitrale internationale selon la nouvelle LTF*, dans : ASA Bulletin 2007, p. 26.

verte d'un motif de récusation. Il ne s'est là non plus pas prononcé, en faisant référence aux travaux législatifs en cours⁸⁷.

L'art. 180, al. 4, AP-LDIP prévoit que les dispositions sur la révision seront applicables si un motif de récusation n'est découvert qu'après la clôture d'une procédure. Cette solution est la seule qui soit efficace : les recours au sens de l'art. 77, al. 1, let. a, LTF en relation avec l'art. 190, LDIP seraient inutiles en cas de découvertes ultérieures de motifs de récusation. Certes, il serait possible de faire valoir l'art. V de la Convention de New York dans le cadre de l'exécution de la sentence, mais, pour cela, il faudrait qu'il y ait bien une procédure d'exécution au sens de la Convention, que le motif de récusation soit découvert avant la fin de cette procédure et que l'État, dans lequel l'exécution a lieu, reconnaisse ce vice de procédure dans son droit. Un rejet de l'exécution serait quoi qu'il en soit inefficace puisqu'il ne donnerait pas lieu à une nouvelle sentence. Comme le problème touche aussi l'arbitrage interne, la même règle est inscrite à l'art. 369, al. 6, AP-CPC.

Art. 183, al. 2

Mesures provisionnelles et mesures conservatoires

Il convient d'adapter la loi à la pratique actuelle. Sur le plan rédactionnel, on parlera en outre non plus de « juge » mais d'« autorité judiciaire ».

Les mesures provisionnelles ou conservatoires ordonnées par le tribunal arbitral sont contraignantes pour la partie concernée. Leur exécution ne saurait toutefois être imposée puisque le tribunal arbitral ne dispose pas de moyens de contrainte. Celui-ci peut toutefois solliciter le concours de l'autorité judiciaire. Selon la doctrine dominante, les parties à la procédure sont aussi habilitées à le faire⁸⁸. C'est pourquoi l'avant-projet propose de préciser cette possibilité. Cet ajout se justifie, car la partie en faveur de laquelle la mesure a été ordonnée doit en principe avoir le droit d'en exiger l'exécution. Le tribunal arbitral n'est par ailleurs pas le seul à être compétent en matière de mesures : les parties peuvent en tout temps demander à l'autorité judiciaire de prendre des mesures provisionnelles ou conservatoires⁸⁹.

Art. 184, al. 2 et 3

Administration des preuves

L'actuel art. 184, al. 2, LDIP prévoit que, si nécessaire, le concours de l'autorité judiciaire du siège du tribunal arbitral peut être sollicité dans le cadre de l'administration des preuves. L'autorité judiciaire applique en principe son propre droit, même si ce point n'est pas précisé dans la loi. Dès lors, les preuves à administrer et la procédure à suivre sont déterminées par le droit de la procédure civile de

⁸⁷ ATF 142 III 521, consid. 2.3.5.

⁸⁸ BSK IPRG-MABILLARD, art. 183, n° 16; BSK ZPO-HABEGGER, art. 374, n° 42; CPC-SCHWEIZER, art. 374, n° 18; KUKO ZPO-DASSER, art. 374, n° 8; **avis divergent** : ZK-VISCHER, art. 183 IPRG, n° 6 s.; CHK-SCHRAMM/FURRER/GIRSBERGER, art. 182-186 IPRG, n° 20.

⁸⁹ BSK IPRG-MABILLARD, art. 183, n° 16.

l'autorité requise⁹⁰. Aujourd'hui déjà, on reconnaît que, dans le cadre de l'art. 11a, al. 2 et 3, LDIP, des formes de procédure étrangères peuvent être observées ou prises en considération⁹¹. Le nouvel al. 3, 1^{re} phrase, prévoit ainsi que l'autorité judiciaire applique son propre droit. La 2^e phrase reprend le contenu de l'art. 11a, 2 et 3, LDIP et l'élargit expressément à l'administration des preuves. Si la convention d'arbitrage prévoit des procédures générales ou d'administration des preuves relevant du droit interne ou du droit étranger, l'autorité judiciaire est tenue de les appliquer sur demande des parties, sauf si de justes motifs s'y opposent.

