

30 mai 2017

Office fédéral de la justice  
Unité de droit international privé  
3003 Berne

### **Consultation relative à la révision du chapitre 12 de la LDIP en matière d'arbitrage international**

Mesdames, Messieurs,

J'ai l'honneur de vous soumettre quelques observations et commentaires au sujet du projet préparé par l'Office fédéral de la justice et mis en consultation le 11 janvier 2017 :

#### **Partie I Observations générales**

A suivre l'exposé des motifs qui accompagne le projet d'articles, les points clés du « dispositif proposé » portent sur l'amélioration de la sécurité et de la clarté du droit (ch. 1.2.1), le renforcement de l'autonomie des parties « de manière à suivre les développements observés dans la réglementation d'autres places arbitrales » (ch. 1.2.2), ainsi que les simplifications adoptées dans l'intérêt des utilisateurs (ch. 1.2.3). Dans l'annonce publicitaire du Conseil fédéral, il était dit qu'il s'agissait de « rendre la place arbitrale suisse encore plus attrayante » ; or, on ne trouve pas ce même objectif dans l'exposé des motifs, ce qui peut s'expliquer par le fait que la plupart des modifications qui vont au-delà de simples clarifications sont faites dans le but de suivre les développements survenus à l'étranger : on ne peut devenir plus attractif en copiant simplement ce que l'on trouve déjà sur d'autres places d'arbitrage.

Ainsi que cela sera illustré dans le commentaire des différentes propositions, dans la partie II *infra*, le projet comprend de nombreuses lacunes, imperfections et erreurs que l'on est étonné de trouver dans un texte fédéral ayant profité du concours d'experts. Si le projet devait être poursuivi, il conviendrait de solliciter la coopération d'un groupe d'experts indépendants. Le projet, tel que présenté en consultation, a été élaboré avec le concours d'experts se trouvant manifestement dans une situation de conflit d'intérêt difficile à accepter. Cela explique que l'on ne trouve dans le projet aucune trace des intérêts des consommateurs, des locateurs, des travailleurs et des sportifs. On est également étonné de constater l'absence de toute modification ou réflexion sur l'art. 190, relatif aux moyens de recours au Tribunal fédéral. Comme on le sait aujourd'hui, la majorité des experts consultés étaient engagés directement ou via un partenaire de leur cabinet dans des procès en annulation devant le Tribunal fédéral ; ils n'ont donc pas voulu s'exprimer sur le sujet,

pourtant l'un des plus importants de l'arbitrage international en Suisse. Cela prive le projet de toute idée d'objectivité et de neutralité, voire de qualité.

Dans l'ensemble, ainsi que l'on peut le dégager comme conclusion de l'analyse du projet, celui-ci apparaît bien maigrelet, ne suscitant aucun enthousiasme<sup>1</sup>. Que conviendra-t-il de faire ?

1. Il conviendra de ne pas abandonner l'idée de réunir les textes du chapitre 12 de la LDIP et de la partie 3 du CPC. Quoiqu'en dise l'exposé des motifs du peu d'intérêt d'une telle démarche, aucune enquête sérieuse n'a été menée au point de savoir s'il existe dans le pays et dans les milieux de la profession une véritable opposition à un tel projet. La consultation au sujet du chapitre 12 apparaît surtout fondamentalement biaisée sachant que la quasi totalité des réponses n'ont pas tenu compte du projet de clause arbitrale prévu dans la révision de droit de la **société anonyme** et des coopératives figurant dans le Message transmis au Parlement fédéral en date du 23 novembre 2016 et publié le 31 janvier 2017 (FF 2017 p. 652, art. 697n et 797a CO), comme on le constate à la lecture de la réponse de l'ASA du 12 mai 2017. Cette réforme était connue de l'Office fédéral de la justice lorsque la procédure de consultation a été lancée en janvier 2017. Elle est très importante dans le débat sur les rapports entre les régimes d'arbitrage du CPC et de la LDIP. On est donc très étonné de ne pas la voir mentionnée dans l'exposé des motifs.

Certes, on comprend la raison technique qui a amené les auteurs du nouvel article 697n CO à soumettre, dans les conditions légales de nos jours, la procédure arbitrale exclusivement aux règles du CPC. Cependant, il est grotesque de voir la LDIP complètement éliminée dans un domaine d'activité qui est de nature internationale pour un grand nombre de sociétés anonymes en Suisse, comme il est incompréhensible de voir ces nouvelles dispositions de procédure insérées dans une réglementation de droit matériel<sup>2</sup>. La proposition d'un art. 697n CO est également la preuve vivante que l'affirmation du nécessaire maintien du dualisme des régimes d'arbitrage est erronée, malgré ce que l'exposé des motifs en dit (ch. 1.3.1, sans faire aucune mention de la révision du droit des sociétés). Seule une unification législative permettra de trouver un régime approprié et crédible, dont on pourrait espérer d'ailleurs qu'il puisse être étendu aux associations sportives afin d'améliorer la sécurité juridique de l'arbitrage sportif. Tel devrait être, dans une vision à long terme, l'objectif d'une réforme du droit de l'arbitrage en Suisse.

2. Des contraintes politiques peuvent venir pour forcer une **réforme partielle** du chapitre 12 afin de répondre à la motion des Chambres fédérales adoptée en 2012. **La prudence et l'intérêt de la Suisse à la promotion de notre place d'arbitrage ne militent pas en faveur d'une telle démarche. Il serait préférable de suspendre les travaux.** On n'exclura pas, cependant, qu'une volonté politique de petite envergure vienne montrer le chemin. Si tel devait être le choix des autorités fédérales, je préférerais alors une réforme limitée à quelques points importants, élaborés avec le concours d'experts indépendants. Le

<sup>1</sup> On s'étonnera ainsi avec regret que le terme « toilettage » soit utilisé si fréquemment dans les commentaires du projet et même dans les milieux se déclarant sensibles à l'image de la Suisse à l'étranger. On rappellera que le Conseil national, lorsqu'il a approuvé la motion (1.6.2012, BO CN 2012 p. 847 s.), avait entendu d'abord la Conseillère fédérale Sommaruga expliquer que le Conseil fédéral « *unterstützt eine grundsätzliche Überprüfung des 12. Kapitels des IPRG* ». Ce n'est pas ce qui a été fait.

