



Concerne : initiative parlementaire 08.417n concernant la modification de l'article 7 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)

Nous nous référons à la lettre du Secrétaire adjoint de la Commission datée du 22 décembre et ai l'honneur d'exposer ci-dessous l'avis de la Faculté de droit de l'Université de Genève. Auparavant, celle-ci tient à souligner combien elle apprécie l'occasion qui lui est ainsi donnée.

Après un récapitulatif, l'avis suit l'ordre des questions formulées dans la lettre précitée (1.a – 2.a-2.f).

- Le droit suisse donne au tribunal arbitral le pouvoir de trancher sa propre compétence; ce faisant, il met en oeuvre l'effet positif du principe de la compétence-compétence (art. 186 al. 1 LDIP, renforcé par l'al. 1bis). En l'état, il ne connaît l'effet négatif de ce principe que partiellement lorsque le siège du tribunal arbitral est situé en Suisse, non lorsqu'il se trouve à l'étranger. L'effet négatif prévoit que le juge étatique saisi d'un litige à propos duquel les parties ont conclu une convention d'arbitrage examine la validité de celle-ci *prima facie* (il examine s'il n'existe *manifestement* pas de convention). S'il existe une convention *prima facie*, il laisse au tribunal arbitral la responsabilité d'en déterminer la validité. Cette détermination de l'arbitre pourra ensuite être revue par le juge du siège de l'arbitrage dans le cadre d'un recours en annulation de la décision du tribunal arbitral et par le juge du pays où l'exécution de la sentence arbitrale est requise.
- L'initiative cherche à introduire l'effet négatif entier de la compétence-compétence, de manière à ce que le juge suisse examine la validité de la convention d'arbitrage *prima facie* non seulement quand le siège est en Suisse mais aussi quand il est à l'étranger.
- L'initiative est bienvenue, parce que le nouvel article 7 al. 2 LDIP renforcera la réputation du "Schiedsplatz Schweiz". La Suisse est traditionnellement une des places d'arbitrage importante du monde. Outre sa stabilité politique, sa situation géographique, ses infrastructures, le cadre juridique qu'elle offre aux usagers de l'arbitrage a contribué de manière essentielle à sa prééminence. Cela étant, elle subit aujourd'hui la concurrence active d'autres places traditionnelles (notamment Paris, Londres, Stockholm) et de places nouvelles (p. ex. Singapour, Hong Kong ou Dubaï). Pour se maintenir au premier plan, la Suisse doit poursuivre ses efforts d'excellence. L'initiative en est une manifestation, comme l'avait été il y a quelques années l'adoption par le législateur de l'article 186 al. 1 bis LDIP.

- L'initiative ne soulève pas de problème de compatibilité avec d'autres textes.
- La rédaction du texte pourrait être améliorée dans le sens suivant:

« Le tribunal suisse, sans égard au siège de l'arbitrage, sursoit à statuer jusqu'à ce que le tribunal arbitral se soit prononcé sur sa compétence ou qu'il n'ait pas pu être constitué dans un délai raisonnable, à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage.

Le juge suisse décline sa compétence lorsque le tribunal arbitral est constitué et sa compétence est établie».

1. Questions sur la distinction opérée par le Tribunal fédéral (TF) concernant le pouvoir d'examen du tribunal étatique suisse

a. "A votre avis, la distinction opérée par le TF est-elle justifiée?"

1. La distinction opérée par le TF, selon laquelle le pouvoir d'examen du juge suisse saisi d'une exception d'arbitrage varie en fonction du siège de l'arbitrage, n'est pas justifiée. Elle ne repose sur aucune base légale. Le texte de l'art. 7 LDIP ne peut constituer le fondement de cette distinction. De même, en l'absence de toute différence entre l'art. 7 let. b LDIP (qui s'applique lorsque le siège est en Suisse) et l'art. II al. 3 de la Convention de New York (CNY)¹ (qui s'applique lorsque le siège est à l'étranger), il n'est pas justifié de faire dépendre l'étendue du pouvoir d'examen du juge suisse de la situation du siège de l'arbitrage².
2. A titre de justification, le TF invoque le fait que la compétence du tribunal arbitral pourra être revue par le juge suisse en cas de siège en Suisse, alors que cette possibilité n'existe pas lorsque le siège de l'arbitrage est à l'étranger³.
3. Cette explication soulève plusieurs objections. Si la décision du tribunal arbitral siégeant à l'étranger devait être exécutée en Suisse, le juge suisse vérifierait alors la validité de la convention d'arbitrage, celle-ci constituant une condition d'exécution au sens de la Convention de New York⁴. Par ailleurs, le TF n'explique pas pourquoi le juge du siège de l'arbitrage à l'étranger ne serait pas apte à décider de la validité d'une convention prévoyant l'arbitrage dans son pays⁵.
4. De surcroît, la solution du TF ignore l'hypothèse d'une renonciation au recours d'annulation contre la sentence arbitrale qu'admet le droit suisse. Même si le siège est en Suisse, aucun juge suisse ne reverra la compétence du tribunal arbitral en cas de renonciation au recours. Dans ce cas aussi, le seul contrôle par un juge suisse se fera au stade de l'exécution (art. 192 LDIP).