Art. 187, al. 1 (ne concerne que les textes allemands et italiens)

Les versions allemandes et italiennes sont adaptées à la version française⁹². Du fait qu'il ne s'agit pas uniquement d'ordres juridiques nationaux, mais aussi de règles de droit « non étatiques », il est préférable, comme dans la version française, de parler de règles de droit plutôt que de droit.

Art. 189, al. 3

Décision de répartition des frais

La LDIP ne règle pas explicitement la question du montant et de la répartition des frais de la procédure arbitrale et des dépens. À ce sujet, le Tribunal fédéral estime qu'il manque une base juridique adéquate dans la LDIP pour que le tribunal arbitral puisse rendre une décision contraignante en la matière⁹³ : le caractère contraignant des décisions rendues par le tribunal arbitral se limiterait à l'objet du litige que les parties lui ont soumis. La fixation des honoraires du tribunal arbitral à laquelle celui-ci procède dans sa décision correspondrait à une simple facture adressée à l'intention des parties pour les prestations arbitrales fournies. En cas de désaccord, la question devrait alors être réglée par le biais d'une procédure civile ordinaire.

Le fait que la LDIP considère cette fixation d'honoraires comme une simple facture est contraire au système que prévoit le CPC (art. 384, al. 1, let. f)⁹⁴ et qui avait fait ses preuves pendant des décennies dans le cadre du concordat. Différentes pratiques existent sur le plan international. Certaines lois d'arbitrage autorisent ou prévoient la fixation des honoraires par le tribunal arbitral⁹⁵. D'autres vont dans le même sens que le Tribunal fédéral⁹⁶. C'est pourquoi il paraît opportun de régler la question dans la loi : puisqu'il n'est pas pertinent d'établir en la matière une distinction entre arbitrage interne et international, l'avant-projet propose que le tribunal arbitral

⁹⁰ BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER, art. 184, n° 61.

⁹¹ CR LDIP-BUCHER, art. 184, n° 15; BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER, art. 184, n° 61.

⁹² BSK IPRG-KARRER, art. 187, n° 17, 88 ss.

⁹³ ATF 136 III 597, consid. 5.2.1 et 5.2.2.

⁹⁴ BSK ZPO-GIRSBERGER, art. 384, n° 62 s.; KUKO ZPO-DASSER, art. 384, n° 9; ARROYO, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3^e éd., art. 384, n° 15 ss.

⁹⁵ Section 59 ss, en particulier 61, de l'Arbitration Act 1996 du Royaume-Uni ; par. 609 du code de procédure civile autrichien ; art. 21 de l'International Arbitration Act Singapore.

⁹⁶ En Allemagne et en France, le tribunal arbitral ne peut pas fixer ses propres honoraires (voir KELLERHALS/PFISTERER, Wer bestimmt das Honorar des Schiedsrichters?, dans : Geimer/Schütze, Rechts ohne Grenzen : Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag, 2012, p. 464 s.).

doive, sauf convention contraire, statuer sur le montant et la répartition des frais de la procédure arbitrale et sur les dépens.

Pour éviter que le nombre de recours augmente simplement en raison des contestations portant sur ce nouveau point, on renonce à inscrire un nouveau motif de recours à l'art. 190, al. 1, LDIP. Cette modification ne devrait concerner que peu de cas dans la pratique, car les parties choisissent le plus souvent de transmettre cette compétence au tribunal arbitral en optant pour le règlement d'une institution d'arbitrage ou en fixant au préalable des règles de procédure (*terms of reference*) prévoyant une telle compétence.

Art. 189a

Rectifications, interprétations et compléments

Les rectifications, les interprétations et les compléments de sentences sont des moyens de recours sur lesquels il incombe en premier lieu au tribunal arbitral de se prononcer. Ils permettent de remédier aux ambiguïtés, aux lacunes et aux erreurs de rédaction qu'une sentence peut présenter. Malgré l'absence de réglementation explicite en la matière, la jurisprudence et la doctrine considèrent ces moyens comme licites, aussi dans le cadre de l'arbitrage international⁹⁷. Pour renforcer la sécurité du droit, l'avant-projet propose de fixer cette pratique dans un nouvel art. 189a AP-LDIP.