<sup>2</sup> Cf. la critique de von der Crone/Angstmann, Kernfragen der Aktienrevision, RSDA 2017 p. 3-24 (19).

projet mis en consultation présente un nombre de défauts et d'erreurs tel qu'il est à craindre que l'Office fédéral de la justice ne parvienne pas à présenter un texte convaincant et représentatif des intérêts suisses au maintien de la qualité et de l'attractivité de l'arbitrage international pour notre pays.

Ce **minimum** pourrait comprendre des solutions inspirées des articles 189 (frais de l'arbitrage), 189a (rectification et interprétation), 190a (révision).

Cela permettrait par ailleurs de renvoyer les autres points à plus tard, afin de les voir réunis dans une plus grande réforme tenant compte des nouvelles expériences et des effets négatifs résultant de la réforme en matière de société anonyme. Cela prendra quelques années d'attente et de formation d'une volonté politique sincère, mais cela sera à l'honneur de notre pays.

## Partie II – Commentaire

### Art. 7

Aucun changement.

*Les imperfections et les controverses quant à la portée de cette disposition restent sans réponse.*

*L'initiative Lüscher proposait d'ajouter un alinéa 2 en ces termes : « 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. »*

*On estime qu'il n'y a pas besoin d'agir ; on renonce donc à proposer une nouvelle réglementation en la matière. La différence de traitement dans l'examen de l'exception d'arbitrage, selon qu'elle vise un siège arbitral en Suisse ou à l'étranger, fait l'objet de controverses dont l'issue est loin d'être certaine. C'est alors un sondage constatant que la pratique actuelle n'entraînait pas de problème pratique qui a décidé du sort de la proposition (exposé, p. 13). Ce sondage a été fait dans des termes typiquement suisses : s'il n'y a pas de problème en Suisse, il n'y a aucun problème. En fait, les défauts du régime de l'examen complet de la validité de la convention d'arbitrage se manifestent à l'étranger, puisque la saisine du juge suisse vise à perturber un arbitrage qui est engagé à son siège étranger sur la seule présence d'une clause arbitrale valable prima facie. Or, faut-il comprendre, cela n'intéresse pas la Suisse, comme si notre pays ne devait s'intéresser à l'attractivité de l'arbitrage que pour lui-même. Il reste du temps pour reprendre l'étude de la question<sup>3</sup>.*

### Art. 176

A l'alinéa 1, les notions d'établissement et de siège sont ajoutées en tant que critère d'extranéité. Ces facteurs seront à prendre en compte relativement aux parties à la convention d'arbitrage et non par rapport à celles engagées dans le litige comme le voulait le Tribunal fédéral.

<sup>3</sup> Cela suppose au départ que l'on cite les auteurs correctement, sans leur attribuer des opinions qu'ils n'ont pas (comme cela m'est arrivé dans l'exposé des motifs, note 43, citant faussement mon analyse dans la Sem.jud. 2005 p. 177-182).

*L'adjonction de l'établissement est utile, celle du siège inutile eu égard à l'art. 21 al. 1. Cependant, il n'est pas convaincant d'inclure tout établissement, même celui qui, en l'espèce, ne présente aucun lien avec le lien contractuel ou le litige.*

*Il devrait s'agir d'une adaptation purement rédactionnelle (exposé des motifs, p. 16). A lire de près, on relève une divergence dans les textes allemand et français. Celui-ci exige d'une partie d'avoir – cumulativement – son domicile, sa résidence habituelle, son établissement et son siège à l'étranger, tandis que la version allemande requiert – alternativement – que l'un de ces critères au moins se situe à l'étranger. C'est ce dernier texte qui est correct.*

*Le choix de l'identité des parties à la convention d'arbitrage rend la règle mieux prévisible que la solution de la jurisprudence, qui est de nature à créer une insécurité jusqu'au moment de l'ouverture de la procédure arbitrale (ch. 1.2.1, 2.1, p. 16). Cependant, la nouvelle rédaction ne résout pas la question de la détermination des parties à la convention d'arbitrage ; en effet, celle-ci peut avoir pour partie des tiers ayant adhéré à l'accord ultérieurement, par le biais d'une cession, notamment. Au lieu de se focaliser sur le moment de la conclusion de la convention plutôt que sur la date de l'ouverture de l'arbitrage, on ferait mieux de retenir les deux : tout le monde sera content.*

Il est précisé à l'alinéa 2 que l'accord ultérieur doit être un écrit, le texte étant ainsi aligné sur l'art. 192 al. 1. L'art. 353 al. 2 CPC est ajusté à cette nouvelle rédaction (p. 17, 18).

*Cette nouvelle version, exigeant une déclaration « expresse » dans la convention d'arbitrage ou un « écrit » dans la convention ultérieure, n'est pas alignée sur la nouvelle définition de la forme écrite à l'art. 178 al. 1. La déclaration pourrait-elle être expresse si l'une des parties présente un écrit alors que l'autre donne son accord oralement, même « expressément » ? La convention ultérieure devrait être écrite par les deux parties alors que l'écrit d'une seule suffit pour valoir clause arbitrale quant à la forme ?*

*Afin d'assurer la parfaite cohérence des textes, il conviendra de réserver le CPC s'agissant des clauses d'arbitrage contenues dans les statuts d'une société anonyme, conformément au projet d'un art. 697n CO.*

#### **Art. 177**

Aucun changement.

*On aurait pu saisir l'occasion pour régler la question de savoir si l'on ne devrait pas étendre le principe de l'alinéa 1 à la capacité d'ester en arbitrage (ou alors régler le problème à l'art. 178 al. 2).*

#### **Art. 178**

La mention des télégrammes et d'autres moyens électroniques est biffée.

*Cela ne fait de mal à personne, mais n'est certainement pas un motif justifiant la révision. Du moment que celle-ci vise à rétablir de la clarté, on aurait pu penser à modifier l'art. 5 al. 1 également. Le parallélisme est respecté, en revanche, par rapport au CPC, dont l'art. 358 est modifié de la même manière.*

Il est ajouté à l'alinéa 1 que la condition de forme est remplie si elle est respectée par au moins l'une des parties à la convention d'arbitrage.

