Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 137 (2018)

Artikel: Autonomie des parties et clauses attributives de juridiction dans les contrats internationaux : aspects choisis de droit international privé suisse

Autor: Romy, Isabelle

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896117

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.10.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Autonomie des parties et clauses attributives de juridiction dans les contrats internationaux: aspects choisis de droit international privé suisse

ISABELLE ROMY*

* Professeure à l'Université de Fribourg et à l'EPFL, docteure en droit, avocate. Je remercie vivement Mme Félise Rouiller, avocate, pour l'aide précieuse qu'elle m'a apportée et pour ses commentaires critiques et constructifs lors de la préparation et de la rédaction de cette contribution.

Table des matières

A. Introduction 90
B. Autonomie des parties et conventions d'élection de for 92
I. Portée et objectifs des clauses d'élection de for dans les contrats internationaux 92
II. Les clauses d'élection de for dans la LDIP 96
1. Généralités 96
2. Nature des conventions d'élection de for et droit applicable 96
3. Champ d'application territorial et temporel 100
4. Conditions formelles 102
5. Conditions matérielles 103
6. Limitations à l'autonomie des parties, en particulier dans les contrats de consommation 104
a. Généralités 104
b. Le for semi-impératif du consommateur 105
7. Portée et effets de l'élection de for 107
a. Entre les parties 107
b. Opposabilité à des tiers 109
c. Effets pour le tribunal suisse élu 109
d. *Litispendance et forum running* 110
e. Effets pour le tribunal suisse dérogé 111
III. Les clauses de prorogation de compétence dans la Convention de Lugano (à la lumière du Règlement Ibis 1212/2015) 112
1. Généralités 112
2. Nature des conventions de prorogation de compétence et droit applicable 113
3. Champ d'application personnel et temporel 115
4. Conditions formelles 117
a. Généralités 117
b. Forme écrite 118
c. Habitudes des parties ou usages commerciaux 120
5. Conditions matérielles 121
6. Limitations à l'autonomie des parties 122
a. Généralités 122
b. Le for semi-impératif du consommateur 123
7. Portée et effets de l'élection de for 125
a. Pour les parties 125
b. Opposabilité à des tiers 126
c. Effets pour le tribunal élu 126
d. *Litispendance et forum running* 126
e. Effets pour le tribunal dérogé 128
IV. La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for 128
C. Autonomie des parties et conventions d'arbitrage 131
I. Portée et objectifs des conventions d'arbitrage dans les contrats internationaux 131
II. Les conventions d'arbitrage dans la LDIP 133
1. Généralités 133
2. Nature des clauses compromissoires et droit applicable 133
3. Champ d'application territorial et temporel 136
4. Conditions formelles 137
5. Conditions matérielles 138
a. Arbitrabilité 138
b. Désignation des rapports soumis à l'arbitrage 141
c. Composition du tribunal arbitral et siège 142

6. Limitations à l'autonomie des parties 142
a. Quant à l'arbitrabilité du litige 142
b. Quant au choix des arbitres et des règles de procédure applicables . . 143
c. Quant à la renonciation à recourir 144
7. Portée et effets de la clause compromissoire 145
a. Pour les parties 145
b. Opposabilité de la clause compromissoire à des tiers 145
c. Effets de la clause compromissoire pour le tribunal arbitral et principe de compétence-compétence 146
d. Effets de la clause compromissoire sur les tribunaux étatiques: l'exception d'arbitrage 148
D. Remarques finales 150
1. Reconnaissance internationale accrue du principe d'autonomie de la volonté des parties 150
2. Restrictions et imprévisibilité juridiques comme facteurs d'affaiblissement du principe d'autonomie de la volonté des parties 151

A. Introduction

L'autonomie de la volonté des parties constitue la clé de voûte du droit suisse des obligations, lequel permet aux parties de déterminer librement l'objet d'un contrat, dans les limites de la loi. Le pendant procédural de cette liberté contractuelle est vaste; la mise en œuvre des droits et prétentions des parties est largement soumise et subordonnée à cette autonomie, reconnue depuis de nombreuses années comme un principe essentiel de la procédure civile. Celle-ci est dominée par les maximes de disposition et des débats, qui confèrent aux plaideurs la maîtrise de leur litige[1].

L'autonomie de la volonté constitue également un pilier du commerce international, de sorte que les études sur la portée de ce principe en droit international privé se sont multipliées dans le domaine des contrats internationaux, dès l'essor du libéralisme économique au XIXème siècle[2]. Ce thème a ainsi retenu l'attention soutenue de la doctrine et des institutions internationales, en particulier de l'Académie de La Haye, dès le début du siècle dernier[3].

---

1 Max Guldener, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zurich 1951, p. 148; Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2ème éd., Bâle 1990, p. 309 ss; Fabienne Hohl, Procédure civile – Tome I – Introduction et théorie générale, 2ème éd., Berne 2016, N 1164 ss; Spühler Karl/Dolge Annette/Gehri Myriam, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9ème éd., Berne 2010, chapitre 5 N 2.

2 Voir Christian Kohler, L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme, RCADI 359, Leiden 2013, p. 58 s., 68 ss.

3 Voir parmi d'autres auteurs: Diego P. Fernandez Arroyo, Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales, RCADI 323, Leiden 2006; Marcel Caleb, Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé, Paris 1927; Agostino Curti Gialdino, La volonté des parties en droit international privé, RCADI 137, Leiden 1972; Charalambos N. Fragistas, Compétence internationale en droit privé, RCADI 104, Leiden 1961, pp. 159 ss; Institut de droit international/Erik Jayme, L'auto-

C'est tout d'abord en matière de conflits de lois que la volonté des parties a été reconnue comme un facteur de rattachement de la loi applicable aux relations contractuelles, et ce dès le XIXème siècle. Au XXème siècle, les développements ont porté sur la reconnaissance graduelle de l'autonomie des parties en matière d'élection de for; la faculté octroyée aux parties à un contrat international de déterminer le tribunal compétent pour trancher leurs différends est devenue la règle[4]. Enfin, dès le début du XXème siècle et en parallèle avec le développement des échanges commerciaux, l'essor et la popularité de l'arbitrage pour résoudre des différends commerciaux internationaux ont intensifié encore la portée de ce principe[5].

À l'heure actuelle, l'autonomie des parties en matière contractuelle est solidement ancrée dans la majorité des systèmes de droit contemporains, qu'il s'agisse des pays de droit civil ou de *common law*, ainsi que dans de nombreuses conventions internationales[6]. Lors de la codification du droit international privé suisse au début des années quatre-vingt, le rattachement de principe à l'autonomie des parties, encouragé et soutenu par les milieux économiques, a donné lieu à peu de contestations[7].

L'autonomie de la volonté est désormais reconnue comme un principe fondamental du droit international privé, y compris de l'arbitrage international, même si les débats sur les fondements théoriques et la légitimation de ce principe sont loin d'être épuisés[8]. Toutefois, que l'on considère ce principe comme

---

nomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées, *in*: Annuaire de l'Institut de droit international 1991 6/I; JERZY JODLOWSKI, Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile, RCADI 143, Leiden 1974; PIERRE LOUIS-LUCAS, L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé, *in*: Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Paris 1939, p. 469 ss; FRANZ MATSCHER, Étude des règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales, RCADI 161, Leiden 1978; JEAN-PAULIN NIBOYET, La théorie de l'autonomie de la volonté, RCADI 16, Leiden 1926.

4 RONALD A. BRAND, The Evolving Private International Law – Substantive Law Overlap in the European Union, *in*: Peter Mankowski/Wolfang Wurmnest (éd.), Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag, Munich 2014, p. 375; XANDRA KRAMER/ERLIS THEMELI, The Party Autonomy Paradigm: European and Global Developments on Choice of Forum, *in*: Vesna Lazic/Steven Stuij (éd.), Brussels Ibis Regulation – Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme, La Haye 2017, p. 33.

5 CR LDIP/CL-BUCHER, Intro. art. 176–194 LDIP N 1; Message du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé (FF 1983 I 255), p. 442; voir également, parmi de nombreux textes, le Protocole de Genève de 1923, relatif aux clauses d'arbitrage, et la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, remplacés tous deux par la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, qui témoignent de l'importance accrue de l'arbitrage pour la résolution des contentieux commerciaux.

6 Voir KOHLER (note 2), p. 29 ss, et références citées.

7 MESSAGE LDIP 1982 (note 5), p. 273.

8 JÜRGEN BASEDOW, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, RabelsZ 2011 75/1, p. 41; INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL/JÜRGEN BASEDOW, Rapport «Droits de l'homme et droit international privé», 2017, p. 420 s., 428 s.; KOHLER (note 2), p. 57 ss; NIBOYET (note 3).

une «simple» émanation de la liberté contractuelle ou comme un droit de l'homme à part entière, sa portée n'en reste pas moins limitée. La liberté conférée aux parties de choisir le droit applicable à leurs relations contractuelles et le for de leurs éventuels différends ou encore celle de soumettre leur contentieux à l'arbitrage a toujours été assortie de restrictions qui trouvent leurs sources dans l'ordre public[9] ou dans les lois impératives des ordres juridiques concernés[10]. Depuis la fin du XXème siècle, on observe d'ailleurs un renforcement des réglementations impératives qui ont pour but de protéger les consommateurs et les travailleurs et qui restreignent directement la portée de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle[11].

Cette contribution a pour but d'analyser la mise en œuvre du principe d'autonomie de la volonté des parties en lien avec les clauses attributives de juridiction, à savoir les conventions d'élection de for et d'arbitrage dans les contrats internationaux, lesquelles revêtent une importance essentielle dans le commerce international. Nous limiterons notre analyse du droit applicable aux aspects en lien avec ces clauses. Notre propos est d'examiner la portée, les contours et les limitations apportés à ce principe, à la lumière de la jurisprudence et des développements législatifs récents, afin de préciser son rôle en droit international privé.

B. Autonomie des parties et conventions d'élection de for

I. Portée et objectifs des clauses d'élection de for dans les contrats internationaux

Les relations contractuelles internationales sont aussi nombreuses que variées, qu'il s'agisse des rapports de commerce et d'affaires entre entreprises ou des contrats conclus entre particuliers. À l'ère d'internet, les prestations de services et le commerce des biens se sont globalisés, de sorte qu'il est permis de penser que la conclusion de contrats présentant un élément d'extranéité s'est intensifiée ces dernières années.

Le caractère international de ces contrats résulte de divers facteurs, qui peuvent être combinés entre eux: les parties ont leur domicile ou leur siège dans des États différents, elles choisissent de soumettre leurs relations au droit d'un pays tiers, ou encore elles conviennent d'un ou de plusieurs lieux à l'étran-

9 Caleb (note 3), p. 70, 87.

10 Curti Gialdino (note 3), p. 751 s.; Kohler (note 2), p. 125 ss; Louis-Lucas (note 3), p. 472; Karl H. Neumayer, Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, Rev. crit. de DIP 1957/1, p. 579; Niboyet (note 3), p. 42 ss; Véronique Ranouil, L'autonomie de la volonté – Naissance et évolution d'un concept, Paris 1980, p. 87.

11 Kohler (note 2), p. 18 ss.

ger pour l'exécution de leurs prestations contractuelles. En cas de contentieux, le caractère international peut également être lié au lieu de situation des biens du défendeur lorsqu'ils se trouvent dans un État autre que celui de son siège ou domicile.

Ces divers éléments d'extranéité constituent autant de facteurs de rattachement différents du contrat à un ordre juridique donné. En cas de litige, tant la Loi fédérale sur le droit international privé (ci-après, la «LDIP») que la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerce du 30 octobre 2007 (ci-après, la «Convention de Lugano» ou «CL»)[12], à l'instar d'autres législations et traités, offrent aux plaideurs le choix entre plusieurs fors alternatifs pour mettre en œuvre leurs prétentions contractuelles. La large reconnaissance des actions négatoires de droit multiplie encore les possibilités offertes aux plaideurs: une action négatoire de droit peut en effet être introduite au for qui serait celui de l'action «positive»; en d'autres termes, le demandeur formel, qui est défendeur matériel à l'action, peut ouvrir action en constatation négative de droit à son propre domicile, de sorte que les fors à la disposition des plaideurs s'en trouvent dédoublés[13].

Cette multiplication des fors potentiels est source d'insécurité pour les parties. Confronté à plusieurs fors possibles, le plaideur optera pour celui qui lui paraît le plus favorable, phénomène connu sous le nom de *forum shopping*[14]. Ce choix ne devrait pas résulter d'une application mécanique des règles de conflit, mais bien plutôt d'une analyse stratégique et d'une évaluation minutieuse des divers aspects liés à un litige international. À défaut d'élection de droit, le droit applicable à une cause se détermine par l'application de la *lex fori*, c'est-à-dire les règles de conflit de lois de l'État dans lequel est situé le tribunal saisi de l'action. Lorsqu'une action est introduite en Suisse, le juge suisse déterminera d'office le droit applicable au litige en application de la LDIP, les conventions internationales étant réservées (art. 1 al. 2 LDIP).

Lorsqu'une action en matière contractuelle relevant de la matière civile et commerciale est introduite devant les tribunaux d'un État membre de l'Union européenne, le juge saisi détermine le droit applicable à l'obligation contractuelle en cause conformément au Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement

12 La Convention de Lugano révisée est entrée en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 2011 et a remplacé dès cette date la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988 (ci-après, l'«ancienne Convention de Lugano» ou «aCL»), entrée en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1992 (RO 1991 2435).

13 Nino Sievi, Die negativen Feststellungsklagen des schweizerischen Rechts im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens, Fribourg 2017, N 358 ss. Voir également note 107 ci-après.

14 Michel Kähr, Der Kampf um den Gerichtsstand – Forum Shopping im internationalen Verfahrensrecht der Schweiz, Zurich/Saint-Gall 2010, p. 23 ss; Sievi (note 13), N 5, note en bas de page n° 5.

Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)[15], sous réserve des exceptions prévues à l'art. 1er.

Même en cas d'élection de droit, le juge tiendra compte des règles impératives de la *lex fori* (art. 18 LDIP) et, lorsque des intérêts légitimes et prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, de celles du droit étranger (art. 19 LDIP). Ces dispositions impératives peuvent modifier l'équilibre du contrat en faveur de la partie qu'elles font bénéficier d'une protection accrue[16].

Le déroulement de la procédure et les possibilités de recours sont définis par les règles de procédure civile du for. Ce sont les règles de procédure de la *lex fori* qui déterminent si la procédure peut être ou non limitée à une question incidente, telle que la compétence ou la prescription. Le choix du for influencera également la procédure d'obtention des preuves et nécessitera de recourir à la procédure d'entraide internationale en matière civile si des auditions de témoins ou la production de pièces sont nécessaires à l'étranger. Le demandeur tiendra également compte de considérations liées à l'exécution forcée du jugement à venir. Si le défendeur possède des biens dans un autre État que celui dans lequel le jugement est rendu, le demandeur devra faire reconnaître le jugement dans un État étranger avant de pouvoir le faire exécuter, ce qui peut présenter des incertitudes.

Face aux aléas de ce *forum shopping*, ce sont avant tout des raisons de prévisibilité et de sécurité juridique qui incitent les parties à un contrat international à choisir le for de leurs différends potentiels avant la survenance d'un litige[17]. Selon les cas, elles négocieront parfois âprement la juridiction de leur convenance en prenant en considération les éléments qui précèdent ainsi que la qualité des tribunaux potentiels, la langue et la longueur de la procédure, les coûts ou encore les possibilités de recours[18].

Il arrive également fréquemment que l'élection de for soit intégrée dans des contrats préformulés ou dans les conditions générales du fournisseur de biens ou de services, qui entend canaliser ainsi les actions potentielles de ses clients à un seul for, en général celui de son siège, pour les mêmes raisons de prévisibilité.

---

15 Le Règlement de Rome I est applicable dans tous les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark. Il s'est substitué tant à la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur le même objet qu'aux règles de conflit de lois nationales des États membres. Partant, lorsqu'une action est introduite devant le tribunal d'un État membre, le juge n'utilise plus ses règles nationales de conflit de lois pour déterminer le droit applicable au contrat, mais uniquement le Règlement de Rome I, et ce même si la loi désignée n'est pas celle d'un État membre (art. 2).

16 Pour un exemple d'application de l'art. 18 LDIP (application de dispositions impératives du droit suisse) à une affaire de concurrence déloyale, voir ATF 136 III 23. Pour un exemple d'application de l'art. 19 LDIP (prise en considération de dispositions impératives du droit étranger), voir ATF 136 III 392.

17 Les mêmes raisons de prévisibilité et de sécurité incitent également les parties à choisir le droit applicable à leur contrat.

18 Kähr (note 14), p. 37 ss.

Dans ces deux cas de figure, l'élection de for est intrinsèquement liée à l'autonomie de la volonté des parties: c'est elle qui constitue le facteur de rattachement nécessaire à une juridiction donnée et qui fonde la compétence internationale de cette dernière. Cette liberté des parties de choisir le for de leurs contentieux éventuels a été reconnue dans des traités bilatéraux déjà anciens, même si la doctrine lui a prêté moins d'attention qu'en matière d'élection de droit[19].