L'interprétation vise à lever les imprécisions qui peuvent se trouver dans le dispositif d'une sentence⁹⁸. La rectification vise à corriger des erreurs de rédaction ou de calcul⁹⁹. Enfin, le tribunal arbitral peut rendre une sentence complémentaire (ou additionnelle) lorsqu'il n'a pas traité tous les chefs de la demande¹⁰⁰. S'il accepte la demande, la sentence est complétée de la décision d'interprétation ou de rectification et est attaquable sur la base de l'art. 190, al. 2, LDIP¹⁰¹. La sentence complémentaire permet au tribunal arbitral de rendre une décision sur des demandes qui ont été formulées lors de la procédure mais qui n'ont pas été traitées. Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut procéder à des rectifications, des interprétations et des compléments de sa propre initiative ou à la demande des parties. Il dispose de 30 jours pour le faire après que la sentence a été rendue. Pour des raisons de célérité de procédure, on renonce sciemment à prévoir une réglementation analogue à celle du

⁹⁷ BSK IPRG-PFISTERER, art. 190, n° 98 ss; CHK-FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM, art. 190 à 192 LDIP, n° 21; ATF 126 III 524, consid. 2; ATF 131 III 164, consid. 1.1.

⁹⁸ Par ex. une partie désignée de manière ambiguë (ATF 130 III 125, consid. 2.3).

⁹⁹ Par ex. une date ou un montant faux (ATF 131 III 164, consid. 1.1).

¹⁰⁰ STACHER, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, 2015, n° 82.

¹⁰¹ ATF 131 III 164, consid. 1.2.3 ; ATF 137 III 85, consid. 1.2 ; CR LDIP-BUCHER, art. 191, n° 74.

CPC¹⁰² avec un délai relatif et un délai absolu (30 jours et 1 an) au profit de l'usage international¹⁰³.

Les rectifications, les interprétations et les compléments sont des recours auprès du tribunal arbitral. Ils ne suspendent donc pas le délai de recours auprès de l'autorité judiciaire¹⁰⁴. Si une partie est lésée par une rectification, une interprétation ou un complément, un nouveau délai de recours court, sur ce point, à partir de la notification de la nouvelle décision (al. 2)¹⁰⁵.

Art. 190, titre marginal, et 190a

Révision (art. 190a)

La révision est une voie de recours extraordinaire et vise à corriger une décision entrée en force suite à la découverte, après coup, de nouveaux faits ou moyens de preuve ou de l'influence qu'a pu avoir une infraction pénale. Le chapitre 12 ne prévoit rien en matière de révision des sentences arbitrales. Pourtant la jurisprudence, constante, et la doctrine sont unanimes : il doit être possible de demander la révision de sentences arbitrales internationales¹⁰⁶. Les motifs de révision et la procédure applicable sont, par analogie, ceux des art. 123 et 124 LTF¹⁰⁷. Dans un souci de clarté et de sécurité du droit, l'avant-projet propose de régler ces points expressément, et conformément à la jurisprudence, dans un nouvel art. 190a AP-LDIP. Il convient dès lors d'adapter le titre marginal de l'art. 190 LDIP et de régler la procédure devant le Tribunal fédéral dans la LTF (art. 119b AP-LTF, commentaire au point 2.2).

Le droit en vigueur ne précise pas si, en arbitrage international, une renonciation préalable à la révision est valable. Pour l'instant, le Tribunal fédéral a laissé cette question ouverte¹⁰⁸. La possibilité de demander une révision se justifierait par l'argument que les garanties de procédure fondamentales ne seraient pas respectées si, en présence de motifs justifiant une révision, il n'y avait pas moyen de demander

¹⁰² L'art. 388, al. 2, CPC prévoit un délai relatif de 30 jours depuis la découverte de l'erreur ou de la nécessité d'interpréter ou de compléter un passage et un délai absolu d'un an à partir de la notification de la sentence.