*Cette proposition est sans doute la plus importante de toute la réforme et également celle qui demande un maximum de réflexion. Alors que l'exposé des motifs proclame à tout va*

*qu'il s'agirait de renforcer la sécurité du droit, au sujet de la règle de l'alinéa 1 – l'une des plus importantes –, cet objectif ne compte plus.*

*Il est dit que la règle actuelle ne correspondrait plus aux pratiques actuelles. A part la loi type de la CNUDCI (cependant uniquement dans l'une des options de l'art. 7), les principaux droits cités sont ceux de nos États voisins, la France, l'Allemagne et l'Autriche (ch. 1.2.2, ainsi que ch. 2.1, p. 18, renvoyant par ailleurs aux droits écossais, danois et néozélandais, dont aucun n'est représentatif d'un centre d'arbitrage de quelque importance). A y regarder de près, on s'aperçoit que l'abandon de toute forme est consacré uniquement à l'art. 1507 CPC français. L'art. 1031 al. 5 du CPC allemand contient une exception importante protégeant les consommateurs (non mentionnée dans l'exposé des motifs). Par ailleurs, s'agissant de l'art. 1031 al. 2 du CPC allemand et de l'art. 583 du CPC autrichien, il est dit que leur exigence de forme serait « réduite » ; en fait, ces « réductions » visent uniquement l'hypothèse du renvoi à un autre document qui contient une clause arbitrale, alors qu'à part ce cas-ci, l'exigence de forme est bilatérale. L'argumentation de l'exposé des motifs est donc trompeuse. Aucune démonstration n'est faite de ce que l'exigence d'une forme bilatérale constitue un handicap sous l'angle de l'attractivité de l'arbitrage suisse. Les renvois aux droits nationaux sont largement incomplets et ce qui reste de leur libéralisme est de toute manière contrebalancé par la jurisprudence européenne sur les clauses abusives (suite à l'arrêt CJUE Océano du 27.6.2000) que l'exposé des motifs ne mentionne pas, comme il n'examine non plus l'impact de l'art. 8 LCD.*

*On relèvera également que l'exemple pratique donné par l'exposé des motifs (p. 18) ne requiert aucunement une solution aussi radicale que celle du projet. Il suffirait de s'inspirer de la loi-type (art. 7, option principale), du § 1031 al. 3 du CPC allemand et du § 583 al. 2 du CPC autrichien pour trouver une solution satisfaisante.*

*L'exposé des motifs s'intéresse uniquement à la fonction d'expression de la volonté. D'après la nouvelle règle, la forme ne servira plus à cette fonction, pour laquelle il conviendra de se tourner exclusivement vers les critères de validité matérielle de l'art. 178 al. 2 (ch. 1.2.2, page 9 in fine). Cela signifie deux choses : (1) la vérification du consensus des parties est abandonnée à l'une des lois matérielles visées par cette disposition, la partie faible (sportifs, consommateurs, locataires, travailleurs) n'étant plus protégée que dans les limites d'une telle loi et non plus par l'exigence d'un écrit. N'importe quelle forme d'expression de la volonté pourrait alors être suffisante, si une telle loi l'admet, qu'elle soit orale, implicite ou même non visible au moment de l'adhésion à la clause. (2) La fonction de preuve remplie par l'exigence d'un écrit de la part des deux parties est également abandonnée à l'une des lois matérielles visées par cette disposition, sous cet angle au détriment des intérêts des parties vulnérables. Ces questions ne sont pas abordées par l'exposé des motifs, pour lequel les intérêts des sportifs, des consommateurs, des locataires (Airbnb !) et des travailleurs sont indifférents au point que même leur existence ne mérite aucune mention. Dans le pays du TAS, on peut s'étonner tout de même, tout en se demandant ce qu'advient la « bienveillance » appliquée par le Tribunal fédéral à la validité des clauses arbitrales signées par les sportifs sans solliciter leur volonté (cf., en dernier lieu, ATF 27.9.2016, 4A\_102/2016, c. 3.2.3) – question que l'exposé des motifs ne soulève pas non plus.*

*Dans le silence de l'exposé des motifs, on ne peut savoir si les auteurs du texte ont pensé aux répercussions de l'adoption de la forme purement unilatérale dans les relations avec des tiers parties à la convention sans être signataires. Cette pratique est consacrée dans la*

*jurisprudence, mais en raison de sa complexité et de la diversité des situations, on peut se demander si l'intervention du législateur s'impose ; en effet, la validité d'une clause arbitrale à l'égard d'un tel tiers n'est admise que dans des situations bien définies, dont la nouvelle règle ne fait pas mention. Il n'est pas exclu que sur la base du nouvel alinéa 1, cette question soit dorénavant abandonnée entièrement aux lois visées par l'art. 178 al. 2. On notera enfin qu'en consacrant la validité d'une convention d'arbitrage en la forme écrite ou par un texte de la part de l'une seule des parties, le nouvel art. 178 al. 1 est incompatible avec l'article II CNY qui requiert qu'un tel document émane de chacune des parties. Pour le Tribunal fédéral, l'art. II CNY était une loi uniforme, applicable à tout arbitrage international et remplaçant le droit national (ATF 110 II 54 ss, 57 s. ; 111 Ib 253 ss, 254 s.). Il se pose dès lors une question de respect du droit international. Pour les auteurs du projet, la réponse est simple, quasi-sur dimensionnelle : on n'en parle pas. Aucune remarque non plus sur le risque de refus de reconnaissance de sentences suisses à l'étranger qui ne sont pas conformes aux Art. II et IV CNY. Il reste un point où la question appelle néanmoins une réponse ; on y viendra sous l'art. 194.*

Un nouvel alinéa 4 précise que les dispositions du chapitre 12 s'appliquent par analogie aux clauses arbitrales dans des actes juridiques unilatéraux.

*L'alinéa 4 rend le régime du chapitre 12 applicable aux actes juridiques unilatéraux. Le texte tel que proposé vise le chapitre 12 en entier en indiquant qu'il s'agirait d'une application par analogie, sans que l'on sache exactement sur quel point devrait porter cette analogie, alors que par rapport à un certain nombre de règles (tel l'art. 187), l'analogie semble douteuse.*

*Sur le fond, l'alinéa 4 apporte une clarification importante, puisque des clauses arbitrales figurant dans les statuts d'une société, dans un acte de trust ou dans un testament sont valables quant à leur forme, la seule question à vérifier étant celle de l'adhésion par acte de volonté de la part des membres ou autres participants. La question de savoir ce qu'advient de cette proposition compte tenu du nouvel art. 697n CO n'est pas examinée.*

*L'exposé des motifs précise que l'on suppose que l'acte unilatéral est valable conformément au droit auquel il est soumis (ch. 1.2.2, p. 10), ce que l'alinéa 4 ne mentionne pas, renvoyant ainsi implicitement aux droits visés par l'alinéa 2 (p. 19). On se demandera ainsi, par exemple, quel sera à cet égard le rôle de la Convention de La Haye de 1961 sur la forme des testaments.*

*On notera enfin que l'insertion de règles sur la consorité, le cumul d'actions et la participation de tiers (art. 376 CPC) ainsi que le sort d'une exception de compensation et la recevabilité d'une action reconventionnelle (art. 377 CPC) ne sont pas discutés.*

#### **Art. 179**

L'alinéa 2 précise que l'on peut en appeler au tribunal non seulement à défaut d'une convention des parties, mais également pour d'autres cas de carence d'une solution permettant de nommer ou de remplacer un arbitre (respectivement, selon une nouvelle terminologie, un membre du tribunal arbitral).