À l'heure actuelle, l'autonomie des parties comme fondement de la compétence internationale est reconnue dans la majorité des États[20]. Au niveau international, plusieurs instruments concrétisent ce principe[21], qu'il s'agisse de la Convention de Lugano, du Règlement (UE) n° 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) du 12 décembre 2012 (ci-après, le «Règlement de Bruxelles Ibis»)[22] ou de la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for du 30 juin 2005 (ci-après, la «Convention de La Haye»). Ce dernier traité a pour but de renforcer la reconnaissance et l'exécution des clauses de prorogation de for en vue de promouvoir le commerce et les investissements internationaux[23].

En dépit de cette large reconnaissance, les conditions de validité des clauses d'élection de for et leur portée varient d'un régime à l'autre. Des limitations à l'autonomie des parties sont souvent imposées dans les domaines où le pouvoir de négociation des parties est inégal et lorsque l'une d'entre elles pourrait, sans l'intervention de l'État, imposer son choix de for à la partie considérée comme la plus faible, comme en matière de contrats de consommation, d'assurances, ou de travail[24].

Nous examinerons, dans la suite de ce chapitre, les principales règles et conditions applicables aux clauses d'élection de for du droit suisse avant de passer en revue les développements les plus récents en droit européen et international, ceci en vue de faire apparaître les divergences et convergences pertinentes pour l'objet de notre étude.

Une précision terminologique s'impose encore: divers termes – à notre avis interchangeables – sont employés pour désigner ces accords[25]. Nous

---

19 Fragistas (note 3), p. 172, 239 et références citées; Othmar Mayenfisch, La clause attributive de juridiction et la clause arbitrale dans les contrats de vente à caractère international, Lausanne 1957, p. 171.

20 Kohler (note 2), p. 112 ss.

21 Pour un aperçu des traités internationaux antérieurs, voir Jodlowski (note 3), p. 534 ss.

22 Le Règlement de Bruxelles Ibis a remplacé, dès le 10 janvier 2015, l'ancien Règlement n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 22 décembre 2000 (ci-après, le «Règlement de Bruxelles»).

23 Préambule de La Convention de La Haye.

24 Kramer/Themeli (note 4), p. 30 s.

25 Notamment: en français «élection de for» à l'art. 5 LDIP, dans la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for et à l'art. 17 CPC, ou «prorogation de compétence» à l'art. 23 de la

utiliserons, pour notre part, la terminologie propre à chaque disposition légale considérée.

II. Les clauses d'élection de for dans la LDIP

1. Généralités

Avant l'entrée en vigueur de la LDIP le 1er janvier 1989, l'élection de for était régie par les lois cantonales de procédure, dont la portée était limitée par les dispositions de droit fédéral qui imposaient des fors impératifs, ainsi que par diverses conventions internationales conclues par la Confédération. L'art. 5 LDIP sur l'élection de for et l'art. 6 LDIP sur l'acceptation tacite ont apporté une clarté bienvenue à cette situation disparate[26].

L'art. 5 LDIP règle aussi bien la prorogation en faveur d'un tribunal suisse que la dérogation, c'est-à-dire la convention déclarant incompétent un tribunal suisse internationalement compétent[27]. C'est en se fondant sur l'art. 5 LDIP qu'un tribunal suisse peut décliner sa compétence lorsqu'il existe une élection de for en faveur d'un tribunal étranger.

2. Nature des conventions d'élection de for et droit applicable

L'élection de for est un contrat dont la nature, procédurale selon les uns[28], *sui generis* selon les autres[29], a été controversée avant l'entrée en vigueur de la LTF; le débat a perdu en acuité depuis lors puisque, dans les deux cas, le recours en matière civile est ouvert au Tribunal fédéral. En revanche, le caractère indépendant de la clause d'élection de for est reconnu de longue date par la jurisprudence et la doctrine. Il en découle que l'éventuelle nullité entachant le contrat de base n'affecte pas la clause d'élection de for[30].

Convention de Lugano; en allemand, «Gerichtsstands-» ou «Zuständigkeitvereinbarung» ; en anglais, «choice of court» ou «forum (selection) clause» .

26 Gabrielle Kaufmann-Kohler, La clause d'élection de for dans les contrats internationaux, Bâle 1980, p. 10 s.; Alfred E. von Overbeck, Les élections de for selon la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, *in*: Peter Forstmoser/Hans Giger/Anton Heini/Walter R. Schluep (éd.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 610.

27 ATF 119 II 177, c. 3d.

28 ATF 121 III 495, c. 5c; BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 35 (avec références); Walther J. Habscheid, Parteivereinbarungen über die internationale Zuständigkeit nach deutschem und schweizerischem Recht, *in*: Hans W. Fasching/Winfried Kralik (éd.), Festschrift für Hans Schima, Vienne 1969, p. 183; Kähr (note 14), p. 4.

29 ATF 119 II 391, c. 3a; BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 35 (avec références); CR LDIP/CL-Bucher, art. 5 LDIP N 19; Florian Mohs, Drittwirkung von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen, Munich 2006, p. 33 s.

30 ATF 121 III 495, c. 5c; ATF 93 I 323, c. 4; Andreas Bucher, Les conventions d'élection de for – Questions en marge de la loi, *in*: Pacte, Convention, Contrat – Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998, p. 182; Bernard Dutoit, Droit

L'élection de for est un contrat, qui suppose un échange concordant de volontés. L'art. 5 LDIP contient des prescriptions de forme et une de fond (l'élection de for doit se rapporter à un rapport juridique déterminé), mais il ne précise pas quelles conditions ce consentement doit satisfaire, ce qui soulève la question du droit applicable à la conclusion d'une telle convention, en particulier en ce qui concerne la concordance de la volonté des parties[31].

La jurisprudence et la doctrine sont divisées. Certains auteurs préconisent d'appliquer par analogie la solution prévue à l'art. 178 al. 2 LDIP pour la convention d'arbitrage; la convention de for serait valable si elle répondait, alternativement, aux conditions posées par le droit choisi par les parties, par le droit régissant l'objet du litige ou par le droit suisse[32]. Pour d'autres auteurs, il convient de se référer à la *lex causae*[33], voire au droit suisse des contrats applicable par analogie[34].

Au vu de la diversité des opinions de la doctrine, le Tribunal fédéral a jugé (dans le cadre limité d'un recours de droit public selon l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire) qu'il n'était pas arbitraire de recourir à la *lex fori*, en l'occurrence au droit (matériel) suisse, et plus spécifiquement au principe de la confiance, pour interpréter une clause de prorogation de for. Il s'agissait en l'espèce de déterminer si un jugement rendu par un tribunal américain sur la base d'une clause d'élection de for en faveur de ce dernier pouvait être reconnu et exécuté en Suisse, ce que le Tribunal fédéral confirma[35]. Dans un arrêt ultérieur, la Cour de justice de Genève a également appliqué le droit suisse, plus spécifiquement l'art. 18 CO et le principe de la confiance, pour interpréter une clause d'élection de for en faveur des tribunaux de l'État du Massachussetts, insérée dans un contrat de dépôt conclu entre une société ayant son siège à Guernesey (déposante), et une banque ayant son siège au Massachusetts, États-Unis. Ce contrat était soumis au droit de cet État. La Cour de justice considéra, selon les principes d'interprétation du droit suisse, que cette clause revêtait un caractère exclusif et qu'elle excluait par conséquent une action en validation au for du séquestre (des avoirs de la banque dépositaire situés à Genève) en Suisse, sauf accord du défendeur[36].

---

international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 5ème éd., Bâle 2016, art. 5 LDIP N 2; KAUFMANN-KOHLER (note 26), p. 36 ss.

31 ATF 122 III 439, c. 3b.

32 HANS REISER, Gerichtsstandsvereinbarungen nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen, Zurich 1995, p. 39 s.; FRANK VISCHER, Forum Selection and Arbitration Clauses under the Brussels and Lugano Conventions and under Swiss law, *in*: Jack L. Goldsmith (éd.), International Dispute Resolution: The Regulation of Forum Selection – Fourtheenth Sokol Colloquium, New York 1997, p. 87 s. Sur l'art. 178 al. 2 LDIP, voir *infra* p. 134 ss.

33 BSK IPRG-GROLIMUND/BACHOFNER, art. 5 IPRG N 39; BUCHER (note 30), p. 179 s.; CR LDIP/CL-BUCHER, art. 5 LDIP N 19; VON OVERBECK (note 26), p. 613 s.

34 ATF 122 III 439, c. 3b *in fine* et références citées.

35 ATF 122 III 439, c. 3c.

36 Arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice de Genève du 14 novembre 1997, SJ 1998 p. 325 ss.

Dans des arrêts subséquents, et à l'instar de la jurisprudence relative aux conventions de prorogation de for régies par la Convention de Lugano[37], le Tribunal fédéral a considéré que l'interprétation des clauses d'élection de for de l'art. 5 LDIP est régie par le droit applicable aux contrats qui les contiennent *(lex causae)*, désigné par le droit international privé suisse[38].

Ces questions restent d'actualité et méritent un analyse nuancée à la lumière de l'autonomie de la volonté des parties, d'une part, et des intérêts de l'ordre juridique du for, d'autre part. Cet examen permet, à notre avis, de dégager les principes suivants:

- l'admissabilité et la forme de la clause de prorogation de for doivent être régies par la loi du for[39], en l'occurrence par l'art. 5 LDIP, puisque c'est cette disposition qui ancre, dans la LDIP, la liberté donnée aux parties de choisir le for de leur contentieux.
- Il paraît en outre légitime que le tribunal élu examine selon son propre droit l'existence même d'un accord de volontés concordantes; en effet, le juge saisi doit s'assurer que l'accord qui lui confère compétence existe bel et bien. Il applique à cette fin son propre droit matériel, tout comme il le fait de manière générale en matière de qualification des notions juridiques nécessaires à l'application de la LDIP[40].
- En revanche, pour donner plein effet au principe d'autonomie de la volonté des parties, les autres aspects liés à la validité de l'accord et à sa conclusion, notamment en ce qui concerne la capacité des parties, leurs éventuels pouvoirs de représentation et les vices du consentement, devraient être régis par la loi régissant cet accord, soit la *lex causae*, déterminée selon la volonté des parties ou, à défaut, les règles de conflit de lois de la *lex fori*. Le tribunal suisse élu appliquera à cet égard les règles de l'art. 116 LDIP, aux termes duquel l'élection de droit peut être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances; la jurisprudence fédérale exige

37 Voir ATF 143 III 558, c. 4.1; TF 4A_149/2013 du 31 juillet 2013, c. 4; TF 4C.163/2001 du 7 août 2001, c. 2b.

38 Voir TF 4A_345/2014 du 20 octobre 2014, c. 3. Cet arrêt portait sur la question de savoir si une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal russe, contenue dans un contrat de prêt et un contrat de garantie conclu entre une société ayant son siège en Suisse et une banque russe, pouvait également s'étendre à l'action en responsabilité intentée au siège de la société en Suisse par un créancier cessionnaire contre les organes de la société débitrice suisse selon les art. 754 et 756 CO. En l'espèce, le TF a considéré que l'interprétation de cette clause pour savoir si elle s'appliquait à une action fondée sur le droit des sociétés était régie par le droit applicable au contrat, en l'occurrence le droit russe en vertu de l'art. 117 al. 2 et 3 let. a et e LDIP. Toutefois, les autorités précédentes n'avaient pas tenté d'établir le contenu du droit russe et la recourante se référait dans ses écritures aux principes du droit suisse concernant l'interprétation des conventions d'arbitrage ou des clauses d'élection de for. Elle avait ainsi implicitement admis que le droit suisse était applicable à titre supplétif sur la base de l'art. 16 al. 2 LDIP; une interprétation selon le droit suisse permettait d'admettre la compétence des tribunaux suisses.

39 von Overbeck (note 26), p. 613.

40 ATF 139 III 217, c. 2.2; ATF 133 III 323, c. 2; ATF 132 III 609, c. 4.

que les parties aient eu conscience que la question du droit applicable se posât, qu'elles aient voulu la régler et qu'elles aient exprimé cette volonté, même tacitement (par exemple en invoquant le même droit dans leurs écritures)[41]. Le rattachement à un ordre juridique ne peut pas se fonder simplement sur la conclusion d'un accord d'élection de for en faveur des tribunaux de la juridiction choisie[42].

- Lorsque les parties n'ont pas convenu spécifiquement du droit applicable à la clause d'élection de for, le juge suisse se référera à l'art. 117 LDIP, qui détermine le droit applicable au contrat. Si l'art. 117 LDIP conduit à l'application du droit étranger, le juge suisse peut, en matière patrimoniale, mettre la preuve du contenu du droit étranger à la charge des parties. Le droit suisse s'appliquera à titre supplétif si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi (art. 16 al. 2 LDIP)[43].
- Quant aux effets d'une clause d'élection de for valablement conclue et valide, il convient de distinguer les rapports entre les parties et les effets sur le tribunal élu. Il nous paraît que les questions liées aux conséquences de l'inexécution, notamment celle de savoir si la partie qui ne respecte pas l'accord et ouvre action à un autre for que le for exclusif élu, est tenue d'indemniser l'autre partie de son éventuel dommage, doivent être régies par le droit (matériel) applicable à ce contrat. Les effets pour le tribunal élu et pour le tribunal dérogé, notamment lorsque le for est exclusif, sont régis en revanche par la *lex fori*[44]. Ainsi, la question de savoir si le tribunal suisse élu est tenu d'accepter sa compétence ou s'il peut la décliner d'office est régie exclusivement par l'art. 5 al. 3 LDIP, pour des motifs liés à la cohérence de l'ordre juridique et du système judiciaire de l'État du tribunal élu.

Néanmoins, les exemples jurisprudentiels susmentionnés enseignent que la distinction n'est pas toujours aisée entre la validité de la clause et ses effets. Ainsi, la question de savoir si une clause d'élection de for a une portée exclusive ou non concerne aussi bien la concordance de volontés des parties[45] (qu'ont-elles réellement voulu, subsidiairement quelle était leur volonté commune hypothétique?) que les effets d'une telle clause (l'exclusivité est-elle présumée par la *lex fori*?). Le tribunal suisse élu interprétera, si nécessaire, les déclarations de volonté des parties selon les principes d'interprétation posés par le droit suisse; il pourra néanmoins tenir compte du contenu du droit étranger ap-

41 ATF 130 III 417, c. 2.2.1.

42 ATF 131 III 289, c. 2.6; ATF 100 II 34, c. 2. La jurisprudence plus ancienne considérait toutefois qu'une clause d'élection de for entraînait la présomption que les parties voulaient soumettre leurs relations contractuelles au droit en vigueur dans le pays où siégeait la juridiction élue: voir ATF 94 II 355, c. 5.

43 ATF 121 III 436, c. 5a.

44 Arrêt de la 1ère Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de Fribourg du 23 février 2018 (101 2016 348), c. 2.5 ss.

45 Dans ce sens, arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois du 25 novembre 1986, JdT 1987 III 66, c. 2.

plicable au fond, à titre d'indice, tant pour déterminer la commune et réelle intention des parties que pour interpréter leurs déclarations et leurs comportements selon le principe de la confiance.

3. *Champ d'application territorial et temporel*

L'art. 5 LDIP s'applique en matière internationale, comme l'exige l'art. 1 al. 1 LDIP, et pour autant qu'aucun traité ne prévale (art. 1 al. 2 LDIP). Cette disposition régit la clause d'élection de for lorsqu'elle est conclue par des parties qui ont toutes deux leur domicile ou leur siège en Suisse et que le for élu se trouve dans un État tiers non partie à la Convention de Lugano[46]; ou inversement, lorsque des parties qui ont leur domicile dans des États non parties élisent un tribunal en Suisse. Cette disposition est supplantée par l'art. 23 de la Convention de Lugano lorsque l'une des parties contractantes au moins est domiciliée dans un État partie d'une part et que, d'autre part, les parties désignent comme tribunal élu celui d'un État partie, qui peut être le même que l'État du domicile de l'une des parties[47].

La condition d'extranéité doit être examinée dans chaque cas d'espèce en se plaçant au moment de la conclusion de l'accord d'élection de for[48].

La question se pose toutefois de savoir selon quel droit il convient d'examiner la validité et les effets d'un accord d'élection de for lorsque la situation de fait ou de droit se modifie entre la conclusion de l'accord et l'ouverture d'action. La doctrine et la jurisprudence y apportent des réponses variées. Le Tribunal fédéral a considéré que la validité d'un accord d'élection de for (notamment en ce qui concerne le consentement des parties, les vices de la volonté ou les conditions personnelles) se juge selon le droit en vigueur au moment de sa conclusion. Les effets de la convention sont régis en revanche par le droit en vigueur au moment de l'ouverture d'action[49]. Font partie des effets le caractère exclusif ou non de l'élection de for, la possibilité, pour le juge, de décliner sa compétence, ou encore la question de savoir si un for impératif empêche la convention de déployer ses effets.