¹⁰³ Art. 33, al. 1, de la loi type de la CNUDCI ; par. 1058, al. 2, du code de procédure civile allemand ; par. 610, al. 1, du code de procédure civile autrichien ; art. 35 à 37 Swiss Rules ; art. 41 et 42 SCC ; art. 27 LCIA (28 jours) ; art. 35, ch. 1 et 2 ICC ; art. 39, al. 1, VIAC ; art. 37.2 DIS.

¹⁰⁴ ATF 131 III 164, consid. 1.2.4 ; ATF 130 III 755, consid. 1.3.

¹⁰⁵ GRÄNICHNER, dans: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3^e éd., art. 388, n° 9 ; KUKO ZPO-Dasser, art. 388, n° 11 s.

¹⁰⁶ BSK IPRG-PFISTERER, art. 190, n° 94 ; RIGOZZI/SCHÖLL, Die Revision von Schiedssprüchen nach dem 12. Kapitel des IPRG, ZSR Beiheft 37, 2002, p. 9 ss ; BRINER, Die Anfechtung und Vollstreckung des Schiedsentscheides, dans: Böckstiegel (éd.), Die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (II), 1989, p. 109 ; WALTER, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz - Offene Fragen zu Kap. 12 des IPRG-Gesetzes, ZBJV 1990, p. 180 s. ; ATF 142 III 521, consid. 2.1 ; ATF 134 III 286, consid. 2 ; ATF 129 III 727, consid. 1 ; ATF 118 II 199, consid. 2 et 3.

¹⁰⁷ ATF 134 III 286, consid. 2.1 ; ATF 118 II 199, consid. 4 ; STACHER, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, 2015, n° 472.

¹⁰⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4P.265/1996 du 2 juillet 1997, consid. 1a ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_144/2010 du 28 septembre 2010 (publication prévue), consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_368/2009 du 13 octobre 2009, consid. 2.

un réexamen¹⁰⁹. Dans la doctrine, certaines voix défendent l'avis contraire : si la loi autorise qu'on puisse renoncer à remettre en question les infractions contre l'ordre public, il doit être possible de renoncer à la révision¹¹⁰.

L'avant-projet propose une solution intermédiaire, par analogie avec ce qui est prévu pour le recours à l'art. 192 LDIP : si les parties n'ont ni domicile, ni siège, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent exclure, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, toute possibilité de révision en raison de nouveaux faits ou moyens de preuve (art. 190a, al. 1, let. a, AP-LDIP). Il ne sera toutefois pas possible de renoncer aux révisions motivées par le fait que la sentence a été influencée au préjudice du recourant par un crime ou un délit (art. 190a, al. 1, let. b, AP-LDIP).

Art. 191

Autorité de recours et renvoi à la procédure de révision devant le Tribunal fédéral

L'art. 191 LDIP (titre et texte de loi) est complété de manière à préciser que le Tribunal fédéral est l'instance non seulement de recours mais aussi de révision. Il renverra en outre à l'art. 119b LTF sur la procédure de révision devant le Tribunal fédéral (point 2.2).

Art. 193, al. 1 et 2

Adaptations rédactionnelles

La terminologie est uniformisée en faveur de l'expression « autorité judiciaire ». Déjà aujourd'hui, la LDIP suggère que le dépôt de la sentence ne peut se faire qu'auprès d'une autorité judiciaire suisse.

2.2 Loi sur le Tribunal fédéral

Art. 77, al. 1, phrase introductive, et al. 2^{bis}

Recours recevable indépendamment de la valeur litigieuse

Le recours auprès du Tribunal fédéral contre les sentences d'arbitrage international est soumis à certaines conditions (art. 77 LTF). Or, la loi ne permet pas de savoir clairement si, comme dans le cadre de l'art. 74 LTF, une valeur litigieuse minimale doit être atteinte pour que le recours soit recevable contre une sentence arbitrale internationale. Un argument contre la fixation d'une telle valeur serait qu'il y aurait

¹⁰⁹ ATF 118 II 199, consid. 2 a) et cc).