¹ Pour le TF, l'art. 7 let. b LDIP et l'art. II al. 3 CNY ont le même contenu (ATF 124 III 83, 87).

² Jean-François Poudret/Sébastien Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, Zurich, Bâle, Genève 2002, para. 502, p. 458.

³ ATF 121 III 38, 42. Dans ce sens, voir aussi l'argument de la majorité de la Commission des affaires juridiques selon laquelle « les tribunaux étatiques [suisses] 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» (Rapport de la Commission des affaires juridiques du 4 mai 2009).

⁴ Art. V al. 1 let. a CNY.

⁵ Andreas Bucher, L'examen de la compétence internationale par le juge suisse, La Semaine Judiciaire, No 5 2007 II, p. 177.

5. Enfin, une impasse pourrait se produire dans les cas, moins rares que l'on croit, dans lesquels le siège de l'arbitrage n'est pas fixé dans la convention d'arbitrage, impasse qui serait évitée par l'absence de la distinction introduite par la jurisprudence au stade de l'exception d'arbitrage⁶.
6. La jurisprudence du TF a été critiquée en doctrine. Une partie de la doctrine estime que le juge suisse doit examiner la validité de la convention d'arbitrage avec plein pouvoir quel que soit le siège de l'arbitrage⁷.
7. Un autre courant de la doctrine prône l'examen *prima facie*⁸ quel que soit le siège, pour les raisons principales suivantes:
 - a. A lui seul, l'effet positif de la compétence-compétence tel qu'il est ancré à l'art. 186 al. 1 LDIP ne suffit pas à assurer le bon déroulement de l'arbitrage, ou en d'autres termes, de protéger l'arbitrage contre d'éventuelles manœuvres dilatoires visant à déstabiliser l'arbitrage. Or, la volonté de décourager de telles manœuvres de déstabilisation de l'arbitrage sous-tend les art. 7 LDIP et II CNY⁹.
 - b. Le principe du plein examen de la compétence par le juge favorise la partie qui cherche à retarder ou paralyser l'arbitrage en introduisant une action judiciaire devant le juge de son choix¹⁰. Sur la base de ce constat pragmatique, la reconnaissance de l'effet négatif de la compétence-compétence constitue un choix de politique juridique, visant à favoriser l'arbitrage.
8. En conclusion, la distinction opérée par le TF selon que le siège d'arbitrage est en Suisse ou à l'étranger ne paraît pas justifiée. En revanche, la solution uniforme que l'initiative cherche à introduire paraît conforme au régime actuel de l'arbitrage international.

⁶ Bucher, *loc. cit.* fn 5. Voir aussi Emmanuel Gaillard, La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Paris 2005, p. 323.

⁷ Voir, *eg*, Poudret/Besson, *op. cit.* fn 2, paras 502-504, pp. 456-459 et les références; Bernhard Berger/Franz Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 2^{ème} éd, Londres 2010, paras 316-317, pp. 87-88.

⁸ Gaillard, *op. cit.* fn 6, pp. 319 *et seq*; Bucher, *op. cit.* fn 5, pp.177 *et seq.* ; Pierre-Yves Tschanz, De l'opportunité de modifier l'art. 7 LDIP, *ASA Bulletin*, Vol. 28, No. 3 (2010), pp. 478-484 ; Carl Ulrich Mayer, *Die Überprüfung internationaler Schiedsvereinbarungen durch staatliche Gerichte*, *ASA Bulletin*, Vol. 14, No. 3 (1996), pp. 361-411; Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, *Arbitrage International*, 2^{ème} éd., Berne 2010, para. 442, pp. 246-247.

⁹ Voir aussi Bucher, *op. cit.*, p. 181 (« Or, l'esprit à la base du chapitre 12 de la LDIP, qui doit nécessairement rejaillir sur l'article 7, consiste à instaurer un régime libéral et efficace de l'arbitrage international, les dispositions impératives et les contraintes étatiques étant limitées au minimum. L'intention du législateur était 'd'ouvrir largement l'accès à l'arbitrage international'. Un régime permettant la saisine du juge suisse avec l'effet, visé directement ou simplement assumé, de déjouer la mise en œuvre de la convention d'arbitrage, ne correspond certainement pas à cette finalité. En présence d'une clause arbitrale, il n'y a aucun intérêt à permettre des démarches devant les tribunaux au-delà des motifs énoncés à l'article 7 et dans la mesure où ils peuvent être constatés facilement et qu'ils font état de l'impossibilité de mettre en œuvre la procédure arbitrale telle que convenue»).