Là également, la distinction entre les questions qui ressortent à la validité de la clause et celles qui visent ses effets n'est pas toujours claire et peut prêter à

---

46 BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 7; CR LDIP/CL-Bucher, art. 5 LDIP N 5.

47 Au sujet du champ d'application de l'art. 23 CL, voir *infra* p. 115 ss.

48 TF du 6 mai 1997, SJ 1998 p. 441, c. 4c; voir également BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 7; KuKo ZPO-Haas/Schlumpf, art. 17 ZPO N 7; Edgar Philippin, Migration et droit privé, RDS 2017 II, p. 407; Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3ème éd., Zurich 2016, art. 17 ZPO N 36.

49 ATF 119 II 177, c. 3b. Il s'agissait en l'espèce d'un accord d'élection de for conclu entre une société ayant son siège au Liechtenstein et des personnes domiciliées en Suisse, en lien avec la conclusion d'un contrat de prêt en 1987, avant l'entrée en vigueur de la LDIP. L'ouverture d'action eut lieu après l'entrée en vigueur de la LDIP. Le TF jugea en application de l'art. 5 LDIP que l'élection de for en faveur des tribunaux de Vaduz était exclusive et que l'action ne pouvait pas être intentée au for des défendeurs en Suisse.

confusion, comme l'illustre l'affaire suivante[50]: le défendeur était entré au service de la demanderesse en juillet 1990 en qualité de collaborateur interne et externe. La demanderesse ayant son siège à Goldach (district de Rorschach), les parties, à teneur du contrat de travail signé à l'époque, ont choisi de soumettre leurs éventuels différends aux tribunaux de Rorschach. Après la conclusion de cet accord, l'employé a travaillé à Paris, tout en conservant son domicile en Suisse. Après la fin des rapports de travail, la demanderesse a déposé une action contre son ancien employé devant le Tribunal de district de Rorschach, motif pris de la violation de son devoir de fidélité. Le Tribunal fédéral considéra qu'il fallait examiner si une convention de prorogation de for avait été valablement conclue selon le droit en vigueur lors de la conclusion de l'accord. Puisque les rapports de travail ne revêtaient aucun caractère d'extranéité lors de la conclusion du contrat, l'art. 5 LDIP n'était pas applicable (l'ancienne CL n'était pas encore en vigueur) mais bien l'ancien art. 343 CO (remplacé depuis lors par l'art. 34 CPC); or, le choix du lieu de l'exploitation comme for exclusif violait le droit d'option impératif de l'ancien art. 343 al. 1 CO, ce qui entraînait la nullité de cet accord selon l'art. 361 al. 2 CO. Faute d'élection de for et compte tenu du fait que, lors de l'introduction d'instance, le litige revêtait un élément d'extranéité (le lieu d'exécution du travail ayant été transféré en France), il convenait de déterminer la compétence internationale du tribunal suisse selon l'art. 2 CL et la compétence locale selon l'art. 115 LDIP.

Il découle de cet exemple que la violation d'une disposition prévoyant un for impératif a des conséquences aussi bien sur la validité de la convention (elle peut entraîner la nullité ou l'annulabilité de l'accord selon le droit matériel applicable à cet accord, comme dans l'exemple ci-dessus) que sur ses effets (le juge élu déclinera sa compétence d'office).

Pour des motifs liés à la cohérence de l'ordre juridique considéré, il nous paraît justifié et opportun de déterminer les effets de la clause d'élection de for qui tombent sous le coup de la *lex fori* selon le droit en vigueur lors de l'ouverture d'action. L'art. 196 al. 2 LDIP le prévoit d'ailleurs expressément en matière d'arbitrage. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que la validité d'une clause d'élection de for conclue avant l'entrée en vigueur de la LDIP était régie par l'ancien droit; en revanche, si ses effets se produisent après l'entrée en vigueur de la LDIP, cette dernière leur est applicable[51]. Il en découle certes qu'une clause en soi valable lors de sa conclusion peut perdre son efficacité si les règles du for se modifient et soustraient tel ou tel for à la libre disposition des parties, notamment pour des motifs de protection sociale ou d'ordre public. Toutefois, ces motifs l'emportent sur la liberté contractuelle pour des raisons de sécurité juridique et d'égalité de traitement des plaideurs amenés à agir devant les juridictions considérées.

---

50 TF du 6 mai 1997, SJ 1998 p. 441, c. 4c.

51 ATF 119 II 177, c. 3b.

En revanche, les aspects gouvernés par la *lex causae* restent soumis au droit en vigueur lors de la conclusion de l'accord et ne devraient pas être affectés par une modification ultérieure de ce droit, sauf à démontrer que c'était là la volonté des parties. Ainsi, une clause affectée de nullité selon le droit au fond ne saurait regagner en efficacité suite à une modification ultérieure de ce droit ou de la *lex fori* (à l'inverse de ce que prévoit la Convention de Lugano)[52].

4. *Conditions formelles*

Aux termes de l'art. 5 al. 1 LDIP, la convention d'élection de for peut être passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte.

La forme écrite de l'art. 5 LDIP est une notion autonome de droit international privé[53]. Elle s'entend dans un sens large; s'il n'est pas nécessaire que les déclarations des parties soient documentées dans un contrat contresigné par les parties[54], chacune d'entre elles doit néanmoins émettre sa déclaration par écrit[55]. Il suffit que l'échange ait lieu par des moyens de communication rapide[56], par exemple par courriels[57]. Ces exigences permettent de vérifier l'existence d'une volonté concordante des parties[58].

Les clauses d'élection de for sont fréquemment insérées dans des contrats types ou dans des conditions générales. Les conditions de forme de l'art. 5 LDIP sont respectées lorsque l'acceptation écrite émane des deux parties[59]. La voie électronique suffit[60]. Ainsi, l'élection de for contenue dans des conditions générales auxquelles le prospectus d'une vente aux enchères fait référence ne saurait s'appliquer à l'acquéreur (même rompu aux affaires) d'un bien dans le cadre de la vente, lorsque ce dernier n'a pas manifesté par écrit, ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte au sens de l'art. 5 LDIP, son acceptation desdites conditions générales[61]. La situation est diffé-

---

52 Au sujet du champ d'application temporel de l'art. 23 CL, voir *infra* p. 116 s.

53 TF 4C.189/2001 du 1er février 2002, c. 5c.

54 ATF 119 II 391, c. 3a; TF 4C.189/2001 du 1er février 2002, c. 5c; BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 21; CR LDIP/CL-Bucher, art. 5 LDIP N 12.

55 ATF 119 II 391, c. 3a.

56 Message LDIP 1982 (note 5), p. 291.

57 Tabea Lorenz/Markus Müller-Chen, Per Mausklick zum Gerichtsstand, in: Lukas Gschwend/Peter Hettich/Markus Müller-Chen/Benjamin Schindler/Isabelle Wildhaber (éd.), Recht im digitalen Zeitalter Festgabe – Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zurich/Saint-Gall 2015, p. 735; BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 33.

58 Voir le Message LDIP 1982 (note 5), p. 292: «Dans ce genre de clause, c'est la volonté concordante des parties qui tient la première place et pas tellement la validité formelle au sens de l'art. 5, 1er alinéa.»

59 BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 29; CR LDIP/CL-Bucher, art. 5 LDIP N 13; Lorenz/Müller-Chen (note 57), p. 739; Roman Perrig/Ernst A. Kramer/Thomas Probst, Schweizerisches Recht der Allgemein Geschäftbedingungen, Berne 2016, N 207.

60 Perrig/Kramer/Probst (note 59), N 207.

61 ATF 119 II 391, c. 3b.

rente selon l'art. 23 CL révisée, qui permet de renoncer à la forme écrite selon les circonstances[62].

Un renvoi général, dans le contrat, aux conditions générales suffit, sans qu'une mention explicite à la clause de prorogation de for ne soit nécessaire[63], pour autant que les conditions générales soient en la forme écrite et qu'elles soient accessibles au cocontractant avant la conclusion du contrat[64]. Au surplus, la clause d'élection de for contenue dans les conditions générales doit être sans ambiguïté et clairement formulée[65].

5. *Conditions matérielles*

Outre les prescriptions de forme précitées, l'élection de for doit concerner une matière patrimoniale, notion qui vise un large choix de différends[66]. Ces termes ne recouvrent pas seulement les actions du droit des obligations découlant d'un contrat, d'un enrichissement illégitime ou d'un acte illicite, mais aussi les prétentions pécuniaires du droit de la famille, des successions ou des droits réels[67]. Le champ matériel de l'art. 5 LDIP est donc plus large que celui de l'art. 23 CL[68].

L'élection de for porte sur un différend, né ou à naître, à l'occasion d'un rapport de droit déterminé[69]. Les parties doivent être conscientes de la nature juridique du rapport pour lequel elles prévoient une élection de for et ne sauraient s'engager pour un nombre indéterminé d'affaires dont les contours sont flous[70]. Une élection de for pour toutes les prétentions résultant d'un contrat englobe en principe aussi une prétention délictuelle, à la condition qu'il existe une connexité entre l'acte illicite et l'objet du contrat[71].

Les parties sont tenues de désigner un tribunal, suisse ou étranger, identifiable par exemple en référence à un lieu ou à un arrondissement donné, sans qu'il ne soit nécessaire de mentionner le tribunal localement compétent[72]. Elles n'ont pas à démontrer de point de rapprochement objectif ou de lien particulier avec le tribunal élu.

---

62 Concernant les conditions de forme de l'art. 23 CL, voir *infra* p. 117 ss.

63 LORENZ/MÜLLER-CHEN (note 57), p. 739.

64 BSK IPRG-GROLIMUND/BACHOFNER, art. 5 IPRG N 29; LORENZ/MÜLLER-CHEN (note 57), p. 739; PERRIG/KRAMER/PROBST (note 59), N 207; voir également, par analogie, ATF 139 III 345, c. 4.1 (Convention de Lugano).

65 TF 4C.353/1999 du 28 janvier 2000, c. 2a; PERRIG/KRAMER/PROBST (note 59), N 207.

66 MESSAGE LDIP 1982 (note 5), p. 291.

67 BSK IPRG-GROLIMUND/BACHOFNER, art. 5 IPRG N 15; MESSAGE LDIP 1982 (note 5), p. 291.

68 Sur le champ matériel de l'art. 23 CL, voir *infra* p. 121 s.

69 TF 4A_323/2013 du 29 novembre 2013, c. 4.3.5; TF du 28 juin 1994, SJ 1995 p. 179, c. 2; CHK IPRG-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, art. 5 IPRG N 19.

70 TF 4C.189/2001 du 1er février 2002, c. 5d.

71 TF 4C.142/2006 du 25 septembre 2006, c. 2.

72 TF 4C.189/2001 du 1er février 2002, c. 5e; MESSAGE LDIP 1982 (note 5), p. 292.

Les parties sont libres de prévoir des fors asymétriques ou alternatifs; toutefois, sans indication contraire expresse, le for élu est réputé exclusif[73].

L'art. 5 al. 2 LDIP prévoit que l'élection de for est sans effet si elle conduit à priver d'une manière abusive une partie de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse. Le législateur entendait ainsi protéger les parties qui, même économiquement fortes ou ayant des connaissances commerciales, sont distraites de façon inadmissible à la compétence de leur juge naturel par des manigances peu sérieuses[74]. Cette clause de sauvegarde ne semble toutefois pas avoir trouvé de portée propre au-delà des exigences matérielles et formelles de l'art. 5 al. 1 LDIP[75]. Au surplus et à notre connaissance, une clause d'élection de for n'a jamais été considérée abusive au sens de l'art. 5 al. 2 LDIP par la jurisprudence.

6. *Limitations à l'autonomie des parties, en particulier dans les contrats de consommation*

a. *Généralités*

L'élection de for est sans effet chaque fois qu'elle entre en conflit avec une disposition de la LDIP qui retient une compétence impérative ou semi-impérative.

Le for au lieu de situation d'un immeuble sis en Suisse pour l'action en droits réels (art. 97 LDIP) et le for en matière de validité de droits suisses de propriété intellectuelle (art. 109 al. 1 LDIP) consacrent des compétences exclusives auxquelles les parties ne sauraient jamais déroger[76]. Ces compétences exclusives se justifient par un rattachement étroit entre la relation juridique et le for ou par des arguments pratiques[77]. Ainsi, le for exclusif au lieu de situation de l'immeuble repose sur l'idée qu'un lien fonctionnel doit être sauvegardé entre le juge du fond et le lieu de situation de l'immeuble, notamment parce que les informations relatives à l'immeuble seront inscrites dans le registre foncier du lieu de situation de l'immeuble[78] et qu'une telle inscription pourrait soulever des difficultés lorsqu'elle est fondée sur un jugement étranger[79]. L'exclusivité des fors prévus par l'art. 109 al. 1 LDIP est quant à elle justifiée par le fait que les actions portant sur la validité ou l'inscription en Suisse de droits de propriété intellectuelle sont directement liées à l'enregistrement du droit[80].

---

73 Sur l'exclusivité de l'élection de for, voir *infra* p. 107 s.

74 Message LDIP 1982 (note 5), p. 292.

75 BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 48.

76 TF 4A_323/2013 du 29 novembre 2013, c. 4.3.2.

77 Arroyo (note 3), p. 81 ss.

78 Nicolas Jeandin, L'arbitrage immobilier, *in*: Bénédict Foëx/Michel Hottelier (éd.), Propriété et liberté d'entreprendre – De la liberté de contracter à l'arbitrage immobilier, Zurich 2016, p. 105 s.; CR LDIP/CL-Gaillard, art. 97 LDIP N 1.

79 Kaufmann-Kohler (note 26), p. 170.

80 BSK IPRG-Jegher/Vasella, art. 109 IPRG N 8c; CR LDIP/CL-Ducor, art. 109 LDIP N 22; voir également ATF 132 III 579, JdT 2006 I 351, c. 3.5 relatif à la CL: «La compétence exclu-

Au surplus, l'art. 151 al. 3 LDIP prévoit un for impératif, mais non exclusif, au tribunal suisse du lieu d'émission publique en cas d'action en responsabilité pour cause d'émission de titres de participation et d'emprunts. Une telle disposition, qui vise principalement la situation dans laquelle une société étrangère émettrait des titres de participation ou des emprunts en Suisse, permet de garantir au lésé un accès aux tribunaux suisses, ce qui ne pourrait pas toujours être le cas s'il existait une compétence exclusive au siège de la société[81].

Dans d'autres domaines, pour des motifs de protection sociale, le législateur a limité l'autonomie des parties de manière partielle, en prévoyant des fors semi-impératifs et en restreignant la possibilité de convenir d'une élection de for avant la survenance d'un litige. La LDIP connaît un tel for semi-impératif en matière de litige de consommation. En revanche, et contrairement à la Convention de Lugano, elle n'interdit pas aux parties à un contrat de travail ou à un contrat d'assurance d'inclure une clause d'élection de for dans leur accord[82].

b. Le for semi-impératif du consommateur

L'art. 114 al. 1 LDIP prévoit que dans les contrats qui répondent aux conditions énoncées par l'art. 120 al. 1 LDIP, l'action intentée par un consommateur peut être portée, au choix de ce dernier, devant le tribunal suisse (a) de son domicile ou de sa résidence habituelle ou (b) du domicile ou, à défaut de domicile, de la résidence habituelle du fournisseur. Ces compétences sont semi-impératives, ce qui signifie que le consommateur ne peut pas d'avance renoncer au for de son domicile ou de sa résidence habituelle (art. 114 al. 2 LDIP). En revanche, les parties retrouvent leur autonomie après la survenance du litige, et peuvent, à ce stade, convenir d'un for autre que celui prévu par l'art. 114 LDIP, sous réserve de l'abus de droit visé par l'art. 5 al. 2 LDIP[83]. Le fournisseur, quant à lui, doit agir aux fors des art. 112 et 113 LDIP.

Le but de cette disposition est d'éviter que le consommateur, considéré comme la partie la plus faible au contrat, ne soit découragé d'agir en justice en se voyant obligé d'intenter action devant le tribunal du domicile de son cocontractant, ce qui engendrerait des coûts et des difficultés non négligeables pour lui[84].

---

sive de l'art. 16 ch. 4 CLug s'explique historiquement par le fait que les droits de propriété industrielle étaient jadis conçus comme des privilèges que concédait l'État; seul celui-ci devait donc pouvoir juger de leur validité. Cette compétence se justifie désormais en raison des liens qui existent entre les questions de droit matériel et les règles sur la procédure pour corriger les inscriptions dans les registres».

81 Message LDIP 1982 (note 5), p. 426.

82 Sur les fors impératifs ou semi-impératifs dans la Convention de Lugano, voir *infra* p. 122 ss.

83 BSK IPRG-Brunner, art. 114 IPRG N 32; CR LDIP/CL-Bonomi, art. 114 LDIP N 21.

84 ATF 121 III 336, c. 5d; Isabelle Romy, Les contrats de services financiers comme contrats de consommation: for et droit applicable, *in*: Luc Thévenoz/Christian Bovet (éd.), Journée 2010 de droit bancaire et financier, Genève/Bâle/Zurich 2011, p. 23.