Une phrase est cependant ajoutée à l'alinéa 2 qui charge la « première autorité judiciaire saisie » de statuer si les parties n'ont pas déterminé de siège ou si elles sont seulement convenu que le siège du tribunal arbitral était en Suisse.

*Une solution devait être trouvée, mais il n'est pas certain que celle proposée soit la meilleure. En fait, la nouvelle phrase ne dit pas quelle sera la décision à prendre par cette autorité ; il ressort toutefois du contexte qu'elle nommera les arbitres manquants. Ce sera alors au tribunal arbitral ainsi constitué de fixer le siège (p. 21). On aurait pu s'imaginer que l'autorité saisie se borne à réparer ce qui manque en l'espèce – déterminer le siège. Les parties pourraient alors s'adresser au tribunal du siège ainsi désigné pour poursuivre la constitution du tribunal arbitral. Il n'est pas bien heureux que le premier qui se dépêche l'emporte au point d'obtenir la nomination de tous les arbitres et de contourner ainsi une clause arbitrale prévoyant que chacune des parties nomme son propre arbitre. Le projet consacre ainsi une atteinte au principe d'égalité de traitement, inappropriée et parfaitement inutile car pour trouver un siège en Suisse, il y aurait des solutions plus souples à disposition (ce d'autant que le problème se pose également dans le contexte de l'art. 23 CL).*

En outre, le renvoi de l'alinéa 2 aux dispositions pertinentes du CPC est biffé.

*La suppression d'un tel renvoi reflète une position de principe, l'arbitrage international de la LDIP devant devenir complètement autonome par rapport au CPC (ch. 1.2.3). Dans le contexte de l'art. 179 al. 2, on ne pourrait donc ne plus se servir des alinéas 3 et 4 de l'art. 371 CPC pour régler la suite de la procédure après le remplacement d'un arbitre et la question de la suspension du délai pour rendre la sentence. Cela va laisser une lacune regrettable.*

Un nouvel alinéa 2<sup>bis</sup> prévoit que dans le cas d'un arbitrage multipartite, le tribunal étatique au siège du tribunal arbitral peut désigner tous les membres de celui-ci.

*La disposition répond à une question souvent débattue, alors qu'elle ne se pose pas aussi souvent en pratique, étant donné que les parties ont un intérêt à s'arranger pour trouver une solution qui leur offre au moins une certaine influence sur la composition du tribunal arbitral.*

*En suivant sa lettre, la nouvelle règle se donne un champ d'application excessif. Elle ne devrait intervenir que dans l'hypothèse où les parties ne trouvent pas elles-mêmes la solution ou que celle-ci n'est pas déjà consacrée dans un règlement d'arbitrage s'appliquant en l'espèce. L'exposé des motifs le rappelle comme une évidence (p. 21). L'interprétation dira que la solution doit être la même que celle de l'alinéa qui précède. C'est correct, mais il vaudrait mieux le dire.*

*De même, l'autorité « peut nommer tous les arbitres ». L'exposé des motifs explique qu'elle peut aussi nommer un ou deux seulement (p. 21) ; il serait préférable de ne pas devoir procéder par interprétation.*

*La proposition n'a pas tiré avantage de la comparaison avec l'art. 176 al. 1 : qu'elles sont les parties à un tel arbitrage, et à quel moment faut-il se référer pour le savoir ? Il conviendra d'y réfléchir encore, sans nécessairement aboutir à la même solution que celle proposée pour l'art. 176 al. 1. Avec une rédaction aussi minimaliste, on risque de créer davantage de problème que l'on croit résoudre.*

Selon la nouvelle version de l'alinéa 3, le tribunal étatique chargé de la nomination ou du remplacement du membre d'un tribunal arbitral doit donner suite à la requête (le reste de l'alinéa étant inchangé).

*On relèvera deux erreurs : Le remplacement du terme « un juge » par « un tribunal étatique » fait fi des besoins de la pratique. Pour ce faire, les parties désignent normalement un seul juge, désigné par son identité ou par sa fonction (tel le président d'un tribunal). La LDIP consacrait sur ce point un progrès très important par rapport à la pratique antérieure (notamment celle de certains présidents du Tribunal fédéral<sup>4</sup>); il n'y a aucune raison d'abandonner cette solution qui est de nature à rassurer des parties toutes étrangères à ce que le président du tribunal suisse désigné ne refuse pas la nomination pour des motifs qu'elles ignorent.*

*L'insertion du mot « remplacement » est inutile car le tribunal étatique visé ici ne procède pas à un tel acte à proprement parler, mais uniquement à la nomination du remplaçant (cf. art. 371 al. 1 CPC).*

Le nouvel alinéa 4 rappelle que des circonstances laissant apparaître des doutes légitimes quant à l'indépendance ou à l'impartialité doivent être révélées sans retard par une personne investie d'un mandat d'arbitre. Cette obligation dure pendant toute la procédure arbitrale.

*Le principe est évident, consacré par une jurisprudence souvent répétée. Le texte français dit correctement (contrairement à la version allemande qui suit l'art. 363 al. 1 CPC) qu'on vise une personne ayant accepté son mandat (ou s'appropriant à le faire) et que l'obligation arrive à terme au moment de rendre la sentence. Sur ce dernier point, il conviendra de se demander si ce délai ne devrait pas être reporté à plus tard, compte tenu de l'éventualité d'un recours en annulation ou en révision.*

*La définition du facteur qui déclenche l'obligation de déclarer n'est pas entièrement satisfaisante, étant donné qu'elle correspond à celle du principal cas de récusation (art. 180 al. 1 lit. c) ; cela ressort plus nettement du texte allemand que du texte français. Une déclaration faite conformément au nouvel art. 179 al. 4 équivaut au constat d'un manque d'indépendance ou d'impartialité, ce qui peut provoquer immédiatement la récusation par l'une des parties. Or, le champ de l'obligation de révélation au sens de l'art. 179 al. 4 est plus large que les cas justifiant une récusation. Il conviendrait de faire ressortir cette différence.*

#### **Art. 180**

Les motifs de récusation d'un arbitre restent en principe les mêmes (al. 1 et 2).