¹¹⁰ BERGER/KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3^e éd., 2015, n° 1813; MÜLLER, *Das Schweizerische Bundesgericht revidiert zum ersten Mal einen internationalen Schiedsspruch: Eine Analyse im Lichte des neuen Bundesgerichtsgesetzes*, dans: *SchiedsVZ* 2007, p. 64 ss et 69 s.; KRAUSZ, *Waiver of Appeal tot he Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR*, Article 6, dans: *Journal of International Arbitration* 2011, p. 137 ss et 152 s.; RUCH, *Zum Rechtsmittelverzicht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 2013, p. 53.

dès lors des sentences qui échapperaient à tout contrôle de l'État¹¹¹. Jusqu'à aujourd'hui, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur la question, n'ayant pas eu à traiter d'affaire de nature patrimoniale¹¹². L'avant-projet propose de préciser dans la phrase introductive de l'art. 77, al. 1, AP-LTF que le recours contre des sentences d'arbitrage international est recevable indépendamment de la valeur litigieuse. Une exclusion de tout contrôle étatique ne sera possible que si les parties n'ont ni domicile, ni siège, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse et que cela a été convenu expressément entre elles (art. 192, al. 1, et 190a, al. 3, AP-LDIP).

Mémoires rédigés en anglais

L'anglais est aujourd'hui la langue la plus utilisée dans les procédures d'arbitrage¹¹³. En raison de l'importance de cette langue, le Tribunal fédéral est tolérant et n'exige souvent pas de traductions, dans le cadre de recours contre des sentences d'arbitrage international, des annexes et documents rédigés en anglais¹¹⁴. L'avant-projet va plus loin et prévoit expressément, dans un nouvel al. 2^{bis} à l'art. 77 LTF, que les parties peuvent rédiger et soumettre au Tribunal fédéral des mémoires en anglais dans le cadre des procédures de recours et de révision contre des sentences d'arbitrage. La mesure permettra aux parties d'économiser des frais de traduction. Elle devrait assurer que l'emploi de la langue anglaise dans le cadre des procédures d'arbitrage en Suisse puisse à l'avenir se poursuivre même dans le cadre des procédures annexes devant le Tribunal fédéral. La règle vaudra autant pour l'arbitrage international que pour l'arbitrage interne. Elle sera sans effets sur la langue de la procédure devant le Tribunal fédéral, laquelle restera régie, dans ces cas aussi, par les dispositions générales de l'art. 54 LTF.

Art. 119b

Révision

L'avant-projet inscrit dans la loi la révision comme voie de recours extraordinaire. Reconnue par la jurisprudence¹¹⁵, la révision est déjà établie dans la pratique (art. 190a AP-LDIP, points 1.2.1 et 2.1). Il convient de régler aussi la procédure applicable (auprès du Tribunal fédéral). La LTF est donc complétée d'un nouveau cha-

¹¹¹ SHK-VON WERDT/GÜNGERICH, art. 77 LTF, n° 17; klar gegen eine Anwendbarkeit des Streitwerterfordernisses spricht sich auch Stacher aus (STACHER, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, 2015, n° 436 avec renvois).

¹¹² Arrêt du tribunal fédéral 4A_258/2008 du 7 octobre 2008, consid. 3.3. Voir aussi ATF 142 III 521, consid. 2.3.5, présentant la question de la valeur litigieuse comme un « problème récurrent ».

¹¹³ D'après les statistiques de la SCAL, l'anglais a été utilisé comme langue de procédure dans 67 % des cas en 2015. Cette proportion est la même si on considère tous les cas traités sur la base des Swiss Rules entre 2004 et 2015 (SCAL, Arbitration Statistics 2015). Quant aux procédures d'arbitrage de l'OMPI, pour 2015, presque 86 % d'entre elles ont été menées en anglais (http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/languages_yr.jsp?year=2015).

¹¹⁴ Le Tribunal fédéral n'exige pas de traduction si les parties consentent à y renoncer. En l'absence de demande expresse de la partie adverse, il part du principe qu'elles y consentent (art. 54, al. 3, ATF ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_176/2008, consid. 1.2).

