

Präsident **Roy Garré, Bundesstrafrichter, Bundesstrafgericht, Viale Stefano Franscini 7, Postfach 2720, 6501 Bellinzona**
☎ 058 480 68 68, E-Mail: roy.garre@bstger.ch
Sekretariat **Miro Dangubic, ☎ 078 732 26 68, E-Mail: info@svr-asm.ch; www.svr-asm.ch**

Par courrier et par e-mail

Madame la Conseillère fédérale
Simonetta Sommaruga
Cheffe du Département fédéral
de justice et police
Bundeshaus West
3003 Berne

Bellinzona, le 5 mai 2017

Prise de position dans le cadre de la procédure de consultation
Modification de la LDIP (arbitrage international)

Madame la Conseillère fédérale,

Donnant suite à l'invitation qui nous a été adressée le 11 janvier 2017 par le DFJP et dans le délai qui nous a été imparti, nous nous prononçons comme suit sur le projet de modification du chapitre 12 de la loi sur le droit international privé relatif à l'arbitrage international, de même que sur les dispositions du CPC et de la LTF dont la révision est envisagée dans le même temps.

Le projet de révision préserve la clarté et la concision du chapitre 12 de la LDIP, qui constituent – comme justement relevé dans le rapport explicatif concernant le projet de modification – les points forts de la législation suisse concernant l'arbitrage international. L'ASM estime toutefois que trois éléments posent problème : en premier lieu, la forme assouplie de la convention d'arbitrage (art. 178 al. 1, 2ème phr. P-LDIP), source d'incertitudes; deuxièmement, la possibilité pour le Tribunal arbitral de statuer sur les frais de la procédure arbitrale (art. 189 al. 3 P-LDIP), laquelle est contraire au principe qui veut qu'un juge ne statue pas sur sa propre cause, et pour finir la faculté désormais offerte aux parties à une procédure arbitrale de déposer des mémoires de recours en anglais devant le Tribunal fédéral (art. 77 al. 2 bis P-LTF). Ces différents points sont détaillés ci-après.

1. LDIP

- Art. 178 al. 1, deuxième phrase P-LDIP :

Selon la modification projetée, la convention d'arbitrage est valablement passée par écrit, même si cette condition n'est remplie que par une seule des parties à ladite convention. Il s'agit ainsi d'une forme écrite " unilatérale ". A notre avis, il faut considérer les aspects suivants :

-- d'un côté, le formalisme est réduit et, par conséquent, la convention des parties a de plus grandes chances de validité;
 -- d'un autre côté toutefois, l'incertitude est accrue – il devient moins évident de déterminer si une partie a manifesté son désaccord, lorsqu'elle l'exprime par oral, ou savoir quel sens prêter à son silence - ce qui est quelque peu contradictoire avec l'objectif d'accroître la sécurité du droit sous-tendant le projet de révision. L'accès à la justice devient donc aléatoire et plus complexe. L'on peut se demander si l'attractivité de la Suisse en tant que place d'arbitrage international y gagne au change.

S'y ajoute l'aspect capital de la reconnaissance internationale des décisions arbitrales, que le rapport explicatif n'aborde pas. Le problème réside dans le rapport entre l'art. 178 al. 1, deuxième phr., P-LDIP et l'art. II de la Convention du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New-York; RS 0.277.12), qui prévoit que chacun des Etats contractants reconnaît une convention arbitrale si elle revêt la forme écrite (par quoi l'on entend une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes; cf. art. II ch. 2; voir également Art. 7 (2) et (3) du UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006). Les sentences internationales rendues sur la base d'une convention d'arbitrage passée en la forme écrite unilatérale – selon le droit suisse révisé de l'arbitrage international - ne seront ainsi pas forcément reconnues dans les Etats dont le droit interne prévoit la forme écrite (bilatérale).

L'ASM se prononce dès lors contre cette modification.