¹⁰ Poudret/Besson, *op. cit.* fn 6, para. 506, p. 461.

b. "A votre avis, dans la pratique des quinze dernières années, cette distinction a-t-elle posé des problèmes concrets (autres que purement doctrinaux) qui ont nui à la place arbitrale suisse ou qui sont susceptibles de lui porter préjudice à terme ? Dans l'affirmative, ces problèmes justifient-ils l'intervention du législateur ?"

9. Nos recherches n'ont pas relevé de problèmes concrets liés à la distinction opérée par le TF. Cependant, l'intervention du législateur dans le sens proposé par l'initiative parlementaire nous paraît néanmoins souhaitable, afin de maintenir et renforcer la position de la Suisse comme place d'arbitrage international de premier rang. L'adoption de l'initiative qui sera largement saluée à l'étranger comme l'avait été l'article 186 al. 1 bis LDIP¹¹ et le Chapitre 12 en son temps, augmentera encore l'image d'excellence de la Suisse comme terre d'accueil de l'arbitrage international.
10. En s'adressant aux tribunaux étatiques suisses, le nouvel art. 7 al. 2 LDIP viendrait compléter l'art. 186 al. 1bis LDIP, qui lui s'adresse aux tribunaux arbitraux siégeant dans notre pays¹². Lors de l'adoption de l'art. 186 al. 1bis LDIP, le Parlement avait reconnu l'intérêt de renforcer le rôle de la Suisse en matière d'arbitrage international. De par l'essor qu'il a connu au cours des dernières décennies, l'arbitrage international constitue aujourd'hui une activité économique à part entière, qui entraîne par la force des choses une vive concurrence entre places d'arbitrage, y compris par l'adoption de législations favorables à l'arbitrage.
11. Une étude menée en 2010 par l'Université de Londres¹³, a mis en lumière les critères selon lesquels les parties choisissent un siège d'arbitrage. Les critères les plus importants sont la loi sur l'arbitrage international de l'État du siège, l'« arbitration-friendliness » du siège, (soit la pratique des tribunaux étatiques consistant à mettre en œuvre les conventions d'arbitrage et les sentences arbitrales), ainsi que l'impartialité des juridictions étatiques.
12. La même étude a aussi relevé que les parties prenaient généralement la Suisse en considération mais qu'au cours des cinq dernières années, les parties ont localisé le siège d'arbitrage plutôt à Londres, Paris et New York, Genève venant seulement en quatrième place avant Singapour. L'étude montre aussi une tendance des parties à fixer le siège dans de nouvelles places d'arbitrage.
13. Partant, il existe un besoin de renforcer la position de la Suisse en matière d'arbitrage international et l'adoption de l'effet négatif de la compétence-compétence constituerait un atout supplémentaire pour la Suisse comme place d'arbitrage international.

¹¹ Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden, Boston 2008, para. 85, p. 132 [et autres?]

¹² Selon Werner Wenger/Markus Schott, *Basler Kommentar*, Bâle 2007, para. 7b, *ad* art. 186, p. 1656, l'art. 186 al. 1bis LDIP commande, sinon l'introduction de l'effet négatif de la compétence-compétence, du moins la généralisation de l'examen *prima facie* de la compétence des arbitres par le juge suisse.

¹³ Voir 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, disponible sur www.arbitrationonline.org (research).

2. Questions relatives à l'initiative parlementaire

a. "Comment jugez-vous le texte proposé ?"