Il s'ensuit que les clauses d'élection de for couramment insérées dans des contrats préformulés ou dans des conditions générales en faveur des tribunaux du siège ou du domicile du fournisseur de services ou de biens demeureront sans effet si elles privent les consommateurs de la possibilité de saisir les tribunaux suisses de leur domicile. Le prestataire de services ou le fournisseur de biens ne peut agir au tribunal de son siège ou de son domicile contre un consommateur étranger que si l'élection de for est conclue après la naissance du différend ou que le client étranger accepte tacitement (art. 6 LDIP) la compétence du juge saisi.

La norme protectrice de l'art. 114 al. 2 LDIP s'applique exclusivement aux contrats conclus avec des consommateurs au sens de l'art. 120 al. 1 LDIP, qui définit le droit applicable à ces contrats (et exclut l'élection de droit). Sont visés les contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur. Cette définition est beaucoup plus étroite que celle de la Convention de Lugano, qui n'exige pas que le contrat porte sur une prestation de consommation courante[85].

La LDIP ne définit pas les notions de consommateur et de prestation de consommation courante. Selon une conception couramment admise, le consommateur est toute personne physique qui acquiert des biens ou services dans un but qui peut être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle[86]. Les termes de «prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial» sont indéterminés. La qualification de contrat de consommation ne répond pas à une typologie précise, mais varie selon les circonstances du cas d'espèce et notamment du volume de l'affaire[87]. Cette approche pragmatique a le mérite de permettre une certaine souplesse dans l'application de ces normes, mais elle suscite une grande insécurité juridique. En effet, les parties ne seront fixées sur la nature de leur contrat et la validité d'une éventuelle clause de prorogation de for qu'au moment du procès. Pour cette raison, quelques auteurs proposent d'introduire une limite chiffrée pour concrétiser la prestation courante. Toutefois, ils divergent sur les montants

85 Sur la définition de contrats conclus avec des consommateurs dans la Convention de Lugano, voir *infra* p. 124 ss.

86 Elisabeth Umulisa Musaby, L'accès des consommateurs à la justice: De la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation à la procédure collective, Lausanne 2009, p. 28.

87 ATF 132 III 268, c. 2.2.3; TF 4A_58/2008 du 28 avril 2008, c. 2 (il est douteux que l'achat d'une voiture de collection pour un montant de EUR 20 000. – constitue un contrat de consommation); arrêt de la 1ère Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de Fribourg du 23 février 2018 (101 2016 348), c. 3 (un contrat de prêt portant sur un montant de CHF 300 000. – destiné à acquérir un produit d'investissement à des fins de prévoyance professionnelle ne peut être compris comme une prestation de consommation); arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 10 mars 2010, JdT 2011 III 192, c. 6 (un contrat d'assurance-vie qui vise à faire fructifier une épargne modeste relève des besoins privés du ménage et tombe sous le coup de l'art. 120 al. 1 LDIP).

à adopter[88]. En outre, cette proposition n'empêchera pas des discussions sur la nature d'un tel contrat et ne lèvera pas les incertitudes liées à l'utilisation de notions indéterminées.

Au surplus, le for de l'art. 114 al. 1 LDIP n'est ouvert que si l'une des trois conditions posées à l'art. 120 al. 1 LDIP est réalisée: le fournisseur doit avoir reçu la commande dans l'État de domicile ou de résidence habituelle du consommateur (let. a), la conclusion du contrat a été précédée dans cet État d'une offre ou d'une publicité à la conclusion du contrat (let. b) ou le consommateur a été incité par le fournisseur à se rendre dans un État étranger aux fins d'y passer la commande (let. c)[89].

Au vu de l'essor des moyens technologiques survenu depuis l'entrée en vigueur de la LDIP, ces différentes conditions soulèvent des difficultés d'interprétation et de mise en œuvre. À cet égard, tant la Convention de Lugano que le Règlement de Bruxelles Ibis prévoient des critères différents et remplacent les liens territoriaux avec l'État de domicile du consommateur par la condition que le fournisseur exerce des activités dans l'État du consommateur ou dirige ces activités vers cet État[90].

7. *Portée et effets de l'élection de for*

a. *Entre les parties*

La clause d'élection de for est un contrat selon lequel les parties sont tenues de participer à la procédure devant le tribunal prorogé et de faciliter le règlement du litige conformément à la procédure[91]. Si le droit suisse lui est applicable (que ce soit par le choix des parties ou en vertu des règles de conflit de la LDIP), ce contrat est régi par les règles générales du Code des obligations. Son inexécution, ou sa mauvaise exécution, ouvre droit à des prétentions en dommages-intérêts[92]. Ainsi, si une partie ouvre action à un autre for que celui stipulé dans une clause d'élection de for exclusive et valable, le défendeur pourra exiger la réparation du dommage qui en découle pour lui[93].

La portée de la clause d'élection de for est déterminée par l'art. 5 LDIP et la volonté des parties. Sauf stipulation contraire, l'élection de for est présumée exclusive, que le choix se porte sur un tribunal suisse ou étranger (art. 5 al. 1 *in*

---

88 Christian Keusen, Konsumentengerichtsstand – «Gerichtsstand ist der Sitz der Bank?», ZSR 126 (2007) I, p. 96 ss; Umulisa Musaby (note 86), p. 63.

89 Sur les conditions de l'art. 120 al. 1 LDIP, voir CR LDIP/CL-Bonomi, art. 114 LDIP N 7 ss.

90 CHK IPRG-Möcklin-Doss/Schnyder, art. 114 IPRG N 3 s.; CR LDIP/CL-Bonomi, art. 114 LDIP N 9; CR LDIP/CL-Bonomi, art. 120 LDIP N 18. Sur les conditions d'application de l'art. 15 CL, voir *infra* p. 124 s.

91 ATF 141 III 210, c. 5.3.2.

92 Voir Philipp Haberbeck, Haftung für die Verletzung einer Gerichtsstandsvereinbarung?, *in*: Jusletter 22.01.2018, N 17.

93 Les frais d'avocat liés à la procédure incidente sur la compétence constituent un élément du dommage: voir Haberbeck (note 92), N 23 ss.

fine LDIP)[94]. Avant l'entrée en vigueur de la LDIP, la jurisprudence admettait qu'en cas de doute, le demandeur pût agir au domicile du défendeur, même en cas d'élection de for[95]. La formulation de l'art. 5 LDIP ne contient toutefois plus aucune réserve en faveur du for ordinaire du domicile du défendeur.

La présomption d'exclusivité a pour effet de renverser le fardeau de la preuve si l'une des parties allègue qu'elles ont prévu un for alternatif[96].

Si la compétence est exclusive, l'action reconventionnelle doit aussi être portée à ce for; le Tribunal fédéral a jugé en effet que l'effet dérogatoire d'une clause d'élection de for exclusive s'applique à la compétence prévue à l'art. 8 LDIP pour l'action reconventionnelle[97].

L'existence d'une convention de prorogation de for n'est pas examinée d'office par le tribunal; la partie qui s'en prévaut doit l'invoquer[98]. Les hypothèses suivantes sont envisageables.

Si l'une des parties ouvre action devant un tribunal suisse autre que le tribunal élu, le défendeur peut soulever le déclinatoire. Le tribunal dérogé examine selon son propre droit si la dérogation est admise; si sa compétence fait défaut, il ne peut entrer en matière sur le fond[99].

Si, en revanche, le défendeur ne conteste pas la compétence du tribunal saisi, l'art. 6 LDIP conduira le tribunal dérogé suisse à admettre sa compétence, sous réserve des cas visés à l'art. 5 al. 3 LDIP. L'art. 6 LDIP ne permet d'admettre une acceptation tacite que pour les affaires patrimoniales et pour autant qu'elle n'élude pas un for impératif.

Inversement, si l'une des parties ouvre action devant un tribunal étranger au mépris d'une clause d'élection de for (en faveur d'un tribunal suisse ou étranger) valable au regard du droit suisse, et que le défendeur émette une réserve à cet égard devant le tribunal étranger, le jugement qui sera ultérieurement rendu par le tribunal étranger ne pourra pas être reconnu et exécuté en Suisse (art. 26 let. b *a contrario* et art. 26 let. c LDIP). Le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas arbitraire que le juge suisse saisi de la requête d'exequatur examine selon le droit suisse la validité de la clause de prorogation de for, la reconnaissance étant requise dans ce pays[100].

---

94 ATF 119 II 177, c. 3d.

95 ATF 119 II 177, c. 3d.

96 ATF 118 II 188, c. 3a; arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice de Genève du 14 novembre 1997, SJ 1998 p. 325 ss, c. 3.

97 ATF 123 III 35, c. 3c.

98 TF 4A_229/2017 du 7 décembre 2017, c. 3.1 et 3.2. Lorsque le for est dispositif, la recevabilité dépend du comportement du défendeur, puisque ce dernier peut entrer en matière sur le fond. Elle se rapproche dans un tel cas d'un moyen qui ne serait pas examiné d'office: CPC commenté-Bohnet, art. 59 CPC N 36; Hohl (note 1), N 598. *Contra*: Ivo Schwander, Prozessvoraussetzungen in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 2008/09, p. 204, pour lequel le tribunal doit examiner d'office sa compétence et attirer l'attention du défendeur sur les conséquences d'une acceptation tacite.

99 ATF 119 II 177, c. 3d.

100 ATF 122 III 439, c. 3.

b. *Opposabilité à des tiers*

Les effets d'une clause d'élection de for peuvent s'étendre à des tiers, notamment au successeur singulier ou universel d'une partie. Ainsi, la cessionnaire d'une créance fondée sur un contrat d'entreprise qui contient une clause d'élection de for est liée par cet accord. On peut se référer par analogie à la jurisprudence rendue en matière de conventions d'arbitrage[101].

c. *Effets pour le tribunal suisse élu*

Chaque tribunal détermine d'après son propre droit *(lex fori)* s'il est lié par une clause de prorogation de for et c'est la *lex fori* qui détermine les effets de cette prorogation[102]. C'est donc l'art. 5 LDIP qui règle les effets de la prorogation et de la dérogation pour un tribunal suisse.

Le juge suisse élu par une convention des parties à l'exclusion d'une autre juridiction n'a pas à se soucier de ladite compétence étrangère, fût-elle exclusive[103].

Le tribunal suisse élu doit accepter la prorogation, pour autant que les conditions formelles et matérielles soient remplies. Le tribunal suisse élu ne peut décliner sa compétence si une partie est domiciliée, a sa résidence habituelle ou un établissement dans le canton où il siège, ou si, en vertu de la présente loi, le droit suisse est applicable au litige (que ce soit en vertu d'un rattachement objectif ou d'une élection de droit)[104].

En revanche, lorsque le litige ne présente que des liens lâches avec la Suisse (art. 5 al. 3 LDIP *a contrario*), le tribunal élu peut refuser de se saisir de la cause, mettant ainsi en échec l'autonomie de la volonté des parties; le message indique que cette réserve a pour but d'éviter une surcharge des tribunaux suisses[105]. La quasi-absence de jurisprudence indique que les tribunaux font preuve de retenue dans l'utilisation des prérogatives que leur accorde l'art. 5 al. 3 LDIP[106].

---

101 ATF 123 III 35, c. 3c; BUCHER (note 30), p. 187. Voir *infra* p. 145 s. sur les conventions d'arbitrage.

102 ATF 122 III 439, c. 3b; arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice de Genève du 14 novembre 1997, SJ 1998 p. 325 ss, c. 5; CR LDIP/CL-BUCHER, art. 5 LDIP N 31.

103 ATF 125 III 108, c. 3a; ATF 124 III 134, c. 2b/aa/ccc (dans le cadre de la CL); voir aussi CR LDIP/CL-BUCHER, art. 5 LDIP N 44; VON OVERBECK (note 26), p. 617 s.

104 TF 5A_55/2014 du 19 mai 2014, c. 4.4; arrêt du Tribunal cantonal de Saint-Gall du 26 mars 2014 (BO.2013.42), c. 5c; CR LDIP/CL-BUCHER, art. 5 LDIP N 39.

105 MESSAGE LDIP 1982 (note 5), p. 292 s.

106 Voir ATF 119 II 167, c. 3, qui concerne une requête de mesures protectrices de l'union conjugale entre deux époux non domiciliés en Suisse; le défendeur avait accepté tacitement la compétence du tribunal du district de Zurich, qui déclina néanmoins sa compétence sur la base de l'art. 5 al. 3 LDIP.

d. Litispendance et forum running

Le *forum running* désigne le phénomène par lequel une partie saisit le tribunal de son choix en vue de fixer la litispendance à ce for, ce qui a pour effet de paralyser une action sur le même objet à un autre for[107]. La litispendance a un effet d'exclusion sur les actions subséquentes entre les mêmes parties et portant sur le même objet. À teneur de l'art. 9 al. 1 LDIP, lorsqu'une action ayant le même objet est déjà pendante entre les mêmes parties à l'étranger, le juge suisse saisi en second lieu suspendra la cause s'il est à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse. Il se dessaisit lorsqu'une décision étrangère pouvant être reconnue en Suisse lui est présentée (art. 9 al. 3 LDIP). Le but de cette disposition est d'éviter des jugements contradictoires[108].

La question se pose de savoir si l'existence d'une clause d'élection de for exclusive fait obstacle à la litispendance ou si, au contraire, cette dernière permet de mettre en échec ladite clause et de soustraire la cause à l'autorité qui devrait exclusivement en connaître à teneur de la volonté des parties.

Le Tribunal fédéral a été amené à trancher cette question dans un contexte où une action en validation de séquestre avait été introduite en Suisse au for du séquestre de l'art. 4 LDIP, alors qu'une action était déjà pendante à l'étranger, au for élu par les parties. Il a considéré que le juge suisse a l'obligation de vérifier d'office s'il y a litispendance au sens de l'art. 9 al. 1 LDIP lorsque les faits en sa possession laissent apparaître qu'une procédure est pendante au for élu[109]. Le juge suisse ne peut pas décliner sa compétence et mettre fin à l'instance en vertu de l'art. 5 LDIP, mais il est tenu de se prononcer sur une éventuelle suspension de la cause selon l'art. 9 LDIP. Le refus d'entrer en matière sur l'exception de litispendance dans le cadre d'une procédure de validation de séquestre lorsqu'un tribunal étranger est parallèlement saisi en vertu d'une clause d'élection de for revient à exclure la suspension de l'art. 9 al. 1 LDIP dès que l'on est en présence d'une clause d'élection de for valablement conclue, ce qui fait perdre tout sens à cette disposition, puisqu'elle vise justement à coordonner les compétences dans des situations où plusieurs fors (alternatifs ou subsidiaires) coexistent.

Il appartient au juge suisse saisi en second lieu d'examiner si les conditions de l'art. 9 al. 1 LDIP sont remplies, à savoir si la procédure à l'étranger est pendante et si l'on peut exclure, avec une vraisemblance confinant à la certitude, que la juridiction étrangère puisse rendre, dans un délai convenable, une déci-

---

107 TF 4A_417/2017 du 14 mars 2018; dans cet arrêt, qui marque un changement de jurisprudence bienvenu, le Tribunal fédéral confirme que, dans les rapports internationaux, l'intérêt d'une partie à fixer le for qui lui convient en Suisse en y ouvrant une action en constatation négative de droit constitue un intérêt suffisant. Voir aussi Kähr (note 14), p. 5; Sievi (note 13), N 5, note en bas de page n° 5.

108 TF 5A_223/2016 du 18 juillet 2016, c. 5.1.1; CR LDIP/CL-Bucher, art. 9 LDIP N 1.

109 ATF 127 III 118, c. 3d; ATF 118 II 188, c. 3c.

sion susceptible d'être reconnue en Suisse. S'il subsiste un doute à ce propos, le juge suisse devra suspendre la cause. S'il n'y a aucune chance que la juridiction étrangère rende dans un délai convenable une décision susceptible d'être reconnue en Suisse[110], le juge suisse devra alors entrer en matière, l'élection de for dérogeant au for suisse du séquestre ne pouvant, dans cette hypothèse, être admise.

Qu'en est-il dans la situation inverse, à savoir lorsque la première action introduite à l'étranger l'est en violation d'une clause d'élection de for exclusive en faveur des tribunaux suisses, saisis en second lieu? Dans une affaire (litige successoral) régie par la Convention du 3 janvier 1933 entre la Suisse et l'Italie, le Tribunal fédéral a considéré que l'institution de la litispendance a pour but principal d'éviter les jugements contradictoires, non de sanctionner la violation d'une règle de compétence découlant de l'absence de prise en considération d'une clause d'élection de for; c'est au stade de la reconnaissance du jugement italien que les autorités suisses devront s'interroger sur les conséquences de la méconnaissance de ladite clause[111]. Dans cette affaire toutefois, la Convention de 1933 n'exigeait pas de pronostic de reconnaissance du jugement italien à intervenir; les juges suisses n'avaient pas à se demander si le jugement serait ou non susceptible de reconnaissance en Suisse, notamment en raison de la non-application de la clause d'élection de for en faveur des tribunaux suisses[112].