- Art. 189 al. 3 P-LDIP :

Cette disposition prévoit nouvellement que, sauf convention contraire, le tribunal statue sur le montant et la répartition des frais de la procédure arbitrale et sur les dépens. Dans la mesure où il s'agit pour lui de statuer sur les frais qui rémunèrent sa propre activité, le P-LDIP octroie au Tribunal arbitral la faculté de statuer dans sa propre cause, ce qui va à l'encontre du droit constitutionnel à un Tribunal indépendant et impartial (art. 30 al. 1 Cst; art. 6 ch. 1 CEDH), ceci au surplus sans possibilité de contrôle judiciaire indépendant sur le montant de ces frais (pas de motif de recours correspondant inscrit à l'art. 190 al. 1 LDIP).

Cette proposition va à l'encontre de l'un des buts du projet de révision, qui est de codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. rapport explicatif du 11 janvier 2017, p. 2). Il résulte de plusieurs arrêts fédéraux que le Tribunal arbitral ne peut pas rendre une décision contraignante en matière de frais (ATF 136 III 597 consid. 5.2.1 et 5.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_254/2013 du 19 novembre 2013 consid. 2.2). Cette conclusion s'est imposée tout autant en raison de l'absence de base légale que du principe qui veut que le juge ne puisse pas statuer dans sa propre cause. Introduire une base légale n'annihilerait donc pas la problématique.

Le fait que l'art. 384 al. 1 let. f CPC prévoie une semblable disposition en matière d'arbitrage interne – à la différence notable d'ailleurs qu'une voie de recours est ouverte au TF en cas de frais manifestement excessifs fixés par le tribunal arbitral (art. 393 let. f CPC) - n'y change rien. L'art. 384 al. 1 let. f CPC n'est pas exempt de critiques

doctrinales pour les mêmes raisons (cf. BERGER/KELLERHALS, *International and domestic arbitration in Switzerland*, 2ème éd. 2010 ch. 1479; voir aussi : GOLDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3ème éd. 1979, p. 611).

L'ASM se prononce dès lors contre cette modification, dans la mesure où elle concerne les frais de la procédure arbitrale.

2. LTF

- Art. 77 al. 2bis P-LTF :

Il est possible de s'interroger sur l'opportunité de permettre le dépôt de mémoires en anglais devant le Tribunal fédéral. Deux perspectives doivent, à notre avis, être adoptées :

-- du point de vue des parties, l'on conçoit que la faculté de déposer des mémoires en anglais représente une simplification, si elles maîtrisent cette langue et l'ont utilisée devant le Tribunal arbitral. L'usage de l'anglais pourra également se révéler plus opportun s'il s'agit d'exprimer des concepts relevant du Common Law. Tel n'est pas nécessairement le cas en arbitrage interne où l'une ou l'autre des parties pourrait ainsi se voir confrontée à des écritures en anglais qu'elle devra traduire.

-- il faut d'ailleurs veiller à ce que cette faculté des parties ne se solde pas par un surcroît de travail pour le Tribunal fédéral, difficilement compatible avec sa charge actuelle. Le Tribunal fédéral est seul à même de déterminer si tel est le cas. Cas échéant, le confort des parties – ou l'économie que représente pour elles le fait de ne pas avoir à traduire leurs mémoires de recours dans l'une des langues nationales – ne devrait pas prévaloir sur les limites auxquelles est confrontée la Haute Cour. Il est impératif d'éviter que les particularités liées aux recours en matière d'arbitrage – par la charge de travail supplémentaire qu'elles impliquent - ne captent des forces du travail du Tribunal fédéral au détriment d'autres affaires.

La constitutionnalité de l'art. 77 al.2bis P-LTF pose également problème au regard de l'art. 70 al. 1 Cst qui, dans sa composante négative, prescrit que l'individu ne peut s'adresser à l'autorité que dans l'une des langues officielles, à l'exclusion de toute autre (cf. EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN, *Commentaire bâlois*, n. 23 ad art. 70 Cst; PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, n. 2 ad art. 70 Cst). L'anglais n'en fait pas partie.


Partant, l'ASM se prononce contre l'adoption de cette modification.

3. CPC


- Art. 358 al. 1, 2ème phr, P-CPC :

L'ASM renvoie aux remarques déjà formulées ci-dessus au sujet de l'art. 178 al. 1, 2ème phr., P-LDIP et se prononce dès lors contre l'adoption de cette modification.

Nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre très haute considération.



Roy Garre
Président



Marie-Chantal May Canelas
Membre de comité