¹¹⁵ ATF 134 III 286, consid. 2 ; ATF 139 III 727, consid. 1 ; ATF 118 II 199, consid. 2 ; RIGOZZI/SCHÖLL, Die Revision von Schiedssprüchen nach dem 12. Kapitel des IPRG, ZSR Beiheft 37, 2002, p. 9 ss; BSK IPRG-PFISTERER, art. 190, n° 94.

pitre 5b « Révision des sentences rendues dans le cadre de l'arbitrage international » composé d'un article unique (art. 119b AP-LTF).

L'al. 1 de ce nouvel article prévoit que le Tribunal fédéral statue sur les demandes de révision de sentences d'arbitrage international aux conditions de l'art. 190a LDIP. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la procédure applicable suit les règles fixées par la LTF, en particulier aux art. 77, al. 2^{bis}, et 126 LTF. Sauf s'il estime que la demande est manifestement irrecevable ou infondée, le Tribunal fédéral la notifie à la partie adverse pour qu'elle se détermine (art. 119b, al. 2, AP-LTF). Il est aussi réglé clairement que, lorsqu'il admet une demande de révision, le Tribunal fédéral annule la sentence et renvoie la cause au tribunal arbitral pour qu'il statue à nouveau (art. 119b, al. 3, AP-LTF). Cela va dans le même sens que la jurisprudence et la doctrine et est conforme à la volonté de n'autoriser les tribunaux étatiques qu'à renvoyer la sentence pour nouveau jugement au tribunal arbitral, sans qu'ils puissent eux-mêmes se prononcer sur le cas¹¹⁶. Dans l'ensemble, la réglementation correspond à ce qui est prévu pour l'arbitrage interne (art. 399, al. 1, CPC).

2.3 Code de procédure civile

Art. 251a et 356, al. 3

Procédure sommaire devant l'autorité judiciaire

Le CPC, depuis son entrée en vigueur en 2011, ne précise pas si, lorsqu'elle est sollicitée comme juge d'appui, l'autorité judiciaire doit toujours statuer en procédure sommaire. En effet, l'art. 45, al. 1, du concordat sur l'arbitrage, qui réglait la question, n'a pas été repris¹¹⁷. Une réglementation en la matière fait défaut aujourd'hui, et ce pour l'arbitrage autant interne qu'international.

Il convient de compléter le CPC d'un nouvel art. 251a sur l'application de la procédure sommaire dans le cadre de l'arbitrage international. Dans le même esprit que la systématique actuelle, cet article liste les types d'affaires pour lesquelles l'autorité judiciaire peut être sollicitée comme juge d'appui dans le cadre de la LDIP.

Parallèlement, pour l'arbitrage interne, l'art. 356 CPC est complété d'un al. 3 précisant que l'autorité judiciaire compétente statue en procédure sommaire, sauf pour les demandes de recours et de révision dans le contexte de l'arbitrage.

Par ces modifications, on reprend l'ancienne réglementation de l'art. 45, al. 1 du concordat et on fixe dans la loi la pratique déjà en vigueur¹¹⁸.

¹¹⁶ ATF 118 II 199, consid. 3.

¹¹⁷ BSK ZPO-WEBER-STRECHER, art. 356, n° 5.

¹¹⁸ BSK ZPO-WEBER-STRECHER, art. 356, n° 5; BernerKommentar ZPO-PFISTERER, art. 356, n° 20.

Art. 353, al. 2, 358, al. 1 et 2, et 388, al. 3

Garantie du dualisme ouvert par l'adaptation du droit de l'arbitrage interne : assouplissement des exigences de forme, clauses arbitrales contenues dans des actes unilatéraux, adaptation rédactionnelle concernant les recours

L'élaboration du CPC a été l'occasion de rapprocher fortement les dispositions régissant l'arbitrage interne de celles régissant l'arbitrage international. Les deux réglementations ne divergent plus que sur quelques rares aspects. Les parties qui optent pour la place arbitrale suisse peuvent, grâce aux art. 353, al. 2, CPC et 176, al. 2, LDIP, choisir librement de soumettre leur procédure à la partie 3 du CPC ou au chapitre 12 de la LDIP¹¹⁹.