14. Tout en étant favorable à l'initiative, nous considérons que le texte proposé soulève plusieurs problèmes et ne devra donc pas être adopté dans sa version actuelle.
15. Tout d'abord, les termes « en matière internationale » ne sont pas nécessaires, toute la LDIP s'appliquant en matière internationale (art. 1 al. 1 LDIP)¹⁴. En effet, l'article 7 al. 1 LDIP s'applique aussi en matière internationale. Partant, il nous paraît que les deux alinéas auraient le même champs d'application, le nouvel alinéa deux ne disposant pas d'une portée propre par rapport au premier alinéa.
16. En outre, il y a, à notre avis, des problèmes de cohérence entre l'article 7 al. 1 let. b LDIP et le nouvel alinéa deux. Premièrement, tandis que l'alinéa un ne précise pas l'étendue du pouvoir d'examen du juge suisse, le nouvel alinéa deux limite expressément ce pouvoir à un examen *prima facie*. Etant donné que les deux alinéas semblent avoir le même champs d'application, on ne voit guère en quoi cette incohérence entre le texte de ces deux dispositions serait justifiée.
17. Deuxièmement, le nouvel alinéa prévoit que le juge sursoit à statuer, au lieu de décliner sa compétence comme il résulte actuellement de l'art. 7 let. b LDIP. Cette solution est juste, étant donné que le juge ne devrait pas se dessaisir sans avoir vérifié sa propre compétence ou la constitution du tribunal arbitral¹⁵. En effet, il ne suffit pas pour le juge suisse de vérifier l'existence *prima facie* d'une convention d'arbitrage pour conclure à son incompétence. Il est possible qu'aucun tribunal arbitral ne puisse être constitué malgré l'existence d'une convention d'arbitrage¹⁶. La compétence des juridictions étatiques n'est exclue que s'il existe une convention d'arbitrage valable et que le tribunal arbitral peut être constitué (hypothèse qui va au-delà de celle qui est évoquée à l'article 7 al. 1(b)). Par conséquent, le juge suisse devrait surseoir à statuer et accorder aux parties un délai raisonnable pour constituer un tribunal arbitral, si cela n'a pas encore été fait¹⁷. A l'image de l'art. 29 ch. 4 de la proposition de la Commission européenne¹⁸, le nouvel art. 7 LDIP pourrait prévoir dans une seconde phrase que le juge suisse déclinera sa compétence lorsque la constitution et la compétence du tribunal arbitral sont établies.
18. Pour ces raisons, il paraît préférable de ne pas ajouter un deuxième alinéa à l'article 7 LDIP, mais de modifier le premier alinéa dans le sens proposé par l'initiative.
19. En conclusion, on pourrait préférer rédiger le nouvel article 7 LDIP de la manière suivante¹⁹ :

« Si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitral, le tribunal suisse, sans égard au siège de l'arbitrage, sursoit à statuer jusqu'à ce que le tribunal arbitral se soit prononcé sur sa

¹⁴ Tschanz, *op. cit.* fn 8, p. 484.

¹⁵ Tschanz, *op. cit.* fn 8, p. 482.

¹⁶ Tschanz, *op. cit.* fn 8, p. 479.

¹⁷ Tschanz, *op. cit.* fn 8, p. 481.

¹⁸ Voir *infra*, para. 24.

¹⁹ Voir proposition de Tschanz, *op. cit.* fn 8, p. 484.

compétence ou qu'il n'ait pas pu être constitué dans un délai raisonnable, à moins que :

- a. Le défendeur n'ait procédé au fond sans faire de réserve ;
- b. Un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage.

Le juge suisse décline sa compétence lorsque le tribunal arbitral est constitué et sa compétence est établie».

b. "Que pensez-vous de la concordance et de la compatibilité du texte proposé avec la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères ?"

20. Selon le TF, « l'art. II al. 3 de la Convention de New York consacre l'obligation pour le juge ordinaire de statuer librement sur l'exception d'arbitrage invoquée à la lumière des critères de validité du traité international »²⁰. En d'autres termes, le juge suisse ne pourra se limiter à un examen *prima facie* dans le cadre de l'art. II al. 3 CNY. Cependant, lorsque le siège de l'arbitrage est en Suisse, le TF admet que cet examen *prima facie* est conforme à l'art. 7 let. b LDIP qui – selon le TF lui-même ²¹ – est identique à l'article II al. 3 CNY. Sur la base de l'art. 7 al. 1 let. b LDIP le juge suisse décline sa compétence « si l'examen sommaire de la convention d'arbitrage ne lui permet pas de constater que celle-ci est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée »²².
21. En réalité, ni l'art. II al. 3 CNY, ni l'art. 7 al. 1 let. b LDIP ne commandent que le juge suisse statue avec plein pouvoir d'examen sur l'exception d'arbitrage. Ces dispositions n'imposent d'ailleurs pas non plus l'examen *prima facie*. Cependant, il ressort de la jurisprudence du TF que l'examen *prima facie* est compatible avec le texte de ces dispositions²³.
22. En outre, il n'est pas interdit aux Etats membres à la Convention de New York de prévoir l'effet négatif de la compétence-compétence dans leur droit national, car la limitation du pouvoir d'examen du juge étatique ne va pas à l'encontre de la reconnaissance de la convention d'arbitrage. Si la Convention de New York n'impose pas cette solution aux Etats contractants, elle ne l'interdit pas non plus²⁴. La même constatation pourrait être tirée de l'art. VII ch. 1 CNY, qui réserve le droit national plus favorable que les dispositions conventionnelles. L'art. VII ch. 1 vise certes expressément la reconnaissance des sentences arbitrales. Cependant, l'esprit de cette disposition devrait s'étendre à la reconnaissance d'une convention d'arbitrage²⁵.
23. En conclusion, le texte proposé est compatible avec la Convention de New York.