Un nouvel alinéa 2<sup>bis</sup> règle la révocation d'un arbitre. Il correspond largement aux dispositions de l'art. 370 al. 1 et 2 CPC.

L'alinéa 3 prévoit qu'à défaut d'accord des parties, une partie qui entend récuser ou révoquer un arbitre peut s'adresser dans un délai de 30 jours au tribunal étatique au siège du tribunal arbitral. Il statuera définitivement.

*Cette disposition méconnaît un point essentiel d'un processus de récusation. On ne saurait prévoir, comme le fait le projet, que le délai de 30 jours commence à courir dès le moment où une partie a eu connaissance du motif pertinent. En cas de récusation, en effet, cette partie doit d'abord s'adresser au tribunal arbitral (al. 2) ; le délai ne peut donc courir qu'à partir du jour où la récusation est contestée par l'arbitre concernée. Le projet confond les solutions que les alinéas 2 et 3 de l'art. 369 CPC distinguent soigneusement.*

---

<sup>4</sup> Cf. A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle 1988, n° 149.



*Dans l'hypothèse d'une révocation, aucun délai ne s'applique lorsqu'elle est conjointe car elle entre en force immédiatement (cf. art. 370 al. 1 CPC). Si la demande est unilatérale, l'alinéa 3 s'applique. L'alinéa 3 ne fait pas la distinction.*

*Il n'y a pas de changement en ce qui a trait au caractère définitif de la décision du tribunal étatique ; on conserve ainsi la pratique actuelle. Celle-ci est confuse et elle aboutit à faire traîner des procédures arbitrales en longueur alors que l'on sait pertinemment que le manque d'indépendance ou d'impartialité d'un arbitre finira par faire tomber la sentence au stade du recours en annulation.*

Selon le nouvel alinéa 4, lorsqu'un motif de récusation n'est découvert qu'après le terme de la procédure, les dispositions sur la révision s'appliquent (art. 190a).

*Ainsi que l'on le rappellera sous l'art. 190a, le moment de la clôture de la procédure arbitrale n'est pas décisif. En effet, un tel cas de révision suppose que le motif pertinent soit découvert « postérieurement à l'expiration du délai de recours contre une sentence arbitrale internationale » (ATF 142 III 535).*

En raison de la disparition de toute référence au CPC (art. 179 al. 2) ou d'un renvoi à la procédure étatique (art. 180 al. 3), il n'y a plus de règle, ni à l'art. 179, ni à l'art. 180, pour désigner le tribunal étatique compétent. L'art. 356 CPC n'est pas applicable.

*On conviendra qu'il s'agit d'une lacune bien malheureuse. Les auteurs du projet ont cru pouvoir procéder d'un trait de plume à ce qu'ils croyaient être une « amélioration dans l'intérêt des utilisateurs » (ch. 1.2.3, 2.1 p. 19) alors que ceux-ci seraient bien heureux de trouver à l'art. 356 CPC la désignation du juge qui convient. Va-t-on dire aux cantons qu'ils devront légiférer sur une loi d'application désignant le tribunal étatique compétent ? Au mieux, dira-t-on aux parlements cantonaux qu'il suffit de dire que « l'art. 356 CPC s'applique », et ce au motif que le législateur fédéral a estimé trop lourd de le faire lui-même ?*

*Pour la même raison, on ne pourra plus se servir de l'art. 369 al. 4 CPC pour autoriser le tribunal arbitral à poursuivre la procédure avec la participation de l'arbitre visé par la récusation. Que faut-il alors faire ?*

## **Art. 182**

Aucun changement.

*On ne voudra donc d'aucune innovation susceptible « de maintenir l'attrait de la Suisse comme place arbitrale au niveau international » comme l'a suggéré la motion des Chambres fédérales ?*

*On aurait pu penser à des règles spécifiques permettant de promouvoir l'arbitrage des petits litiges, concernant les consommateurs, locataires et certaines catégories de travailleurs.*

*Ne conviendrait-il pas de faire une place à la médiation ?*

*On aurait également pu prévoir la possibilité pour les arbitres de prononcer des déclarations portant sur des règles normatives devant régir dorénavant la relation des parties, plutôt que d'en finir par des condamnations qui n'ont normalement aucun effet apaisant sur le litige<sup>5</sup>.*

<sup>5</sup> Cf. Pierre-Yves Tschanz, Vers un arbitrage international préventif ?, RDS 2002 II p. 3-74.

*Et si l'on introduisait une règle permettant au tribunal arbitral de procéder de manière expéditive si les données du litige sont manifestement établies (dans un sens ou un autre) ?*

*Curieusement, on ne trouve aucune allusion à la tendance à renforcer la transparence de l'arbitrage international privé, dont la réputation n'est pas toujours aussi glorieuse qu'on le dit. Dans le Message relatif à la Convention de Mauritius, on a fait dire au Conseil fédéral que la transparence servirait la sécurité du droit et la légitimité de l'arbitrage (FF 2016 p. 3885 s.) et qu'elle offre une « nouvelle dynamique de l'arbitrage » (FF 2016 p. 3886). S'agissant de l'arbitrage selon le chapitre 12, tout cela est oublié ou étouffé.*

*Un aspect spécifique de la transparence serait le devoir de chaque partie de révéler la présence d'un tiers intéressé à l'issue du litige et assumant le financement.*

### **Art. 183**

Aucun changement, sauf l'adjonction, à l'alinéa 2, de la mention qu'une partie et non seulement le tribunal arbitral puisse requérir le concours de l'autorité judiciaire.