Ce raisonnement ne saurait à notre avis être transposé tel quel à l'art. 9 LDIP. En effet, cette disposition impose au juge suisse d'examiner si la décision étrangère sera rendue dans un délai convenable et si elle pourra être reconnue en Suisse. Or, un jugement étranger rendu par un tribunal incompétent en raison d'une clause d'élection de for exclusive valable au sens de l'art. 5 LDIP ne pourra pas être reconnu en Suisse, sauf si le défendeur procède au fond sans faire de réserve[113]. Il en découle dans cette hypothèse que le juge suisse saisi en second lieu devrait refuser de suspendre l'instance en vue de donner plein effet à la clause d'élection de for.

e. Effets pour le tribunal suisse dérogé

L'art. 5 LDIP permet aux parties de déroger valablement à la compétence d'un tribunal suisse en faveur d'un tribunal étranger; ce dernier déterminera toutefois selon ses propres règles s'il accepte sa compétence[114]. S'il refuse de statuer, la convention des parties est inopérante et l'effet de dérogation au for normale-

110 Dans l'hypothèse considérée ici, le motif de refus ne pourra pas découler de l'absence de compétence indirecte des tribunaux étrangers si la clause d'élection de for en leur faveur est valable; restent les autres motifs de refus de l'art. 27 LDIP.

111 ATF 138 III 570, c. 3.2; voir aussi JEAN-MARC REYMOND, L'exception de litispendance – Étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, Lausanne 1991, p. 185.

112 ATF 138 III 570, c. 4.4.

113 ATF 118 II 188, c. 3a.

114 ATF 122 III 439, c. 3b; CR LDIP/CL-BUCHER, art. 5 LDIP N 31.

ment compétent en Suisse ne se produit pas[115]. Par ailleurs, l'effet de dérogation à un for ordinaire suisse n'a pas lieu si le jugement rendu à l'étranger au for élu ne peut pas être reconnu en Suisse[116].

Le tribunal suisse qui a été saisi en dépit d'une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal étranger examine selon le droit suisse et l'art. 5 LDIP s'il doit décliner sa compétence en faveur d'un tribunal étranger[117].

III. Les clauses de prorogation de compétence dans la Convention de Lugano (à la lumière du Règlement Ibis 1212/2015)

1. Généralités

La Convention de Lugano du 16 septembre 1988, calquée sur la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, avait pour but de renforcer la coopération judiciaire et économique entre les pays membres des Communautés européennes et de l'AELE en apportant une plus grande sécurité juridique dans les actes juridiques transfrontaliers en matière économique et commerciale. Ces conventions parallèles ont fait l'objet d'une procédure de révision à la fin des années quatre-vingt-dix, qui a conduit à l'adoption du Règlement de Bruxelles, entré en vigueur en 2002 pour les États membres, et à la Convention de Lugano (révisée), entrée en vigueur pour la Suisse en 2011. L'adoption de la Convention de Lugano (révisée) a également permis d'étendre le champ d'application territorial aux États ayant adhéré à l'UE après l'entrée en vigueur de l'ancienne Convention de Lugano[118].

Les Conventions de Bruxelles et de Lugano ont reconnu d'emblée, à l'art. 17 de leur version originaire respective, l'autonomie de la volonté des parties comme fondement autonome de la compétence dans les litiges relevant de leur champ d'application; elles ont uniformisé les conditions de validité et la portée des conventions d'élection de for dans l'espace européen, contribuant ainsi de manière déterminante au but de sécurité des transactions qu'elles poursuivaient.

Les révisions subséquentes de ces textes ont toutefois apporté des modifications parfois importantes à la portée et à l'effet des clauses d'élection de for; à titre d'exemple, la CL a élargi la définition des contrats de consommation soumis à un for semi-impératif (art. 15 à 17 CL)[119], restreignant dans la même mesure l'autonomie de la volonté des parties de conclure des élections de for anticipées pour ces contrats (art. 23 al. 5 CL).

---

115 Bucher (note 30), p. 185.

116 ATF 118 II 188, c. 3b; Bucher (note 30), p. 186 s.

117 TF 4C.189/2001 du 1er février 2002, c. 4: lorsqu'un tribunal suisse est saisi, il contrôle selon le droit suisse si les plaideurs ont entendu d'une quelconque manière déroger à sa compétence au bénéfice de tribunaux étrangers.

118 Message du 18 février 2009 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (FF 2009 1497), p. 1499.

119 Sur le for du consommateur, voir *infra* p. 123 ss.

Le Règlement de Bruxelles a été révisé à son tour en 2012 pour devenir le Règlement de Bruxelles Ibis, lequel est entré en vigueur dans l'UE en janvier 2015. L'un des buts de cette révision était de renforcer l'autonomie des parties, comme en atteste le préambule[120]. Du fait que cette nouvelle révision apporte des modifications non reflétées dans la CL, le parallélisme entre cette Convention et le droit européen n'est plus assuré. Nous mentionnerons ci-après les modifications pertinentes pour l'objet de notre étude.

2. *Nature des conventions de prorogation de compétence et droit applicable*

La prorogation de compétence de l'art. 17 aCL et de l'art. 23 CL repose sur la volonté concordante des parties; selon la CJUE, c'est cet accord de volontés qui justifie la primauté accordée, au nom du principe de l'autonomie de la volonté, au choix d'une juridiction autre que celle qui aurait été éventuellement compétente en vertu de la Convention ou du Règlement[121].

L'accord de prorogation de for est indépendant du contrat principal, comme l'ont jugé le Tribunal fédéral et la CJCE de longue date[122]. L'art. 25 al. 5 du Règlement de Bruxelles Ibis codifie cette jurisprudence et prévoit désormais expressément qu'une convention attributive de juridiction faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat.

La question de savoir si un tel accord a été valablement conclu aux termes de ces dispositions doit faire l'objet d'un examen et, cas échéant, d'une interprétation autonome, sans égard au droit interne du tribunal saisi de l'action[123], mais en tenant compte du mécanisme et des principes prévus au Protocole n° 2 ainsi qu'à la jurisprudence des tribunaux des autres États et de la CJUE[124].

L'interprétation autonome de l'art. 23 CL ne permet cependant pas de résoudre toutes les questions relatives à la validité matérielle de l'accord, par exemple en ce qui concerne la capacité des parties, les pouvoirs de représentation d'une personne agissant pour autrui ou les vices de la volonté. De même, le juge élu doit parfois interpréter la volonté des parties pour déterminer la portée de la clause, notamment en ce qui concerne son caractère exclusif. Dans ces cas, il reste nécessaire de déterminer le droit applicable à ces questions. Différentes opinions sont professées par la doctrine; la majorité des auteurs préco-

---

120 Le préambule (19) du Règlement de Bruxelles Ibis prévoit que «l'autonomie des parties à un contrat autre qu'un contrat d'assurance, de consommation et de travail pour lequel n'est prévue qu'une autonomie limitée quant à la détermination de la juridiction compétente devrait être respectée sous réserve des fors de compétence exclusifs prévus dans le présent règlement».

121 CJUE, arrêt du 21 mai 2015, El Majdoub/CarsonTheWeb (C-322/14), c. 26 et référence citée.

122 ATF 131 III 398, c. 5; CJCE, arrêt du 3 juillet 1997, Benincasa/Dentalkit (C-269/95), c. 21 ss.

123 ATF 139 III 345, c. 4; ATF 131 III 398, c. 5.

124 Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention et sur le comité permanent, annexé à la Convention de Lugano; voir aussi ATF 139 III 345, c. 4 sur l'interprétation de l'art. 23 CL; ATF 131 III 398, c. 5.

nisent d'appliquer soit le droit auquel renvoie le droit international privé du for, soit le droit déclaré applicable selon le contrat principal[125].

Le Tribunal fédéral a considéré dans un arrêt récent que lorsque les parties ont convenu du droit applicable à leur contrat, en l'occurrence le droit suisse, il est justifié d'interpréter la volonté des parties non pas de manière autonome, mais selon la *lex causae* (le droit des obligations suisse), pour compléter une convention attributive de juridiction partiellement inadmissible (car désignant en l'espèce un tribunal matériellement incompétent)[126].

Dans un arrêt plus ancien, il a jugé que la question de savoir si le maire d'une commune française pouvait valablement signer des conventions de prêt avec un établissement financier suisse, conventions qui comprenaient une clause d'élection de for en faveur des tribunaux genevois, était nécessairement régie par le droit français, alors même que les parties avaient soumis leur contrat au droit suisse[127].

Dans les États membres de l'Union européenne, il n'existe pas de règle de conflit uniforme pour désigner le droit applicable à la validité des accords d'élection de for. En particulier, le Règlement Rome I est inapplicable aux clauses attributives de juridiction (art. 1 par. 2 let. e). L'art. 25 al. 1 du Règlement de Bruxelles Ibis entend harmoniser les pratiques nationales en prévoyant expressément que si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre.

---

125 BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 30 (se réfère au droit auquel renvoie le droit international privé du for); CR LDIP/CL-Bucher, art. 23 CL N 33 (préconise que la loi applicable à ces conditions de fond soit déterminée par le droit international privé de l'État du for); Dutoit (note 30), art. 5 LDIP N 2 (se réfère au droit déclaré applicable par le droit international privé du for ou droit déclaré applicable selon le contrat principal); Hélène Gaudemet-Tallon, Compétence et exécution des jugements en Europe – Matières civile et commerciale – Règlements 44/2001 et 1215/2012, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007), 5ème éd., Issy-les-Moulineaux 2015, p. 165 ss (cet auteur rappelle qu'avant le Règlement de Bruxelles Ibis, les auteurs et la jurisprudence hésitaient entre la *lex causae*, la loi du tribunal désigné ou la loi du tribunal exclu); Pascal Grolimund, *in*: Anton K. Schnyder (éd.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zum internationalen Zivilverfahrensrecht – Kommentar, Zurich/St-Gall 2011, art. 23 LugÜ N 12 s. (se prononce en faveur de la *lex causae*, telle que déterminée par le droit international de l' État du for); Laurent Killias, Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen, Zurich 1993, p. 202 (se réfère au droit auquel renvoie le droit international privé du for).

126 ATF 143 III 558, c. 4.1; voir également TF 4A_149/2013 du 31 juillet 2013, c. 4, selon lequel la loi applicable devrait être soit celle désignée par les règles de la LDIP, soit celle déclarée applicable selon le contrat principal; TF 4C.163/2001 du 7 août 2001, c. 2b, qui prévoit l'application de la *lex causae*. À l'ATF 140 III 418, le TF s'est également référé à la *lex causae* pour déterminer la validité d'un accord des parties sur le lieu d'exécution du contrat au sens de l'art. 5 ch. 1 let. b CL.

127 ATF 124 III 134, c. 2b/aa/ccc: le TF ne revoit l'application du droit français que sous l'angle de l'arbitraire.

Cette disposition introduit une règle de conflit de lois en faveur de la *lex fori* pour trancher la question de la nullité éventuelle de la convention de prorogation de for, sur le modèle de la Convention de la Haye sur les accords d'élection de for[128]. La référence au droit du for englobe les règles de conflit de la *lex fori*. Il est toutefois douteux que cette règle de conflit amène l'harmonisation souhaitée dès lors que les États membres continueront d'appliquer leurs propres règles de conflit, à savoir la *lex fori*, la *lex causae* ou une combinaison des deux, ce qui entraîne une insécurité pour les parties[129].

3. *Champ d'application personnel et temporel*

Le champ d'application personnel et territorial de la Convention de Lugano n'est pas défini dans une disposition générale, mais doit être examiné et déterminé de manière autonome pour chaque disposition de compétence spécifique[130].

Comme à l'art. 2 CL, l'art. 23 CL requiert tout d'abord que le litige présente un élément d'extranéité[131]. En outre, l'art. 23 al. 1 CL, à l'instar de l'art. 17 aCL, prévoit que l'une des parties au moins doit avoir son domicile sur le territoire d'un État lié par la Convention et que le tribunal prorogé soit situé dans un État partie[132]. En revanche, il n'est pas nécessaire que le défendeur soit domicilié ou ait son siège dans un État partie[133]. Lorsqu'aucune des parties n'a son domicile ou son siège dans un État contractant, la clause d'élection de for s'appréciera selon la loi nationale du tribunal saisi[134].

La question de savoir si, outre l'exigence d'un élément d'extranéité, le tribunal prorogé doit être situé dans un autre État partie que celui du domicile de l'une des parties, c'est-à-dire si l'art. 23 CL exige des points de rattachement avec plusieurs États parties, a fait l'objet de vives controverses[135]. Le Tribunal

---

128 Sur la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for, voir *infra* p. 128 ss.

129 Dans le même sens: GAUDEMET-TALLON (note 125), p. 165 ss; KRAMER/THEMELI (note 4), p. 41.

130 ATF 143 III 558, c. 3.3; ATF 135 III 185, c. 3.1.

131 ATF 143 III 558, c. 3.3 *in fine*. Cet élément d'extranéité est donné par exemple lorsque les deux parties sont domiciliées dans un État contractant mais que le litige a des liens avec un autre État contractant (lieu d'exécution du contrat) ou un État tiers (Message du 21 février 1990 sur la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (FF 1990 II 269), p. 314) ou lorsque les deux parties domiciliées dans le même État optent pour la juridiction d'un autre État contractant.

132 ATF 125 III 108, c. 3e; DUTOIT (note 30), art. 5 LDIP N 14.

133 ATF 143 III 558, c. 3.3.

134 FAUSTO POCAR, Rapport explicatif sur la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007, JO C 319/01 2009, N 104.

135 ATF 125 III 108, c. 3e, dans lequel le Tribunal fédéral laisse la question ouverte; BSK LugÜ-BERGER, art. 23 LugÜ N 17 et KILLIAS (note 125), p. 67, selon lesquels l'art. 17 aCL/23 CL est applicable lorsque le tribunal élu se trouve dans l'État de domicile de la seule partie ayant son siège/domicile dans un État partie; REISER (note 32), p. 33, selon lequel l'application de l'art. 17 aCL doit intervenir uniquement lorsque la situation présente un lien avec deux États parties.

fédéral a tranché par la négative dans un arrêt récent et considère que les parties sont libres de convenir d'un tribunal prorogé situé dans le même État (partie à la CL) que celui du domicile de l'une des parties[136]. Dès lors que ni la lettre ni le but de l'art. 23 al. 1 CL n'exige que le tribunal prorogé soit situé dans un autre État partie que celui du domicile de l'une des parties, cette interprétation doit être approuvée car elle permet de donner pleine efficacité au principe de l'autonomie de la volonté.

L'art. 23 CL s'applique donc dès si l'une des parties domiciliée en Suisse conclut avec une personne domiciliée à l'étranger une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal suisse.

Il convient de relever que l'art. 25 du Règlement de Bruxelles Ibis élargit encore la portée des clauses attributives de juridiction en faveur des tribunaux des États membres puisqu'il s'applique sans considération aucune du domicile des parties. Le Règlement de Bruxelles Ibis étend ainsi sa portée territoriale en permettant à des parties qui n'ont ni domicile ni siège dans un État membre d'élire les tribunaux d'un État membre et renforce l'efficacité des clauses de prorogation de for en faveur des tribunaux d'un État membre[137].

La doctrine est divisée sur la question de savoir à quel moment la condition de domicile des parties encore exigée par l'art. 23 CL doit être remplie. Pour la doctrine majoritaire, à laquelle nous nous rallions, cette condition doit être satisfaite au moment de la conclusion de la clause de prorogation, ceci pour des motifs de sécurité juridique[138]. Ce but ne pourrait être atteint si l'une des parties pouvait unilatéralement modifier la validité de l'accord d'élection de for en déplaçant son domicile après la conclusion de cet accord.

Un arrêt cantonal a adopté cette approche dans l'affaire suivante: un contrat de travail avait été conclu entre un employé domicilié en Israël et une société ayant son siège en Suisse; le lieu de travail était à Préverenges, en Suisse. Le contrat contenait une clause d'élection de for en faveur du Tribunal cantonal de Lausanne. Lors de l'ouverture d'action, l'employé était domicilié en Suisse. Le tribunal a considéré que la cause revêtait un caractère international, car, lors de la conclusion du contrat, les parties étaient domiciliées dans des États différents. L'art. 17 aCL s'appliquait (le tribunal élu se trouvait dans l'État du domicile de l'une des parties), mais la clause ne déployait pas d'effet dès lors qu'elle

136 TF 4A_131/2017 du 21 septembre 2017, c. 3.1 (non publié à l'ATF 143 III 558).

137 Kramer/Themeli (note 4), p. 40; un élément d'extranéité doit toujours exister, quand bien même la question n'est pas tranchée de savoir si la situation doit être internationale en elle-même ou si la désignation d'un tribunal étranger confère l'internationalité nécessaire (Gaudemet-Tallon (note 125), p. 147 ss).