²⁰ ATF 121 III 38, 42. Voir aussi Poudret/Besson, *op. cit.* fn 2, para. 491, p. 443 et les références. *Contra* : Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, The Hague 1981, p. 155.

²¹ ATF 124 III 83, 87.

²² ATF 122 III 139, 143. Voir aussi Bucher, *op. cit.* fn 5, p. 180.

²³ Bucher, *op. cit.* fn 5, pp. 180-181.

²⁴ Poudret/Besson, *op. cit.* fn 2, para. 491, pp. 443-444.

²⁵ Tschanz, *op. cit.* fn 8, p. 483.

c. "Quelle est votre appréciation du texte proposé à la lumière de la proposition de la Commission européenne relative à la révision des art. 1 ch. 2 let. d et 29 ch. 4 du Règlement Bruxelles I ?"

24. La récente proposition de la Commission européenne relative à la révision du Règlement Bruxelles I (RB) contient les dispositions suivantes:

Art. 1

[...]

« (2) Sont exclus de son application :

(d) l'arbitrage, sous réserve des dispositions de l'article 29, paragraphe 4, et de l'article 33 ».

Art. 29

[...]

« (4) Lorsque le siège convenu ou désigné d'un arbitrage se situe dans un État membre, les juridictions d'un autre État membre dont la compétence est contestée en vertu d'une convention d'arbitrage sursoient à statuer dès que les juridictions de l'État membre où se trouve le siège d'arbitrage ou le tribunal arbitral ont été saisis d'un recours ayant pour objet de déterminer, à titre principal ou incident, l'existence, la validité ou les effets de ladite convention d'arbitrage.

Le présent paragraphe ne fait pas obstacle à ce que la juridiction dont la compétence est contestée se dessaisisse dans le cas visé ci-dessus si sa législation nationale l'exige.

Lorsque l'existence, la validité ou les effets de la convention d'arbitrage sont établis, la juridiction saisie décline sa compétence.

Le présent paragraphe n'est pas applicable aux litiges relatifs aux matières visées aux sections 3, 4 et 5 du chapitre II ».

25. Les dispositions coïncident avec l'art. 7 al. 2 LDIP proposé dans la mesure où elles commandent au juge étatique saisi d'un litige sujet à arbitrage de surseoir à statuer quand le tribunal arbitral a été saisi. Elles coïncident aussi dans la mesure où elles prévoient le sursis à statuer en cas de recours contre une décision du tribunal arbitral pendant devant les juridictions du siège. Elles se distinguent en revanche de l'initiative parce qu'elles ne visent pas l'hypothèse du tribunal arbitral non encore saisi et incluent le sursis en cas de saisine des juridictions du siège non seulement sur recours contre une décision arbitrale, mais également en cas d'action déclaratoire en nullité de la convention d'arbitrage portée au siège.

26. En dépit de ces différences, le texte de l'initiative apparaît compatible avec les dispositions précitées. Les deux textes cherchent à coordonner l'interaction entre tribunaux étatiques et arbitraux. Ils se font essentiellement de la même manière en prévoyant qu'un tribunal étatique saisi ailleurs qu'au siège doit surseoir à statuer. Quant aux différences, notons que la proposition européenne est loin de faire l'objet d'un consensus et que son sort est encore incertain. Deuxièmement, l'action déclaratoire en nullité d'une convention d'arbitrage que vise l'article 29 ch. 4 RB et qui existe notamment en droit allemand n'existe pas en Suisse ni d'ailleurs dans la majorité des États membres de l'Union européenne²⁶. En troisième et dernier lieu, il est admis par les rédacteurs de la

²⁶ Sur les différences créées par une telle action, voir not. Philippe Pinsolle, Les problèmes cachés de la proposition de suppression de l'exception d'arbitrage du Règlement 44/2001, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2010/1, pp. 39-40.

proposition européenne que celle-ci n'empêche pas les États membres de l'Union européenne de prévoir l'effet négatif de la compétence-compétence²⁷.