*Aucune idée nouvelle n'est venue inspirer cette disposition. Il aurait été souhaitable d'instaurer une certaine collaboration entre le tribunal arbitral et le juge d'appui, en permettant à celui-ci, par exemple, de participer aux audiences du tribunal arbitral, ou inversement. Une telle coopération semble indispensable si des mesures doivent être ordonnées d'urgence.*

*Le fait que l'application de moyens de contrainte pourra dorénavant être sollicitée par une partie modifiera à l'avenir la manière de procéder d'un tribunal arbitral lorsqu'il est requis d'ordonner des mesures provisoires. Il y a de nombreuses situations dans lesquelles il est amplement suffisant pour le tribunal arbitral d'ordonner une mesure sans qu'elle soit rendue exécutoire. Cette distinction est effacée par le nouveau texte de l'alinéa 2 (qui correspond à l'art. 374 al. 2 CPC).*

*On regrettera que la possibilité de renoncer à l'intervention d'un tribunal étatique à travers des mesures provisoires n'ait pas été examinée, tout au moins dans des conditions de l'art. 192 al. 1.*

*L'autorité judiciaire applique « son propre droit ». Or, ce droit n'est rien d'autre que les règles pertinentes du CPC dont il a pourtant été dit qu'elles seraient remplacées par les dispositions de la LDIP (ch. 1.2.3). Il est tout simplement impossible de faire autrement au sujet de questions de procédure comme celles des art. 183 et 184. Cela permettrait cependant d'adopter une approche plus souple aux art. 179 et 180.*

*Enfin, il s'agira encore de déterminer l'autorité judiciaire compétente. Celle-ci appliquera la procédure sommaire (nouvel art. 251a lit. c CPC). Il y aura donc un renvoi au CPC, mais on ne sait pas si ce renvoi comprend également la désignation de l'autorité compétente. L'exposé des motifs n'en parle pas (p. 29). Par analogie avec la solution retenue pour les art. 179 et 180, qui implique également l'application de la procédure sommaire (art. 251 a lit. a et b), sans renvoyer par ailleurs au CPC, la question est laissée ouverte ici également (et de même aux art. 184 et 185).*

### **Art. 184**

La première partie de l'actuel alinéa 2 devient autonome, avec la précision que le concours de l'autorité judiciaire peut être demandé également par l'une seule des parties d'entente avec le tribunal arbitral.

*« L'entente d'une partie avec le tribunal arbitral » est un concept nouveau, inconnu de toute procédure arbitrale. On semble avoir songé à ce que l'accord soit sollicité au préalable du tribunal arbitral qui, bien évidemment, consultera toutes les parties.*

Il est ajouté à l'alinéa 3 que le tribunal étatique peut appliquer ou prendre en considération d'autres modes de procédure que ceux prévus dans son propre droit.

*Il semble bien que cette extension des modalités de procédure soit subordonnée à l'hypothèse des dispositions précédentes, c'est-à-dire le cas où le concours du juge est nécessaire à l'administration des preuves.*

*La nouvelle règle est divisée en deux parties : (1) En principe, le juge applique son propre droit – règle dont l'exposé des motifs explique qu'elle manquerait dans le texte actuel (p. 23), ce qui est faux (cf. al. 2 in fine) (2) La seconde partie constitue une extension de l'art. 11a, al. 2 et 3 LDIP ; cela n'est pas faux mais inutile car ces règles font partie du « propre droit » que l'autorité judiciaire aura à appliquer.*

*Du fait de la mention expresse d'autres formes de procédure, des requêtes de ce type risquent de devenir plus fréquentes. Le tribunal arbitral ne devrait pas pouvoir se décharger de son rôle de manière excessive et confier, par exemple, toute « cross-examination » au tribunal étatique.*

#### **Art. 185**

Aucun changement.

*La mise en place d'un juge d'appui fédéral ne concorde pas avec la structure fédéraliste du pays et, visiblement, le Tribunal fédéral n'en voulait pas (ch. 1.3.2, p. 13 s.). Cela aurait encore pu laisser de la place à la possibilité d'un transfert de compétence vers un juge plus expérimenté dans un autre canton, à l'instar de l'art. 7 al. 2 LF-EEA.*

*Aucune illustration n'est fournie quant à l'activité du juge d'appui hors des fonctions visées aux art. 179, 180, 183 et 184.*

*La question de l'assistance judiciaire aurait pu être soulevée, malgré le refus consacré à l'art. 380 CPC. Si l'on entend rendre l'arbitrage accessible à des parties moins fortunées, un tel instrument peut s'avérer fort utile. Le tribunal arbitral n'en dispose pas (ATF 9.2.2017, 4A\_690/2016, c. 5). Le Tribunal fédéral a noté que la question était débattue et que la résiliation de la clause arbitrale peut être matière à discussion lorsque l'accès à la justice est en jeu (cf. ATF 11.6.2014, 4A\_178/2014, c. 4, s'agissant d'un cas du TAS).*

*On notera en marge que l'insertion de dispositions sur l'avance de frais (art. 378 CPC) et les sûretés pour les dépens (art. 379 CPC) ne fait l'objet d'aucune remarque. On ne dit donc rien non plus sur la question d'actualité relative au financement du litige par des tiers.*

#### **Art. 186**

Aucun changement.

*Dans la logique de l'art. 190 al. 3, il aurait été souhaitable d'étendre les dispositions de l'art. 186 à la constitution du tribunal arbitral (cf. art. 359 al. 1 CPC).*

#### **Art. 187**

Le terme « Recht » est remplacé par « Rechtsnormen », la règle de l'alinéa 1 étant ainsi alignée sur la version en langue française (« règles de droit »).

*La question avait animé des discussions. L'intérêt pratique est nul. On aurait pour le moins pu s'attendre à une traduction correcte. Celle-ci se trouve à l'art. 381 al. 1 lit. a CPC (« Rechtsregeln »).*

### **Art. 189**

Corrigeant une pratique malheureuse du Tribunal fédéral, suivie à tort par de nombreux commentateurs, le tribunal arbitral est autorisé à déterminer le montant et la répartition du coût de la procédure arbitrale et des frais judiciaires des parties (nouvel al. 3). En revanche, il n'y aura pas un motif de recours comme l'art. 384 al. 1 lit. f CPC.

*Pour le législateur de 1987, le motif de la violation de l'ordre public était suffisant (BO CE 1987 p. 197) ; le Tribunal fédéral n'en a pas tenu compte. La différence des solutions est incompréhensible. Si le Tribunal fédéral peut le faire pour l'arbitrage interne, il peut également le faire pour l'arbitrage international, ce d'autant qu'il se trouve parfaitement à l'aise pour exiger le paiement de frais judiciaires dont tout-le-monde convient qu'ils peuvent être exorbitants dans des affaires importantes qui ne sollicitent pas la rédaction d'un arrêt au-delà de quelques pages. L'exposé des motifs se montre prudent et contradictoire : il ne fallait pas faire augmenter les recours en raison de cette nouveauté, dont il est aussitôt dit qu'elle ne devrait concerner que peu de cas dans la pratique, étant donné que la question est normalement réglée dans la procédure arbitrale choisie par les parties (p. 25). On aurait également pu en faire un cas à porter devant le juge d'appui (art. 185), par analogie à une procédure de rectification (art. 189a).*

*En l'état, la Suisse restera exposée aux critiques pointant le doigt sur des arbitres ayant abusé par des honoraires excessifs sans égard de l'atteinte que cela porte à l'image du pays.*

### **Art. 189a**

Le projet introduit expressément une procédure portant sur la rectification, l'interprétation ou le complètement des sentences. Le tribunal arbitral peut agir de même. Le délai est de 30 jours (al. 1).