138 BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 20; CR LDIP/CL-Bucher, art. 23 CL N 3 ss; Philippin (note 48), p. 407; Pocar (note 134), N 105; SHK LugÜ-Killias, art. 23 LugÜ N 26 ss. *Contra*: Jan Kropholler/Jan von Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, 9ème éd., Francfort 2011, art. 23 EuGVO N 11, pour lesquels il est suffisant que cette condition soit remplie au moment de l'ouverture d'action, sauf exception.

avait été conclue avant la naissance du différend et dérogeait à un for semi-impératif[139].

Le champ d'application temporel est défini à l'art. 63 al. 1 CL, selon lequel la convention s'applique à toute action intentée après son entrée en vigueur. Il découle de cette disposition que la validité d'une clause de prorogation est examinée à la lumière de l'art. 23 CL si l'acte introductif de l'instance est introduit après l'entrée en vigueur de cette disposition[140]. Par conséquent, une clause attributive de compétence conclue avant cette date et conforme au droit alors en vigueur ne déploiera pas d'effet si l'action est introduite après l'entrée en vigueur de la Convention et que la clause viole un for impératif ou semi-impératif au sens de la Convention[141].

À l'inverse, une clause attributive de juridiction contraire au droit interne lors de sa conclusion (avant l'entrée en vigueur de la Convention) sera examinée selon le nouveau droit si l'instance est introduite après l'entrée en vigueur de la Convention; selon la CJUE, la clause écrite attributive de juridiction figurant dans un contrat de travail est, de par sa nature, une option de compétence qui n'a pas d'effet juridique tant qu'une instance judiciaire n'est pas déclenchée et qui ne tire à conséquence qu'au jour où l'action judiciaire est mise en mouvement[142].

4. *Conditions formelles*

a. *Généralités*

L'art. 23 CL prévoit les mêmes conditions de forme que celles de l'art. 17 aCL, qui sont plus souples que celles exigées par l'art. 5 LDIP[143].

La convention attributive de juridiction peut être conclue par écrit ou verbalement avec confirmation écrite (let. a). Outre la forme écrite, un accord de prorogation de compétence peut être conclu sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies (let. b), ou dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée (let. c). La révision de la Convention de Lugano de 2007 a permis de préciser que toute transmission par

139 Arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 15 février 2006, JdT 2008 III 47, c. 4c/cc.

140 BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 19.

141 ATF 124 III 436, c. 4b, dans lequel une clause de prorogation de compétence conclue avant l'entrée en vigueur de l'aCL et conforme au droit en vigueur à sa conclusion est considérée comme sans effet dans une action introduite sous l'égide de la Convention, dès lors qu'elle contrevient à ses dispositions semi-impératives sur le for du contrat d'assurance.

142 CJCE, arrêt du 13 novembre 1979, Sanicentral/René Collin (25/79, Rec. 1979 p. 03423), c. 4–6.

143 Sur les conditions de forme de l'art. 5 LDIP, voir *supra* p. 102 ss.

voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite (art. 23 al. 2 CL).

Pour que l'une des parties puisse se prévaloir d'une élection de for, il faut que les parties aient effectivement convenu de proroger le for et, cumulativement, que leur volonté commune soit concrétisée dans l'une des formes mentionnées à l'art. 23 CL. L'existence d'un accord entre les parties peut être déduite de la circonstance que les conditions de forme ont été respectées[144]. Selon la jurisprudence, il convient d'interpréter restrictivement les conditions posées par cette disposition puisque la prorogation de for constitue une exception au for général du défendeur de l'art. 2 CL[145].

b. Forme écrite

Un échange de lettres ou de courriels, ou tout moyen qui permet d'établir la preuve de l'accord par un texte, suffit; tout comme à l'art. 5 LDIP, une signature n'est pas requise[146]. Il faut toutefois que la volonté d'accepter la clause de prorogation de for soit exprimée de manière claire et par écrit, quel que soit le support utilisé. Ainsi, l'absence de contestation d'un écrit de confirmation de commandes contenant la clause de prorogation de for ne peut pas être considérée comme une acceptation valable de cette clause[147].

Un accord oral est considéré comme suffisant s'il est suivi d'une confirmation écrite. Celle-ci peut provenir de l'une quelconque des deux parties, pour autant que la partie recevant la confirmation ne soulève pas d'objection[148].

Une clause de prorogation de compétence peut être valablement insérée dans les conditions générales de l'une des parties, pour autant que le contrat conclu entre les parties renvoie expressément à ces conditions générales, mais pas nécessairement à la clause de prorogation de for elle-même[149]. L'art. 23 al. 1 CL n'exige pas que les deux parties aient effectivement pris connaissance du contenu de la clause de prorogation, c'est-à-dire qu'elles l'aient lue[150].

Une clause attributive de juridiction insérée dans un prospectus d'émission de titres obligataires respecte la forme écrite si le contrat signé par les parties

---

144 CJUE, arrêt du 7 juillet 2016, Höszig/Alstom (C-222/15), c. 38.

145 ATF 139 III 345, c. 4.3; ATF 131 III 398, c. 6; TF 4A_272/2007 du 21 novembre 2007, c. 5.1; CJUE, arrêt du 28 juin 2017, Leventis et Vafeias/Malcon et Brave Bulk (C-436/16), c. 39; CJUE, arrêt du 21 mai 2015, El Majdoub/CarsOnTheWeb.Deustchland (C-322/14), c. 25; CJCE, arrêt du 16 mars 1999, Castelletti/Trumpy (C-159/97, Rec. 1999 p. I-01597), c. 48; CJCE, arrêt du 16 septembre 1984, Tilly Russ/Nova (C-71/83, Rec. 1984 p. 2418), c. 14.

146 ATF 131 III 398, c. 7.1.1; TF 4A_272/2007 du 21 novembre 2007, c. 5.1; BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 42 ss; Message CL 1990 (note 131), p. 313.

147 ATF 131 III 398, c. 7.1.1; TF 4A_272/2007 du 21 novembre 2007, c. 5.1.

148 ATF 131 III 398, c. 7.1.2; TF 4A_272/2007 du 21 novembre 2007, c. 5.1; CJCE, arrêt du 16 septembre 1984, Tilly Russ/Nova (C-71/83, Rec. 1984 p. 2418), c. 17; Pocar (note 134), N 108.

149 ATF 139 III 345, c. 4.1; CJUE, arrêt du 7 juillet 2016, Höszig/Alstom (C-222/15), c. 39 s.

150 ATF 139 III 345, c. 4.4.

lors de l'émission des titres sur le marché primaire mentionne l'acceptation de cette clause ou comporte un renvoi exprès à ce prospectus[151].

La doctrine est divisée quant à savoir si les conditions générales doivent effectivement être à la disposition des parties lors de la conclusion du contrat ou si la possibilité d'en prendre connaissance, par exemple sur le site internet de l'utilisateur des conditions générales, suffit[152]. Le Tribunal fédéral a tranché cette question dans une affaire récente dans laquelle une société ayant son siège en Autriche avait commandé des systèmes de rayonnage à une société ayant son siège en Allemagne (entrepreneur). Les contrats, envoyés par e-mail par l'entrepreneur, renvoyaient aux conditions générales de vente, livraison et paiement de l'entrepreneur et précisaient que ces conditions générales pouvaient être demandées au numéro de fax indiqué. Ces conditions générales contenaient une clause de prorogation en faveur des tribunaux zurichois. La société ayant passé commande signa les deux contrats et les retourna à l'entrepreneur. Par la suite, ce dernier indiqua que les conditions générales étaient accessibles sur son site internet. Un litige survint entre les parties; l'entrepreneur ouvrit action en paiement du prix de l'ouvrage devant les tribunaux zurichois; la défenderesse souleva le déclinatoire.

Le Tribunal fédéral considéra que l'utilisateur des conditions générales doit donner à son partenaire contractuel la possibilité raisonnable d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat[153]. Tel n'est pas le cas lorsque le cocontractant doit commander les conditions générales par fax, dès lors qu'il doit attendre une réponse du fournisseur et ne peut prendre connaissance de ces conditions sans intervention active de ce dernier. Dans un tel cas, la convention de prorogation de for n'est pas valablement conclue. En revanche, lorsque les parties communiquent par courrier électronique et que les conditions générales sont accessibles sur le site internet du fournisseur, le cocontractant a une possibilité raisonnable d'en prendre connaissance: la situation est similaire à celle dans laquelle les conditions générales seraient jointes au courrier électronique. L'utilisation de la voie électronique pour conclure le contrat permet de déduire la volonté des parties de recourir à internet dans ce but[154]. En revanche, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si le simple renvoi à un site internet sans remise des conditions générales suffit lorsque les parties ne communiquent pas par la voie électronique[155]. En l'espèce, le Tribunal fédéral renvoya l'affaire au tribunal d'instance inférieure pour qu'il détermine si les conditions générales étaient accessibles sur le site internet du fournisseur lors de la conclusion du contrat.

---

151 CJUE, arrêt du 20 avril 2016, Profit Investment SIM/Commerzbank (C-366/13), c. 29.

152 ATF 139 III 345, c. 4.2 et références citées.

153 ATF 139 III 345, c. 4.3.

154 ATF 139 III 345, c. 4.4.1.

155 ATF 139 III 345, c. 4.4.1; tel devrait être le cas selon BERGER, BSK LugÜ-BERGER, art. 23 LugÜ N 42.

La CJUE a considéré que l'acceptation de conditions générales contenant une clause attributive de juridiction qui ne s'ouvrent pas automatiquement lors d'une commande, mais qui doivent être sélectionnées dans un nouveau champ par «clic», est conforme aux conditions de validité formelle requises par l'art. 23 du Règlement de Bruxelles, dans la mesure où il est possible d'imprimer ou de sauvegarder les conditions générales ainsi acceptées[156]. Certains auteurs préconisent d'appliquer cette jurisprudence par analogie à l'art. 5 LDIP[157]; elle paraît en tous les cas compatible avec l'arrêt du Tribunal fédéral cité plus avant.

c. *Habitudes des parties ou usages commerciaux*

La référence aux habitudes des parties ou aux usages commerciaux a été introduite dans la Convention de Bruxelles en 1968 en réaction à la jurisprudence de la CJCE qui exigeait que la prorogation de for devait se faire de manière expresse et qui était jugée trop restrictive par certains milieux commerciaux. Cette formulation est étroitement liée à l'art. 9 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationaux de marchandises, afin de garantir que les usages commerciaux soient soumis aux mêmes conditions, qu'il s'agisse du droit matériel ou de la prorogation de for[158].

La CJUE a posé des exigences élevées pour admettre un tel consentement, à notre avis à juste titre sous l'angle de l'autonomie des parties; en effet, l'exception à la forme écrite doit être interprétée de manière restrictive puisque le consentement n'est plus documenté mais présumé[159].

Appelée à trancher si l'insertion d'une clause attributive de juridiction dans un prospectus d'émission de titres obligataires constitue une forme admise par un usage du commerce international, permettant de présumer le consentement de celui auquel on l'oppose, la CJUE a précisé dans un arrêt de 2016 que tel est le cas si ce comportement est généralement et régulièrement suivi par les opérateurs dans la branche considérée lors de la conclusion de contrats de ce type. S'y ajoute la condition alternative suivante: soit les parties entretenaient auparavant des rapports commerciaux suivis entre elles ou avec d'autres parties opérant dans le secteur considéré, soit le comportement en cause est suffisamment connu pour pouvoir être considéré comme une pratique consolidée[160].

---

156 CJUE, arrêt du 21 mai 2015, El Majdoub/CarsOnTheWeb.Deustchland (C-322/14), c. 40.

157 Lorenz/Müller-Chen (note 57), p. 740; Perrig/Kramer/Probst (note 59), N 207.

158 Message CL 1990 (note 131), p. 315.

159 Dans le même sens Gaudemet-Tallon (note 125), p. 162.

160 CJUE, arrêt du 20 avril 2016, Profit Investment SIM/Commerzbank (C-366/13), c. 50; voir également CJCE, arrêt du 20 février 1997, MSG/Les Gravières Rhénanes SARL (C-106/95, Rec. 1997 p. I-00911), c. 16 ss.

5. *Conditions matérielles*

Aux termes de l'art. 23 al. 1 CL, les parties conviennent d'un tribunal ou de tribunaux d'un État lié par la Convention pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. Cette compétence est exclusive sauf stipulation contraire des parties. La présomption d'exclusivité est réfragable, à l'instar de l'art. 5 LDIP[161].

Les notions de différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé sont similaires à celles de l'art. 5 LDIP, de sorte que l'on peut renvoyer à ce qui a été écrit plus avant[162]. En revanche, les différences suivantes existent entre les deux régimes:

- le litige doit porter sur des prétentions en matière civile ou commerciale au sens de l'art. 1 CL[163];
- dans le cadre de l'art. 23 CL, il suffit que les parties désignent les tribunaux d'un État contractant, sans indication de la compétence locale, alors que selon l'art. 5 LDIP, elles doivent convenir d'un lieu ou d'un arrondissement[164]. Si les parties désignent les tribunaux d'un État contractant, la compétence locale sera déterminée par la *lex fori*[165].

Par leur convention, les parties peuvent opter pour une compétence alternative de l'art. 5 CL (par exemple au lieu d'exécution du contrat), pour le for du domicile de l'une ou des deux parties ou encore pour un juge neutre, sans lien particulier avec l'une ou l'autre d'entre elles, situé dans un État contractant.

Les parties sont libres de désigner un tribunal spécifique d'un État contractant, mais elles ne sauraient déroger aux règles de compétence *ratione materiae*. Ainsi, elles ne peuvent pas convenir de porter leur litige devant le tribunal de commerce si le défendeur n'est pas inscrit au registre du commerce[166]. Si, néanmoins, elles ont convenu d'un tel tribunal, la clause n'est pas en soi invalide, mais il convient d'interpréter leur volonté selon les principes du droit suisse lorsqu'il s'applique. S'il n'est pas possible de déterminer la volonté réelle et concordante des parties, qui relève du fait, le juge recourra au principe de la confiance pour déterminer la volonté présumée des parties, ce qui relève du droit[167].

Dans une affaire récente concernant la portée d'une convention attributive de juridiction, le Tribunal fédéral a interprété la volonté des parties en recourant aux principes applicables en matière d'interprétation des conventions d'arbitrage. En

---

161 BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 61; Alexander R. Markus, Internationales Zivilprozessrecht, Berne 2014, N 1211; sur la présomption d'exclusivité de l'art. 5 LDIP, voir *supra* p. 107 s.

162 Voir *supra* p. 103.

163 BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 25; Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Munich 2010. art. 23 EuVGO N 61.

164 BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 32; Dutoit (note 30), art. 5 LDIP N 5; SHK LugÜ-Killias, art. 23 LugÜ N 49.

165 BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 32; Dutoit (note 30), art. 5 LDIP N 5.

166 TF 4A_131/2017 du 21 septembre 2017, c. 4 (non publié à l'ATF 143 III 558).

167 TF 4A_131/2017 du 21 septembre 2017, c. 4.3.4 (non publié à l'ATF 143 III 558) et références citées.

l'espèce, une société ayant son siège en Suisse, dans le canton de Schwyz, et une personne domiciliée à Monaco, avaient conclu un contrat de courtage portant sur la vente d'un bien immobilier à Herrliberg dans le canton de Zurich. Les parties avaient convenu d'une prorogation de for en faveur du Tribunal de commerce du canton de Zurich. Ce dernier n'étant toutefois pas compétent *ratione materiae*, la demanderesse ouvrit action en paiement devant le tribunal du district de Zurich. Le Tribunal fédéral, tout comme le tribunal d'instance inférieure, considéra que la clause était nulle, mais qu'une interprétation de la clause permettait de retenir que les parties avaient convenu d'une prorogation en faveur des tribunaux suisses. Le Tribunal fédéral jugea que la volonté hypothétique des parties était d'opter pour le tribunal du lieu de situation de l'immeuble (dans un autre district que celui de Zurich) et que, dès lors, le tribunal de Zurich n'était pas compétent[168].

Le recours à la volonté hypothétique des parties nous paraît peu compatible avec le principe d'autonomie de la volonté et il est source d'insécurité, dès lors qu'il conduit le tribunal à substituer sa propre volonté à celle des parties. En l'espèce, en accordance avec la jurisprudence de la CJUE, le tribunal aurait dû constater que la désignation de la juridiction internationale suffisait à donner pleine validité à la clause de prorogation de for selon l'art. 23 CL; la compétence locale aurait dû ensuite être déterminée en application des règles du droit interne (à savoir l'art. 113 LDIP dès lors que le défendeur n'avait pas de domicile en Suisse).

6. *Limitations à l'autonomie des parties*

a. *Généralités*

Conformément à l'art. 23 al. 5 CL, les clauses de prorogation de for sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des art. 13, 17 et 21 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'art. 22. Cette disposition règle de manière exhaustive les limitations à la liberté de prorogation de compétence[169].