27. La question de la compatibilité de l'article 7 al. 2 LDIP avec l'art. 29 ch. 4 RB se poserait avant tout lorsque le siège de l'arbitrage se situerait dans un État membre de l'Union européenne. Dans cette situation, le nouvel article 7 al. 2 LDIP commanderait au juge suisse saisi d'une exception d'arbitrage de surseoir à statuer afin de laisser le tribunal arbitral se prononcer sur sa compétence, « à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage ». Or, en vertu du texte de l'art. 29 ch. 4 RB, le juge suisse devrait suspendre la procédure non seulement en faveur d'un tribunal arbitral, mais aussi des juridictions étatiques au siège de l'arbitrage, à condition que ces juridictions aient été saisies « d'un recours ayant pour objet de déterminer, à titre principal ou incident, l'existence, la validité ou les effets de ladite convention d'arbitrage »²⁸. Si ces juridictions ne sont pas encore saisies, rien ne devrait empêcher le juge suisse d'accorder la priorité aux arbitres tel que prévu par le nouvel article 7 al. 2 LDIP.
28. De toute manière, l'ordre fait au juge suisse de surseoir à statuer en faveur du tribunal arbitral ne devra pas être pris à la lettre lorsque le siège de l'arbitrage est à l'étranger. Il devrait être compris comme un choix de politique législative en faveur de l'arbitrage. Le droit suisse laissera aux droits nationaux étrangers le choix de déterminer le tribunal (arbitral ou étatique) compétent pour trancher en premier la question de la compétence arbitrale. L'essentiel est que le juge suisse sursoie à statuer sur la compétence arbitrale et n'entre pas en matière sur le fond d'un litige couvert par une convention d'arbitrage²⁹.
29. Une autre difficulté pourrait surgir lorsqu'une juridiction de l'État membre de l'Union européenne où se trouve le siège de l'arbitrage a déjà été saisie de la question de la compétence arbitrale. Dans cette situation, le juge suisse saisi d'une action au fond supposément couverte par une convention d'arbitrage pourra-t-il se déclarer compétent au motif de l'inexistence manifeste de la convention d'arbitrage? Tandis que le nouvel article 7 al. 2 LDIP lui en donne la compétence, l'art. 29 ch. 4 RB accorde cette compétence aux juridictions de l'État du siège (si elles ont été saisies en premières³⁰).

²⁷ A propos de l'art. 27A du Rapport de Heidelberg, qui correspond en substance à l'art. 29 ch. 4 de la proposition et dont il est un des auteurs, Burkhard Hess, *Improving the Interfaces Between Arbitration and European Procedural Law*, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2010/1, p. 23 (« *Even if the clause is disputed, Member States shall be free to provide a system of negative competence-competence where the arbitral tribunal decides on the validity of the clause [...]. [...] Only the supervisory function of the civil courts in the Member State where the arbitration takes place shall be reinforced, but solely with respect to (additional) concurring litigation in the courts of other EU-Member States* »).

²⁸ Selon Hess, l'effet positif de la compétence-compétence des tribunaux arbitraux au siège de l'arbitrage ne sera pas atteint du fait de ce renvoi aux juridictions étatiques (voir Hess, *Improving the Interfaces Between Arbitration and European Procedural Law*, *loc. cit.* fn 27 : « *If applied to the facts in West Tankers, the proposed articles would oblige the Italian courts to stay the proceedings and transfer the case to the English courts. According to Sec. 32 and 72 of the Arbitration Act, the High Court is competent to decide on the validity of the arbitration agreement. However, the arbitration tribunal will decide on the validity of the clause after its constitution (kompetenz-kompetenz)* »).

²⁹ Poudret/Besson, *op. cit.* fn 2, para. 494, p. 445.

³⁰ La proposition de la Commission européenne n'a pas repris le nouvel art. 22 ch. 6 du Rapport de Heidelberg en vertu duquel « *[t]he following courts shall have exclusive jurisdiction [...] (6) in ancillary*

Cette difficulté constitue en réalité un problème de litispendance, qui pourra être résolu par l'art. 21 de la Convention de Lugano d'une manière conforme à l'art. 29 ch. 4 RB. Par conséquent, le texte proposé du nouvel article 7 al. 2 LDIP paraît compatible avec les propositions de la Commission européenne.

30. Si la Convention de Lugano qui, dans sa version de 2007, est identique au Règlement de Bruxelles dans sa teneur actuelle, devait être amendée pour intégrer la proposition européenne, cela aurait pour effet de créer un régime différent lorsque le siège est (i) dans un Etat contractant de la Convention de Lugano ou (ii) dans un Etat tiers ou en Suisse. Si ce fractionnement semble contraire à la cohérence du système, il semble prématuré de s'y attarder dans la mesure où le sort de la proposition européenne est incertain et où l'adaptation de la Convention de Lugano l'est encore plus.

d. "Le nouveau Code de procédure civile (CPC) contient en son art. 61 une disposition quasiment identique à l'art. 7 LDIP. A votre avis, si l'art. 7 LDIP devait être modifié dans le sens proposé par l'initiative parlementaire ci-dessus, conviendrait-il d'examiner également une modification similaire de l'art. 61 CPC ?"