Une telle demande n'ayant pas l'effet de suspendre le délai de recours, un nouveau délai commence à courir par rapport aux parties de la sentence ayant été affectées par la requête (al. 2). Le Tribunal fédéral procède ensuite par une jonction des affaires.

### **Art. 190**

Aucune modification. En particulier, le grief fondé sur une violation de l'ordre public est préservé (art. 190 al. 1 lit. e). On veut faire croire que cela soit évident, au point que l'exposé des motifs n'en dit mot.

*Le Tribunal fédéral accepte l'idée que ce motif est inutile, car l'annulation d'une sentence pour ce motif est « chose rarissime » (ATF 132 III 389 ss, 391) si ce n'est « chose exclue ». Le simple respect de la volonté du législateur de 1987 d'avancer la sécurité du droit et de répondre aux besoins de l'arbitrage international aurait dû entraîner une réaction par rapport à la pratique excessive du Tribunal fédéral<sup>6</sup>. On aurait pu saisir l'occasion de replacer dans un cadre raisonnable le motif pris d'une atteinte à l'adage pacta sunt servanda dont l'application en tant que motif de recours est impossible compte tenu de la définition*

<sup>6</sup> Pierre Lalive, L'article 190 al. 2 LDIP a-t-il une utilité ?, ASA 2010 p. 726-734.

*réductrice adoptée par le Tribunal fédéral<sup>7</sup>. Alors qu'il a été constaté que l'on se trouve dans un cul-de-sac<sup>8</sup>, on consulte des experts qui ne sont pas en mesure de montrer le chemin ?*

*Dans son arrêt du 18.6.2012 (4A\_488/2011, c. 6.2), le Tribunal fédéral avait remarqué que le motif de recours fondé sur l'ordre public ne lui permettait pas de créer un encadrement juridique consistant en matière de sanctions disciplinaires, ce qui deviendrait une lex sportiva, car cela pourrait soulever des problèmes du point de vue de la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire (c. 6.2). Il était ainsi noté que ledit motif de recours ne pouvait donner satisfaction et que l'amélioration de la situation ressortait au législateur. Celui-ci ne semble pas avoir entendu le message, à en croire le projet. Le Tribunal fédéral l'a encore rappelé récemment (ATF 13.12.2016, 4A\_116/2016, c. 4.2.3). N'est-ce pas absurde de voir le Tribunal fédéral déclarer devoir « renoncer à pénétrer sur le terrain miné des rapports entre le football et l'argent », qui « paraissent échapper à l'entendement », eu égard aux sommes astronomiques en jeu et à l'opacité des relations nouées par les intéressés (c. 4.2.3), pour finalement s'en faire le complice, au motif que cela serait à l'avantage des joueurs compte tenu de l'augmentation de leur rémunération (c. 4.3.3) ? Le législateur suisse devrait donc cautionner cet état de non-droit ?*

*Les très nombreuses critiques à l'égard de la tolérance du Tribunal fédéral par rapport aux sentences non motivées n'ont pas été entendues non plus. S'agissant tout de même d'une violation d'un droit constitutionnel, reconnue par le Tribunal fédéral lui-même, on ne comprend pas le silence des auteurs du projet.*

### **Art. 190a**

Une nouvelle disposition consacre la possibilité pour une partie de demander la révision d'une sentence. Les motifs de révision suivent ceux de l'art. 123 al. 1 et al. 2 lit. a LTF. Le délai relatif est de 90 jours et le délai absolu de 10 ans, suivant ainsi l'art. 124 al. 1 lit. d et al. 2 LTF, cependant sans compter les exceptions prévues dans ces règles.

*Le Tribunal fédéral a estimé, à la suite d'une analyse très fouillée (ATF 142 III 521 ss, 525-535) qu'il paraît préférable de laisser aux Chambres fédérales le soin de régler la question des motifs de révision (ATF 142 III 535), parmi lesquels on devrait trouver le cas de la découverte, postérieurement à l'expiration du délai de recours, d'un motif qui eût commandé la récusation d'un arbitre. Le projet ne répond qu'implicitement à la question, par le renvoi de l'art. 180 al. 4 à ce nouvel art. 190a. Pour le Tribunal fédéral, c'était « l'admissibilité même du motif de révision » qui faisait problème (ATF 142 III 526) ; un texte plus explicite aurait donc pu paraître souhaitable.*

*Le projet ne reprend pas la condition, pourtant énoncée par le Tribunal fédéral (ATF 142 III 535) qu'un tel cas de révision suppose que le motif pertinent soit découvert « postérieurement à l'expiration du délai de recours contre une sentence arbitrale internationale ». C'est une erreur, car la possibilité d'une voie de recours double, en annulation (art. 190 al. 2 lit. a) et en révision (art. 190a al. 1 lit. a) n'a pas de sens. L'exposé des motifs n'a pas vu le problème, notant simplement que la révision serait le seul moyen efficace, tandis qu'un recours serait « inutile » (p. 23) ; cela n'a évidemment de sens que dans l'hypothèse où le délai de recours a déjà expiré.*

<sup>7</sup> Cf. A. Bucher, Que devient le droit (civil) international au Tribunal fédéral, Jusletter, 8 mai 2017, p. 13-15.

<sup>8</sup> Anton K. Schnyder, Vertragsstatut und Eingriffsnormen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in Tradition und Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher, Berne 2009, p. 683-698 (697).

Par analogie à l'art. 192 al. 1, les parties n'ayant pas de lien avec la Suisse peuvent convenir d'exclure toute révision fondée sur le motif de la découverte de faits ou de moyens de preuve nouveaux (al. 1 lit. a).

*Ce motif d'exclusion attire, a fortiori, les mêmes réserves que l'art. 192 al. 1.*

### **Art. 191**

Le Tribunal fédéral devient, en plus d'être l'autorité de recours, l'instance saisie d'une demande de révision. Il est renvoyé aux art. 77 et 119b LTF. Il y aura trois nouveautés.

L'intérêt est tout d'abord attiré sur la possibilité, introduite à l'art. 77 al. 2<sup>bis</sup> LTF, de rédiger les mémoires en anglais.