L'art. 22 CL contient une liste de compétences exclusives en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, de droit des sociétés, de droits immatériels, d'inscription sur les registres publics et d'exécution des décisions. Le for est déterminé par le lien matériel existant entre l'objet du litige et un État contractant. Il s'agit de compétences exclusives et impératives[170], dont le respect est examiné d'office par le tribunal saisi (art. 25 CL)[171].

---

168 ATF 143 III 558, c. 4.3.4.

169 Message CLrév 2009 (note 118), p. 1519.

170 La CL utilise le terme de «compétences exclusives». Les compétences de l'art. 22 CL sont cependant à la fois exclusives, dans la mesure où elles désignent des tribunaux qui sont seuls compétents, et impératives: elles s'imposent aux parties, qui ne peuvent y déroger ni par clause de prorogation de for, ni par acceptation tacite, ainsi qu'au juge, qui, saisi en violation de cet article, doit d'office se déclarer incompétent. Voir Gaudemet-Tallon (note 125), p. 107 s. et CJUE, arrêt du 17 mars 2016, Taser/SC Gate et Anastasiu (C-175/15), c. 35.

171 CJUE, Arrêt du 17 mars 2016, Taser/SC Gate et Anastasiu (C-175/15), c. 33 ss.

Les art. 13, 17 et 21 CL visent quant à eux à limiter l'autonomie des parties en matière de contrats d'assurance, de contrats de consommation et de contrats de travail. Ces dispositions se fondent sur des motifs de politique sociale et de protection de la partie la plus faible. Elles visent à corriger le déséquilibre entre les parties en faisant bénéficier la partie la plus faible de règles de compétence plus favorables à ses intérêts que ne le sont les règles générales[172], en vue de lui faciliter l'accès à la justice et pour lui garantir le for de son domicile si elle est défendeur[173].

La Convention institue ainsi, pour les litiges découlant de ces contrats, des fors semi-impératifs auxquels les parties ne peuvent pas déroger avant la naissance du litige, à moins que l'élection de for soit plus favorable à la partie réputée faible au contrat (art. 13 al. 2 CL, art. 17 al. 2 CL, art. 21 al. 2 CL) ou pour des motifs restrictifs énumérés dans la CL (art. 13 al. 3 à 5 CL, art. 17 al. 3 CL).

En raison du large champ d'application des dispositions sur les contrats conclus par les consommateurs, il convient de les examiner de manière plus détaillée ci-après.

b. Le for semi-impératif du consommateur

La volonté de protéger les consommateurs comme partie faible au contrat s'est traduite par des règles de compétence semi-impérative en faveur des tribunaux du domicile du consommateur introduites aux art. 13 ss aCL et, depuis le 1er janvier 2011, aux art. 15 ss CL. Ces normes permettent au consommateur d'agir, à son choix, devant les tribunaux de l'État de son domicile ou ceux de l'État du siège du fournisseur de services (art. 16 al. 1 CL). Ce dernier, lui, doit impérativement agir au domicile du consommateur (art. 16 al. 2 CL).

L'art. 18 al. 1 du Règlement de Bruxelles Ibis élargit encore la portée de ces dispositions protectrices puisqu'il prévoit que le consommateur peut agir devant les tribunaux de son domicile quel que soit le domicile de l'autre partie. Le fournisseur ne disposant pas de domicile ou de succursale dans un État membre pourra ainsi être attrait devant les tribunaux du domicile du consommateur[174].

Avant la naissance d'un litige, le consommateur ne peut pas renoncer (conventionnellement) aux fors qui sont mis à sa disposition par l'art. 16 al. 1 CL (art. 17 ch. 1 CL). Après la naissance du litige, le consommateur et son cocontractant sont libres de conclure une convention de prorogation de for (art. 17 ch. 1 CL).

Par ailleurs, une acceptation tacite suffit à fonder la compétence du tribunal saisi (art. 24 CL). L'art. 26 al. 2 du Règlement de Bruxelles Ibis impose désor-

---

172 Voir par exemple CJUE, arrêt du 13 juillet 2017, Assens Havn/Navigators Management (C-386/16), c. 30.

173 CR LDIP/CL-Bonomi, art. 8 CL N 2, art. 15 CL N 2, art. 18 CL N 2.

174 Gaudemet-Tallon (note 125), p. 375.

mais au tribunal saisi d'informer le consommateur de son droit de contester la compétence de la juridiction et des conséquences d'une comparution ou d'une absence de comparution.

Les dispositions protectrices de la Convention de Lugano s'appliquent au consommateur, notion que la Convention ne définit pas et qui fait l'objet d'une interprétation autonome[175]. Le consommateur est une personne physique qui conclut un contrat pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, autrement dit dans un but privé, sans égard à son expérience et à sa position subjective[176]. L'intention de réaliser un gain n'exclut pas un but privé[177]. Le cocontractant doit, lui, conclure le contrat avec le consommateur dans le cadre de ses activités professionnelles (art. 15 al. 1 let. c CL).

En outre, contrairement à l'art. 114 LDIP combiné avec l'art. 120 LDIP, les art. 15 ss CL ne sont pas limités aux contrats qui portent sur une prestation de consommation courante. L'art. 15 al. 1 let. c CL s'applique à tous les cas (autres que ceux énumérés à ses lettres a) et b)) qui visent les ventes à tempérament d'objets mobiliers corporels et les prêts à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets). La portée de l'art. 15 CL est beaucoup plus large que celle de l'art. 13 aCL. Sont visés tous les contrats définis comme contrats de consommation dans les directives communautaires, notamment des contrats régis par la directive sur les contrats de crédit aux consommateurs[178], ainsi que les contrats de services financiers[179].

L'art. 15 CL exige que le contrat ait été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État lié par la Convention de Lugano sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État ou vers plusieurs États, dont cet État, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités. Cette disposition met sur pied d'égalité les opérations publicitaires classiques comme les annonces par voie d'affichage, de presse ou le démarchage par téléphone, et les offres faites par internet. Dans tous ces cas, une activité de prospection du marché est nécessaire. Un besoin de protection n'est consacré, sur le plan international,

175 Voir Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention et sur le comité permanent, annexé à la Convention de de Lugano; CR LDIP/CL-Bonomi, art. 15 CL N 9; SHK LugÜ-Domej, Préambule Protocole n° 2 N 5 et 10 ss. Concernant l'interprétation autonome de la notion de fourniture de service au sens de l'art. 13 al. 1 ch. 3 aCL, voir ATF 133 III 295, c. 8.1 et ATF 121 III 336, c. 5e/aa.

176 ATF 133 III 295, c. 7.2.

177 Romy – Journée de droit bancaire 2010 (note 84), p. 26; arrêt du 19 janvier 2000 de la *High Court of Justice in the Queen's Bench Division Commercial Court*, 2000 WL 191161; voir également l'arrêt du *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* du 23 juin 2004 (disponible sur http://swissjurist.ch/case_study.htm, consulté le 3 avril 2018), p. 7.

178 Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil.

179 Romy – Journée de droit bancaire 2010 (note 84).

qu'en faveur du consommateur qui a commandé des biens ou des services par suite d'une sollicitation faite dans son pays par un fournisseur à l'étranger[180].

La notion d'*activité dirigée* vers l'État du domicile du consommateur doit également être interprétée de façon autonome en se référant au système et aux objectifs de la Convention. La simple utilisation d'un site internet, qui a une portée mondiale, ne suffit pas à constituer une activité dirigée au sens de l'art. 15 al. 1 let. c qui déclencherait l'application des règles de compétence protectrices de cette disposition. Pour que l'art. 15 s'applique, il est nécessaire que le commerçant ait manifesté sa volonté d'établir des relations commerciales avec les consommateurs d'un ou de plusieurs autres États parties, dont celui du domicile du consommateur[181]. Constituent des *expressions manifestes* de la volonté de démarcher les consommateurs la mention selon laquelle le commerçant offre ses services ou ses biens dans un ou plusieurs États parties nommément désignés ou l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur internet auprès de l'exploitant d'un moteur de recherches afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans différents États parties l'accès au site du commerçant[182].

Il est en outre nécessaire que le site internet invite à la conclusion d'un contrat; il n'est toutefois pas exigé que cette invitation à conclure un contrat résulte de l'exploitation d'un site interactif. L'art. 15 al. 1 let. c ne requiert pas l'existence d'un lien de causalité entre le moyen employé pour diriger l'activité commerciale ou professionnelle vers l'État du domicile du consommateur, à savoir un site internet, et la conclusion du contrat avec ce consommateur[183]. Il n'exige pas davantage que le contrat ait été conclu à distance par l'intermédiaire de ce site[184].

7. *Portée et effets de l'élection de for*

a. *Pour les parties*

La CL ne règle par les effets de droit matériel d'une convention attributive de juridiction, de sorte que les conséquences d'une éventuelle violation de cette dernière sont soumises au droit applicable à ladite convention, comme mentionné plus avant.

---

180 ATF 142 III 170, c. 3.1: le client domicilié en France d'une banque suisse qui s'est adressé à cette dernière de sa propre initiative, sans y avoir été incité par une offre ou une publicité dans son propre pays, est censé être conscient du caractère international et accepter le risque d'un procès à l'étranger.

181 CJUE, arrêt du 7 décembre 2010, Pammer/Reederei Karl Schlüter (C-585/08) et Hotel Alpenhof/Heller (C-144/09), c. 47 ss.

182 CJUE, arrêt du 7 décembre 2010, Pammer/Reederei Karl Schlüter (C-585/08) et Hotel Alpenhof/Heller (C-144/09), c. 81.

183 CJUE, arrêt du 17 octobre 2013, Emrek/Sabranoivc (C-218/12), c. 20 ss.

184 CJUE, arrêt du 6 septembre 2012, Mühlleitner/Yusufi (C-190/11), c. 32 ss.

Sur le plan procédural, le défendeur attrait devant une juridiction autre que le juge élu doit soulever l'exception d'incompétence devant le juge saisi; ce dernier n'examine pas d'office sa compétence, sauf si elle est fondée sur l'art. 22 CL. Si le défendeur ne soulève pas le déclinatoire, il accepte tacitement la compétence du juge saisi conformément à l'art. 24 CL. Ce principe s'applique également lorsque la clause attributive de compétence est rédigée en faveur des juridictions d'un État tiers, non partie à la CL[185].

La notion de comparution de l'art. 24 CL s'interprète de manière autonome et vise tout acte de défense qui tend directement au rejet de la demande. Les actes préliminaires, comme les requêtes de suspension ou de déclinatoire, ne sont pas visés par cette définition[186].

b. Opposabilité à des tiers

L'art. 23 CL ne précise pas si une clause d'élection de for peut être transmise à un tiers qui n'était pas partie au contrat initial, mais qui est devenu successeur, en tout ou partie, aux droits et obligations de l'une des parties au contrat initial. La CJUE l'a admis dans diverses constellations, notamment lorsque le droit applicable au contrat initial (contenant ou renvoyant à la clause attributive de juridiction) prévoit un transfert des droits et obligations ou une substitution des parties sans consentement du tiers à ladite clause[187]. A titre d'exemple, elle l'a également admis en cas d'acquisition de titres obligataires sur le marché secondaire, si le droit national applicable au contrat prévoit une telle succession et si l'acquéreur a eu la possibilité de prendre connaissance du prospectus contenant ladite clause, ce qui suppose que celui-ci soit aisément accessible[188].

c. Effets pour le tribunal élu

La Convention de Lugano, tout comme le Règlement de Bruxelles Ibis, exclut le recours à la théorie anglo-saxonne du *forum non conveniens*[189]. Il s'ensuit que le tribunal élu d'un État contractant respectera la force obligatoire d'une clause d'élection de for en sa faveur et ne pourra pas refuser de statuer (contrairement à la solution prévue à l'art. 5 al. 3 LDIP).

d. Litispendance et forum running

Comme mentionné plus avant en lien avec les clauses d'élection de for de la LDIP, l'application stricte des règles sur la litispendance permet de paralyser l'effet d'une convention de prorogation de compétence pour le tribunal

185 CJUE, arrêt du 17 mars 2016, Taser International/SC Gate 4 Business (C-175/15), c. 23 ss.
186 ATF 133 III 295, c. 5.1, et références.
187 CJUE, arrêt du 20 avril 2016, Profit Investment SIM/Commerzbank (C-366/13), c. 31 ss, et références citées.
188 CJUE, arrêt du 20 avril 2016, Profit Investment SIM/Commerzbank (C-366/13), c. 36.
189 Gaudemet-Tallon (note 125), p. 88 ss; Sievi (note 13), N 449.

élu[190]. La célèbre affaire Gasser, rendue sous l'ancien Règlement de Bruxelles I, en donne un exemple[191]: pendant plusieurs années, la société Gasser, ayant son siège en Autriche, avait vendu des vêtements pour enfants à la société Misat, ayant son siège en Italie, à Rome. Les factures adressées par Gasser à Misat contenaient toutes une clause d'élection de juridiction en faveur des tribunaux autrichiens. Un différend survint entre les parties. Misat ouvrit action devant les tribunaux italiens pour faire constater que le contrat la liant à Gasser avait pris fin de plein droit, constater l'absence d'inexécution et condamner Gasser à réparer le préjudice qu'elle lui avait causé. Quelques mois plus tard, Gasser ouvrit action contre Misat en paiement de factures impayées devant le tribunal autrichien sur la base de la convention de prorogation et de l'art. 5 al. 1 de la Convention de Bruxelles. Misat contesta la compétence du tribunal autrichien. Celui-ci suspendit la cause conformément à l'art. 21 de la Convention de Bruxelles. Le tribunal d'appel saisit la CJCE d'une demande d'interprétation préjudicielle pour savoir si la juridiction saisie en second lieu au sens de l'art. 21 al. 1 de la Convention de Bruxelles peut examiner la compétence du premier tribunal saisi dans le cas où elle jouirait d'une compétence exclusive en vertu d'une convention attributive de juridiction au sens de l'art. 17 de la Convention de Bruxelles, ou bien si elle doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la compétence du juge premier saisi soit établie, et ceci en dépit de la lenteur excessive et généralisée des procédures en Italie.

La CJCE confirma que l'art. 21 de la Convention est pleinement applicable en vertu de la confiance mutuelle que les États contractants accordent à leurs systèmes juridiques et à leurs institutions judiciaires, de sorte que le second juge saisi doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent, même si la procédure devant le premier juge saisi est excessivement longue[192].

La confiance mutuelle entre États membres et la sécurité juridique prévalent dans ce cas sur l'autonomie des parties. Il n'en reste pas moins que les manœuvres dilatoires connues sous le nom d'«actions-torpédo» sont abusives et permettent de mettre en échec la volonté des parties[193]. En réponse aux nombreuses critiques qu'a suscitées l'arrêt Gasser, la Commission européenne élabora une exception à la règle de litispendance. L'art. 31 al. 2 du Règlement Bruxelles Ibis prévoit désormais que lorsqu'une juridiction d'un État membre

190 Art. 29 al. 1 Règlement Bruxelles Ibis; art. 21 al. 1 Règlement Bruxelles I; art. 27 al. 1 CL, selon lesquels lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres, respectivement liés par la CL, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie.

191 CJCE, arrêt du 9 décembre 2003, Gasser/MISAT (C-116/02).

192 CJCE, arrêt du 9 décembre 2003, Gasser/MISAT (C-116/02, Rec. 2003 p. 00000), c. 28 ss.

193 Voir TF 4A_417/2017 du 14 mars 2018, c. 5.3.3 et références citées.

à laquelle une convention de prorogation de for attribue une compétence exclusive est saisie, toute juridiction d'un autre État membre sursoit à statuer jusqu'à ce que la juridiction saisie sur le fondement de la convention déclare qu'elle n'est pas compétente en vertu de la convention. Une réserve à cette exception est faite dans un but de protection de la partie faible aux contrats d'assurance, de consommation et de travail (art. 31 al. 4 Règlement Bruxelles Ibis). En donnant la priorité au tribunal élu, le Règlement Bruxelles Ibis accroît l'efficacité des clauses d'élection de for exclusives et renforce ainsi l'autonomie des parties[194].

e. Effets pour le tribunal dérogé

Au sens de l'art. 23 al. 3 CL, lorsqu'aucune des parties n'est domiciliée dans un État partie, mais qu'elles conviennent tout de même d'une prorogation de for en faveur d'un tribunal de l'un des États parties, aucun des autres États parties ne peut connaître du différend tant que le tribunal prorogé n'a pas décliné sa compétence[195]. Cette disposition ne s'exprime pas sur la validité d'une telle clause ni sur la question de savoir si le tribunal élu doit admettre sa compétence (ces questions relèvent du droit interne, *lex fori*); cette clause garantit cependant que l'effet négatif de rattachement (effet de dérogation) sera observé dans tous les États contractants[196].