31. Rappelons avant tout que le droit suisse de l'arbitrage est dualiste: lors de l'élaboration de la LDIP, le législateur a choisi d'instaurer des régimes distincts pour l'arbitrage interne et l'arbitrage international, parce que les données et les besoins y sont différents³¹.

32. Une des raisons principales pour l'adoption du chapitre 12 de la LDIP était l'« intérêt primordial » de la Suisse de « sauvegarder sa réputation de pays d'arbitrage »³². Il a été jugé nécessaire d'adopter une réglementation tenant compte de la particularité de l'arbitrage international et de ses besoins spécifiques, notamment l'autonomie des parties³³ et le contrôle limité par les juridictions étatiques³⁴. Le chapitre 12 devait aussi répondre à l'attente des participants à l'arbitrage, dont beaucoup de juristes étrangers, de ne pas être soumis à des règles de procédure inconnues et par trop techniques³⁵. Le chapitre 12 a fort bien repli ses attentes par une réglementation relativement courte, aisément compréhensible, et en accord avec les avancées du droit de l'arbitrage international dans les principales places d'arbitrage.

33. Le choix du dualisme valide les différences entre les régimes. Dès lors, les différences ne sont pas un sujet de préoccupation en tant que tel. Pour qu'elles le deviennent, il faudrait démontrer que les différences entre les deux institutions (arbitrage

proceedings concerned with the support of arbitration the courts of the Member State in which the arbitration takes place ».

³¹ Pierre Lalive/Jean-François Poudret/Claude Reymond, *Le droit de l'arbitrage*, Lausanne 1989, p. 258, para. 4. Kaufmann-Kohler/Rigozzi, *op. cit.* fn 8, paras 122-123, p. 54. Voir aussi Pierre Lalive, *Rev. arb.* 1980, p. 346 (cité par Poudret/Besson, *op. cit.* fn 2, para. 24, p. 26) (« il est impossible, vu la spécificité de l'arbitrage international, de donner en une seule et même loi une solution satisfaisante aux questions que soulèvent les deux sortes d'arbitrage »).

³² Voir Lalive/Poudret/Reymond, *op. cit.* fn 31, p. 260, para. 6.

³³ Lalive/Poudret/Reymond, *op. cit.* fn 31, pp. 260-268, paras. 6-14.

³⁴ Lalive/Poudret/Reymond, *op. cit.* fn 31, p. 277, para. 26.

³⁵ Lalive/Poudret/Reymond, *op. cit.* fn 31, p. 273, para. 21.

interne et arbitrage international) ne justifient pas des règles différenciées. Tel n'est pas le cas ici.

34. Cette distinction entre les régimes de l'arbitrage interne et international n'est pas affectée par l'entrée en vigueur du CPC, qui maintient le dualisme des régimes³⁶. L'art. 353 al. 1 CPC délimite le champ d'application du droit suisse de l'arbitrage interne de manière suivante :

« Les dispositions de la présente partie s'appliquent aux procédures devant les tribunaux arbitraux ayant leur siège en Suisse, sauf si les dispositions du chapitre 12 de la LDIP sont applicables ».

35. L'art. 61 CPC constitue le pendant de l'art. 7 LDIP en matière interne :

Art. 61 CPC : Convention d'arbitrage

Lorsque les parties ont conclu une convention d'arbitrage portant sur un litige arbitral, le tribunal saisi décline sa compétence, sauf dans les cas suivants :

- a. Le défendeur a procédé au fond sans émettre de réserve ;
- b. Le tribunal constate que, manifestement, la convention d'arbitrage n'est pas valable ou ne peut être appliquée ;
- c. Le tribunal arbitral, pour des raisons manifestement dues au défendeur de la procédure arbitrale, n'a pas pu être constitué.

36. Le texte de l'article 61 let. b CPC est compatible avec l'article 7 al. 1 let. b LDIP et l'interprétation qu'en donne le TF. En limitant le pouvoir d'examen du juge suisse à un examen *prima facie* (let. b), l'art. 61 CPC paraît aussi généralement compatible avec le nouvel article 7 al. 2 LDIP.