Dans l'intérêt de la sécurité du droit, ce dualisme ouvert exige que certaines dispositions soient analogues dans le CPC et la LDIP. Les conditions pour renoncer à une loi et opter pour l'autre doivent être les mêmes. L'art. 353, al. 2, CPC est dès lors complété pour que, comme à l'art. 176, al. 2, AP-LDIP, ce choix puisse se faire dans la convention ou dans une convention écrite ultérieure.

Autre élément central : les exigences de forme auxquelles sont soumises les conventions d'arbitrage. Celles-ci ne doivent pas diverger selon que les parties optent pour une procédure d'arbitrage interne ou international. L'avant-projet propose alors de compléter l'art. 358, al. 1, CPC pour que, comme à l'art. 178, al. 1, AP-LDIP, les exigences de forme soient considérées comme remplies, mais si elles ne sont satisfaites que par une seule des parties (points 1.2.2 et 2.2). Par ailleurs, les clauses arbitrales contenues dans des actes unilatéraux devront être aussi valables en arbitrage interne si elles sont valables en vertu du droit régissant l'objet du litige (ici le droit suisse) (art. 358, al. 2, AP-CPC).

L'art. 388, al. 3, CPC sur le délai de recours contre les rectifications, les interprétations et les compléments est harmonisé, sur le plan rédactionnel, avec l'art. 189a, al. 2, AP-LDIP.

Art. 367, al. 2

Précision rédactionnelle

L'art. 367, al. 2, AP-CPC, comme l'art. 180, al. 2, AP-LDIP, transpose dans la loi la jurisprudence¹²⁰ selon laquelle le critère déterminant en matière de récusation n'est pas la connaissance subjective d'une partie, mais la connaissance qu'elle aurait pu avoir en faisant preuve de l'attention requise.

¹¹⁹ AMBAUEN, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG. Eine Gegenüberstellung im Kontext der Opting-out-Möglichkeiten. Unter besonderer Berücksichtigung der zwingenden Bestimmungen, der Schiedsfähigkeit und der Anfechtbarkeit von Schiedssprüchen, 2016, n° 346 ss et 566 s.

¹²⁰ Voir seulement ATF 136 III 605, consid. 3.2.2 ; ATF 129 III 445, consid. 4.2.2.1

Art. 369, al. 6

Motifs de récusation découverts après coup (al. 4)

En matière de récusation en arbitrage interne, il convient de préciser que les dispositions sur la révision s'appliquent lorsqu'un motif de récusation est découvert après la clôture de la procédure. Cette règle est similaire à celle de l'art. 51, al. 3, CPC sur la récusation des magistrats et des fonctionnaires judiciaires¹²¹. Pour le commentaire, on se référera aux explications sur l'art. 180, al. 4, AP-LDIP.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes, ainsi que pour les villes, les agglomérations et les régions de montagne

Le projet n'a pas de conséquences directes, en particulier en termes de personnel, de finances ou d'organisation, pour la Confédération, les cantons, les communes, les agglomérations et les régions de montagne.

3.2 Conséquences économiques

La réglementation de l'arbitrage international, y compris les modifications apportées par le projet, concerne directement ou indirectement de nombreuses branches, entreprises et personnes (notamment les avocats, les institutions d'arbitrages, les arbitres, l'hôtellerie, les transports publics et les tribunaux étatiques). En raison de l'importance de cette réglementation pour l'économie, une étude d'impact a été demandée à l'Université des Sciences Appliquées de Zurich (ZHAW). Ses résultats, non encore disponibles, seront pris en considération dans le cadre de l'élaboration du projet qui sera remis au Parlement.

4 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral

Le projet n'est pas annoncé dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019¹²².

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

Conformément à l'art. 122, al. 1, Cst., la Confédération a la compétence de légiférer en matière de droit civil et de procédure civile.

¹²¹ ATF 142 III 521, consid. 2.3.

¹²² FF 2016 4999.