*On n'a pas voulu faire le pas de prévoir une procédure de recours menée entièrement en anglais. Pour ce faire, il aurait fallu créer une instance d'appel autonome (tel une Swiss Federal Court of Arbitration), ce qui aurait eu le grand avantage d'y trouver des Juges et des Greffiers spécialement formés et proches des intérêts de l'arbitrage international. Tout praticien se rend bien compte que la solution à mi-chemin sera laborieuse à gérer par le Greffier et le Juge qui doit rédiger un arrêt dans une langue nationale alors que la totalité du dossier est en anglais. A cela s'ajoute le fait que les mémoires seront plus souvent écrits dans un style non adaptées aux usages suisses : du moment que l'anglais est admis, les mémoires seront rédigés la plupart du temps par des avocats et conseils étrangers et simplement acheminés au Tribunal fédéral par un avocat suisse. La perte commerciale pour les cabinets suisses est programmée ; elle s'ajoutera à celle déjà remarquée qui résulte de l'immersion d'un nombre croissant de cabinets étrangers dans les arbitrages suisses, ne laissant aux avocats suisses que le rôle de conseil local.*

Le Tribunal fédéral devient seule instance de révision (art. 119b LTF).

*On regrettera que l'on n'ait pas songé à prévoir une possibilité de demander la révision au tribunal arbitral qui est normalement mieux apte pour en juger. Une telle voie de révision est d'autant plus adéquate du fait que le même tribunal est appelé à statuer à nouveau au cas où la demande de révision est admise (art. 119b al. 3 LTF).*

La nouvelle version de l'art. 77 al. 1 LTF tranchera enfin la question de la valeur litigieuse : elle ne sera pas exigée.

*On peut discuter sans fin du pour ou du contre de ce choix. Si l'on place la question dans le contexte de l'arbitrage international, l'exigence d'une telle limite se justifie par le motif de réduire les voies de recours aux cas réellement importants. L'exposé des motifs insiste sur le principe qu'il ne fallait pas laisser échapper les sentences à tout contrôle de l'Etat, sous réserve des cas de l'art. 192 al. 1. L'argument n'est pas sans valeur aucune, mais compte tenu de ce que le Tribunal fédéral a fait du motif de l'ordre public, éliminant tout accès au contrôle de l'Etat, il semble bien artificiel.*

Aucune autre proposition n'est faite, ni aucune autre idée pour le moins discutée.

*On aurait pu clarifier certains points inspirés par la jurisprudence, tels que (a) l'incertitude liée à l'admission de recours dirigés contre des décisions de procédure qui tranchent de manière purement incidente et/ou implicite une question de compétence ; (b)*

*définir mieux les conditions de la consultation du tribunal arbitral lorsque le Tribunal fédéral le sollicite pour s'expliquer sur sa sentence, procédé auquel les parties ne sont pas associées, et ce à tort ; (c) effacer la recevabilité des observations fournies par le secrétaire général du TAS sans avoir consulté la formation qui a rendu la sentence, corrigeant ainsi une pratique inadmissible, reconfirmée récemment (ATF 20.12.2016, 4A\_32/2016, c. 2) ; (d) revoir les tarifs excessifs du Tribunal fédéral dans des affaires portant sur des gros montants, qui peuvent avoir pour effet de facturer plusieurs dizaine de milliers de francs pour chaque page d'un arrêt.*

Pour tous les nouveaux moyens, les délais seront fixés dans la LDIP. Curieusement, on n'a pas pensé faire de même pour le recours en annulation.

### **Art. 192**

Aucun changement, sauf l'insertion de la notion de siège.

*Le Tribunal fédéral avait noté que la possibilité de renoncer à tout recours contre une sentence n'avait pas été destinée à la plus grande partie des litiges en matière de sport de haute compétition (ATF 133 III 235 ss, 242). Il a ainsi nié la validité d'une telle clause si le sportif a été placé dans une situation dans laquelle il ne pouvait refuser de signer une telle déclaration tout en conservant la possibilité de s'inscrire aux compétitions organisées par sa fédération (ATF 133 III 242-247). Le projet n'en tient aucun compte. La solution la plus simple et parfaitement acceptable aurait pu être d'exclure les sentences du TAS du champ de l'art. 192. Or, le projet ignore complètement l'arbitrage du TAS, alors que les besoins pour s'en occuper sont évidents.*

*L'insertion de la notion de siège est inutile, car elle y figure déjà par le biais de l'art. 21 al. 1. La rédaction en français devra encore être rectifiée (cf. ATF 18.1.2017, 4A\_500/2015, c. 3.1).*

*On devrait se demander d'ailleurs si le principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage selon l'art. 178 al. 3 ne devrait pas s'appliquer par analogie à la clause de renonciation à recours figurant dans un contrat dont la validité est contestée (au lieu de raisonner en référence au principe de la bonne foi, comme le fait l'ATF cité du 18.1.2017, c. 3.4).*

### **Art. 194**

Aucun changement.

*Pour le législateur de 1987, la Convention de New York devait régir exclusivement la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères (FF 1983 I p. 320). Il a donc dû sembler cohérent de ne pas envisager l'applicabilité de règles nationales plus favorables en vertu de l'art. VII al. 1. La question n'a pas pu se poser véritablement en raison de la compatibilité de l'actuel art. 178 al. 1 et de l'art. II CNY. Avec la nouvelle proposition pour l'art. 178 al. 1, consacrant une forme purement unilatérale, la question va se poser. Une sentence étrangère répondant à une telle forme mais non à celle, plus rigoureuse, de l'art. II CNY, sera-t-elle reconnue ? Le BGH allemand a répondu favorablement (arrêt du 30.9.2010, III ZB 69/09). Une précision à l'art. 194 serait alors utile. Les auteurs du projet n'ont pas vu le problème.*

*L'exposé des motifs affirme que le projet est compatible avec les obligations internationales de la Suisse ; il l'explique par le fait qu'il n'a pas d'effets sur la reconnaissance et*

*l'exécution des sentences (p. 32). Les auteurs ont donc répondu négativement à la question posée, cependant probablement sans le savoir.*

*Le sort des sentences annulées à l'étranger n'est pas déterminé, alors qu'il s'agit d'un facteur renforçant l'attractivité de certaines places d'arbitrage, telle la France.*

Ayant l'honneur de soumettre à l'Office fédéral de justice mes observations relatives au premier projet de révision du chapitre 12, je lui exprime également ma disponibilité pour contribuer à l'avenir des travaux.

Andreas Bucher

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