37. Le nouvel article 7 al. 2 LDIP limiterait le pouvoir du juge suisse à la constatation de l'inexistence manifeste d'une convention d'arbitrage. En revanche, dans le cadre de l'art. 61 let. b CPC, le juge suisse pourra aussi se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage ou la possibilité de l'appliquer. Le pouvoir d'examen du juge suisse dans le cadre du nouvel article 7 al. 2 LDIP apparaît donc plus restreint. On peut hésiter sur la raison de cette différence. En effet, on ne voit guère pourquoi accorder au juge suisse un pouvoir d'examen plus étroit dans le cadre de l'article 7 LDIP que dans celui de l'article 61 CPC.

38. Cela étant, vu le dualisme des régimes, il ne paraît pas indispensable de modifier l'article 61 CPC dans le sens du texte proposé de l'article 7 al. 2 LDIP.

³⁶ Sur le maintien du dualisme des régimes, voir le message du Conseil Fédéral relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006 (06.062), para. 5.25.1, p. 6999.

- e. "L'art. 372 al. 2 CPC dispose que « lorsque les parties déposent des demandes identiques devant une autorité judiciaire et un tribunal arbitral, celui qui a été saisi en second suspend d'office la procédure jusqu'à droit connu sur la compétence du premier saisi ». En revanche, l'art. 186 al. 1bis LDIP prévoit que le tribunal arbitral statue en principe sur sa compétence « sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral ». A votre avis, conviendrait-il d'harmoniser ces deux dispositions dans le cadre de l'initiative parlementaire ci-dessus ?"

39. Les remarques faites dans la section précédente concernant le dualisme s'appliquent également ici.

40. L'article 372 al. 2 CPC instaure une vraie exception de litispendance entre un tribunal interne suisse et une juridiction suisse, le second saisi ayant l'obligation de suspendre la procédure. Cela introduit une coordination claire entre les deux instances. L'article 186 al. 1bis LDIP règle aussi la problématique de procédures parallèles, mais de manière différente. En effet, il vise essentiellement le parallélisme entre arbitrage international avec siège en Suisse et action judiciaire pendante à l'étranger³⁷. Or, ces dernières échappent à l'emprise du législateur suisse qui ne saurait, dès lors, instaurer un vrai système de litispendance. C'est la raison pour laquelle l'article 186 al. 1bis LDIP choisit de donner la priorité au tribunal arbitral siégeant en Suisse. Cette différence justifie le traitement distinct. Il n'est pas possible d'adopter une solution comme celle de l'article 372 al. 2 CPC pour l'arbitrage international (sauf bien sûr dans le cadre d'une convention internationale, ce qui serait préférable mais ne semble pas être à l'ordre du jour). Et il n'est pas souhaitable de transposer l'article 186 al. 1 bis LDIP à l'arbitrage interne.

41. On ajoutera que cette constatation est confirmée par l'examen du champ d'application des deux dispositions lesquelles visent des situations différentes et ne risquent donc pas d'entrer en conflit. Ainsi, l'article 186 al. 1bis LDIP a pour objet des actions parallèles dont l'une est pendante devant un tribunal arbitral international au sens de l'article 176 al. 1 LDIP, alors que l'article 372 al. 2 CPC vise des actions parallèles dont l'une est pendant devant un tribunal arbitral interne au sens de l'article 353 al. 1 CPC.

42. L'article 186 al. 1bis LDIP a pour objet le parallélisme entre un tribunal arbitral international siégeant en Suisse et (i) un autre tribunal arbitral avec siège en Suisse ou (ii) dans un autre État et (iii) un tribunal étatique étranger ou (iv) suisse. Ces quatre situations sont traitées de la même manière. Leur spécificité pourra cependant être prise en compte dans l'appréciation des « motifs sérieux command[ant] de suspendre la procédure » réservés à l'art. 186 al. 1bis LDIP³⁸.

³⁷ Voir FF 2006 4475-76.

³⁸ Kaufmann-Kohler/Rigozzi, *op. cit.* fn 8, para. 456, p. 265.

f. "A votre avis, existe-t-il d'autres problèmes de cohérence entre le droit suisse de l'arbitrage national (CPC) et international (LDIP et conventions internationales) ?"

43. Il existe certes des différences entre le droit de l'arbitrage interne et celui de l'arbitrage international (notamment au niveau du recours contre des sentences arbitrales). Ces différences ne nous semblent pas soulever des problèmes de cohérence. En effet, le champ d'application des deux régimes étant différent, ils ne sont pas susceptibles d'entrer en conflit. Au-delà, une harmonisation des deux régimes constituerait une négation du dualisme choisi par le législateur lors de l'introduction de la LDIP et réaffirmé par l'adoption du CPC.

En espérant que ces réponses seront utiles, nous sommes bien évidemment à votre disposition pour de plus amples explications et vous remercions de votre attention.

Professeur Gabrielle Kaufmann-Kohler