La Convention ne contient pas de règle lorsque les parties ont convenu d'une prorogation en faveur d'un État tiers; qu'en est-il si, dans cette hypothèse, l'une d'entre elles saisit le tribunal d'un État contractant en dépit de ladite clause et que le défendeur soulève l'exception d'incompétence? La déférence donnée à l'autonomie des parties devrait inciter le tribunal saisi à examiner la validité de cette clause d'après le droit qui lui est applicable selon ses propres règles de conflit de lois[197] et à la respecter si elle est conforme aux conditions de forme de l'art. 23 CL et qu'elle ne contrevient pas à un for impératif/exclusif ou semi-impératif de la Convention[198].

IV. La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for

Dans les années quatre-vingt-dix, l'Académie de la Haye développa le projet ambitieux d'une convention mondiale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, qui impliquait une harmonisation des règles de conflits de

194 Préambule (22) du Règlement Bruxelles Ibis; KRAMER/THEMELI (note 4), p. 42.
195 CR LDIP/CL-BUCHER, art. 23 CL N 2.
196 MESSAGE CL 1990 (note 131), p. 314.
197 CJCE, arrêt du 9 novembre 2000, Coreck Maritime/Handlesveem (C-387/98), c. 19.
198 PACO GARCIMARTIN, Prorogation of jurisdiction, *in*: Andrew Dickinson/Eva Lein (éd.), The Brussels I Regulation Recast, Oxford 2015, N 9.15.

juridiction[199]. Cette tentative échoua compte tenu de la trop grande diversité des systèmes juridiques. Néanmoins, une partie de ce projet se poursuivit grâce au soutien notamment de la Chambre de commerce internationale et de ses membres, qui appelaient de leurs vœux un instrument complémentaire à la Convention de New York de 1958 pour les clauses d'élection de for, ceci afin de promouvoir le commerce et les investissements internationaux en renforçant la coopération judiciaire.

Cet instrument prit la forme de Convention de La Haye sur les accords d'élection de for, laquelle est entrée en vigueur le 1er octobre 2015[200]. La Suisse n'y est pas (encore) partie. Néanmoins, cette Convention mérite quelques développements compte tenu de sa portée et de son but.

La Convention de La Haye s'applique, dans des situations internationales, aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile et commerciale (art. 1). Elle exclut de son champ d'application les contrats de travail et ceux impliquant un consommateur (art. 2 al. 1), ainsi que les (nombreuses) matières énumérées à son art. 2 al. 2, notamment l'arbitrage. La situation internationale est définie à l'art. 1 al. 2: les parties ne doivent pas résider dans le même État contractant et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu du tribunal élu, ne doivent pas être liés uniquement à cet État. La condition d'extranéité devrait être remplie au moment de la conclusion de l'accord[201].

L'art. 26 de la Convention de La Haye régit les rapports avec d'autres instruments internationaux, notamment le Règlement de Bruxelles Ibis et la Convention de Lugano; cette disposition énonce des règles complexes d'articulation ainsi qu'une directive d'interprétation pour inviter les tribunaux à interpréter la Convention dans un sens qui la rende compatible avec d'autres traités[202].

La notion d'accord exclusif d'élection de for est définie à l'art. 3 let. a de la Convention: il s'agit d'un accord entre deux ou plusieurs parties, conclu ou documenté par écrit ou par tout autre moyen qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement, et qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un État contractant, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal. L'accord est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire (art. 3 let. b). Il est indépendant du contrat principal (art. 3 let. d).

---

199 Andreas Bucher, Vers une convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers, SJ 2000 I p. 77 ss; Johannes Landbrecht, The Hague Conference on private international law: shaping a global framework for party autonomy, I.B.L.J. 2017/1, p. 37.

200 A ce jour, le Mexique, l'Union Européenne (et ses États membres) et Singapour sont parties à la Convention; les États-Unis, la Chine et le Monténégro l'ont signée, sans pour autant la ratifier (état de la Convention disponible sur https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=98, consulté le 4 avril 2018).

201 Dutoit (note 30), art. 5 LDIP N 18, p. 33.

202 Andreas Bucher, La Convention de La Haye sur les accords d'élection de for, RSDIE 2006, p. 55; Dutoit (note 30), art. 5 LDIP N 18, p. 37 s.

Les accords asymétriques, par lesquels une partie ne peut agir que devant le tribunal désigné et l'autre partie garde la possibilité de saisir d'autres tribunaux, ne sont pas considérés comme exclusifs aux fins de la Convention de La Haye[203].

En vue d'assurer l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for, trois principes doivent être respectés: en premier lieu, le tribunal élu est compétent pour connaître du litige et ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige ou qu'il a été saisi en premier (litispendance) (art. 5 al. 2); la Convention de La Haye exclut le principe du *forum non conveniens*[204]. Néanmoins, un État peut faire une réserve et déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de connaître des litiges auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige (art. 19).

Deuxièmement, un tribunal autre que le tribunal élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir lorsqu'il est saisi d'un litige soumis à un accord exclusif d'élection de for, sauf si l'une des exceptions prévue par la Convention s'applique (art. 6).

Finalement, le jugement rendu par le tribunal élu est reconnu et exécuté dans les autres États contractants conformément aux art. 8 et suivants de la Convention.

La Convention de La Haye pose des conditions de validité formelle et matérielle aux art. 3 et 5; elle prévoit en outre divers critères de rattachement pour déterminer le droit applicable aux questions qu'elle ne règle pas expressément. Ainsi, le tribunal élu déclinera sa compétence si l'accord d'élection exclusive de for est nul selon le droit de l'État du tribunal élu, par exemple en raison d'un vice du consentement (art. 5 al. 1). Le droit de l'État du tribunal élu inclut les règles de conflit de lois de cet État[205]. Cette règle est similaire à celle de l'art. 25 al. 1 du Règlement de Bruxelles Ibis, qui s'en est inspiré, et soulève les mêmes critiques[206].

Le tribunal non élu qui serait néanmoins saisi sursoit à statuer ou se dessaisit à moins que l'accord soit nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu, ou que donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public du tribunal saisi (art. 6 let. a et b).

---

203 Trevor Hartley/Masato Dogauchi, Rapport explicatif de la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, La Haye 2013, p. 810 N 105 s.

204 Hartley/Dogauchi (note 203), p. 790 N 3.

205 Hartley/Dogauchi (note 203), p. 814 N 125.

206 Paul Beaumont, Hague Choice of Court Agreements Convention 2005: Background, Negotiations, Analysis and Current Status, Journal of Private International Law, 2009 (5)/1, p. 137 ss. Sur l'art. 25 al. 1 du Règlement de Bruxelles Ibis, voir *supra* p. 114 s.

C. Autonomie des parties et conventions d'arbitrage

I. Portée et objectifs des conventions d'arbitrage dans les contrats internationaux

L'arbitrage, voie juridictionnelle privée qui repose sur la volonté des parties d'investir de simples particuliers de la mission de trancher un litige de droit privé en lieu et place des juridictions étatiques[207], est la concrétisation la plus aboutie de l'autonomie des parties en procédure.

Dans le commerce international, l'arbitrage constitue depuis de nombreuses années le mode de résolution des conflits de prédilection en raison de la liberté reconnue aux parties de façonner «leur» procédure comme il leur sied[208]. Les avantages traditionnellement reconnus de l'arbitrage sont nombreux: les parties sont libres notamment d'élire des arbitres disposant de connaissances ou d'expertise spécifiques, de choisir le siège de l'arbitrage, la langue de la procédure et les règles de procédure applicables, tout en bénéficiant d'un anonymat qui fait défaut aux procédures étatiques[209]. Elles ont également la possibilité de choisir le droit applicable au litige soumis au tribunal arbitral, ou encore d'autoriser ce dernier à le trancher en équité[210].

Cette liberté accordée aux parties de façonner un mode de règlement des litiges sur mesures a contribué grandement au développement du commerce international. Historiquement, un autre argument décisif en faveur de l'arbitrage était l'absence, sur le terrain international, de règles universellement acceptées en matière de for judiciaire, auquel s'ajoutait un sentiment de défiance envers les tribunaux étrangers[211].

À l'heure actuelle, si les avantages de l'arbitrage international par rapport aux juridictions étatiques sont bien réels, des critiques se font régulièrement entendre quant à la longueur des procédures, l'explosion des coûts, la mauvaise qualité des sentences ou le rôle tout puissant des arbitres, poussant les parties à la recherche de solutions alternatives à l'arbitrage[212]. En dépit de ces insatisfac-

---

207 Pierre Jolidon, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Berne 1984, p. 28.

208 Walther J. Habscheid, L'arbitrage international, avant tout celui selon le règlement de la Chambre de Commerce Internationale et l'autonomie des parties: quelques considérations, *in*: Le rôle de la volonté dans les actes juridiques – Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg, Bruxelles 2000, p. 453.

209 Bernhard Berger/Franz Kellerhals, International and domestic arbitration in Switzerland, 3ème éd., Berne 2015, N 11.

210 Art. 187 al. 1 et 2 LDIP; ATF 107 Ib 63, c. 2a; Burckhardt, *in*: Arbitration in Switzerland, art. 187 LDIP N 63 ss; CR LDIP/CL-Bucher, art. 187 LDIP N 54 ss; Dutoit (note 30), art. 187 LDIP N 10.

211 Message du Conseil fédéral du 20 juin 1927 concernant l'approbation du Protocole relatif aux clauses d'arbitrage du 24 septembre 1923 (FF 1927 I 872), p. 872.

212 Pierre-Yves Tschanz, Vers un arbitrage international préventif?, RDS II 2002, p. 14 ss. Voir aussi ATF 142 III 296, c. 2.3.1, sur le succès des méthodes alternatives de règlements des litiges en Europe et en Suisse, qui sont parfois des préalables obligatoires à l'arbitrage. Le non-respect

tions, l'arbitrage reste une voie juridictionnelle prisée par les acteurs du commerce international.

L'apport de l'arbitrage au développement du commerce international a été reconnu et encouragé dès le début du siècle dernier par divers instruments élaborés dans l'intention de faciliter l'exécution internationale des sentences arbitrales de droit privé et de développer la juridiction arbitrale[213]. La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 (ci-après, la «CNY» ou «Convention de New York») a joué un rôle déterminant dans ce développement. En outre, de nombreux organismes privés ou paraétatiques ont édicté des règlements uniformes d'arbitrage et les États ont adopté diverses lois nationales en vue de renforcer l'arbitrage international. En Suisse, le concordat intercantonal sur l'arbitrage de 1969 (également appliqué aux procédures internationales d'arbitrage se déroulant en Suisse) fut remplacé par la LDIP de 1987; son chapitre 12 est toujours considéré au plan international comme une loi sur l'arbitrage «remarquable et innovante»[214].

Si l'autonomie des parties constitue la clé de voûte de l'arbitrage international et est reconnue comme telle par tous les traités et lois précités, il n'en reste pas moins qu'elle s'exerce dans un cadre juridique défini dont elle ne saurait entièrement s'abstraire. L'autonomie des parties resterait inefficace sans la garantie et la sécurité du droit qui offrent les moyens de la faire respecter et confèrent aux sentences arbitrales la même valeur qu'aux jugements des tribunaux étatiques. Par ailleurs, dans un État de droit, cette autonomie n'est pas illimitée; certaines exigences légales doivent être respectées, dans l'intérêt général et celui des particuliers. L'autonomie des parties trouve ainsi ses limites dans certaines dispositions impératives du système juridictionnel auquel l'arbitrage est rattaché[215]. En outre, une certaine coopération demeure nécessaire entre le tribunal arbitral et le tribunal étatique, notamment en ce qui concerne le rôle du juge d'appui ou pour coordonner des procédures parallèles. Cette coordination est, par essence, le fait du législateur.

Les lois sur l'arbitrage s'efforcent de trouver un équilibre entre ces principes parfois contradictoires au gré de l'évolution de la pratique commerciale. La révision du chapitre 12 LDIP vise à moderniser la loi suisse et à renforcer l'attrait de la place arbitrale suisse sur le plan international en renforçant l'autonomie des parties. Cet élan de modernisation est généralisé dans les États et les institu-

---

de cette procédure préalable peut faire l'objet d'un recours au TF selon l'art. 190 al. 2 let. b LDIP et entraîner la suspension de la procédure d'arbitrage (même arrêt).

213 Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 26 septembre 1927; Protocole relatif aux clauses d'arbitrage du 24 septembre 1923, RS 0.277.111.

214 Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international) du 11 janvier 2017, p. 7.

215 ATF 143 III 578, c. 3.2.2.1.

tions arbitrales, qui se livrent à une certaine compétition pour attirer un marché lucratif[216].

Nous passerons en revue ci-après la portée et la fonction du principe d'autonomie des parties dans les conventions d'arbitrage soumises à la LDIP, à l'instar de l'analyse effectuée dans la partie sur les conventions d'élection de for.

II. Les conventions d'arbitrage dans la LDIP

1. Généralités

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LDIP en 1989, l'arbitrage international était régi par les lois cantonales de procédure civile et par le Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969. Ces lois n'ont pas évolué simultanément au développement du commerce international et manquaient souvent de réponses aux questions spécifiques liées à l'arbitrage international[217]. Le législateur suisse a ainsi décidé de codifier cette matière afin d'offrir une plus grande sécurité juridique et de renforcer la visibilité de la Suisse en matière d'arbitrage international.

2. Nature des clauses compromissoires et droit applicable

La convention d'arbitrage, tout comme la convention d'élection de for, est un contrat attributif de juridiction. Elle se définit comme un accord par lequel deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables s'entendent pour confier à un tribunal arbitral ou à un arbitre unique, en lieu et place du tribunal étatique qui serait compétent, la mission de rendre une sentence à caractère contraignant sur un ou des litiges existants (compromis arbitral) ou futurs (clause compromissoire) résultant d'un rapport de droit déterminé[218].

La convention d'arbitrage est une stipulation autonome, indépendante du contrat principal. Ce principe, reconnu de longue date[219], est consacré par l'art. 178 al. 3 LDIP. Cette disposition prévoit que la validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée au motif que le contrat principal ne serait pas valable. La résiliation du second ou son expiration n'affecte pas la validité de la première[220]. La liberté contractuelle permet toutefois aux parties de stipuler le contraire[221].

---

216 Rapport LDIP 2017 (note 214), p. 15.

217 CR LDIP/CL-Bucher, Intro. Art. 176–194 LDIP N 10; Message LDIP 1982 (note 5), p. 443 s.

218 Parmi beaucoup d'autres arrêts, voir ATF 142 III 239, c. 3.3.1.

219 ATF 142 III 239, c. 3.2.1 et références citées; ATF 59 I 177; BSK IPRG-Gränicher, art. 178 IPRG N 90; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 178 LDIP N 185 ss.

220 ATF 140 III 134, c. 3.3.3.

221 ATF 121 III 495, c. 5a.

Le principe de l'autonomie de la clause arbitrable n'est pas applicable lorsque la cause de nullité du contrat principal affecte également la clause compromissoire qui y est contenue; il en va ainsi lorsque la volonté de l'une des parties était entachée d'un vice du consentement, tel que la crainte fondée; le même principe s'applique d'ailleurs en matière d'élection de for[222].

L'art. 178 LDIP règle les exigences de forme de la convention d'arbitrage à son 1er alinéa et détermine à son 2ème alinéa le droit applicable à l'examen de la validité quant au fond de la clause compromissoire, notamment sa conclusion, sa portée et son extinction[223]. À cet égard, la clause est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi pour la convention d'arbitrage (pour autant qu'il soit distinct de celui qui régit le contrat principal)[224], soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal *(lex causae)*, soit encore le droit suisse *(lex fori)* (art. 178 al. 2 LDIP).

Le législateur a ainsi prévu trois rattachements possibles afin de favoriser l'autonomie des parties. Le choix entre ces trois alternatives doit se faire selon le principe *in favor validitatis*, soit en examinant la clause à l'aune d'un droit qui favorisera sa validité. Dès lors qu'il suffit que la clause soit valable au fond au regard d'un seul de ces trois droits, elle ne sera invalidée que lorsque les trois droits potentiellement applicables mènent à son annulation[225].

En revanche, l'art. 178 LDIP ne dit rien des caractéristiques essentielles ni du contenu nécessaire de la convention d'arbitrage. La nature et le but de la convention d'arbitrage exigent que les parties s'accordent pour soumettre un différend déterminé, présent ou futur, à un tribunal arbitral qui tranchera de manière contraignante. Par ailleurs, une condition générale de la validité d'une convention d'arbitrage est sa clarté et sa précision quant à la juridiction privée, c'est-à-dire que le tribunal appelé à statuer sur le litige doit être déterminé de manière non équivoque ou en tout cas déterminable[226]. Les clauses peu claires, contradictoires ou incomplètes sont considérées comme pathologiques et doivent être interprétées et comblées selon les principes généraux applicables aux déclarations de volonté des parties et la jurisprudence fédérale.

Les rattachements alternatifs de l'art. 178 al. 2 LDIP s'appliquent aussi en matière d'interprétation de la convention d'arbitrage[227]. En vertu du droit suisse, la convention d'arbitrage s'interprète selon l'art. 18 CO, en recherchant tout d'abord la réelle et commune intention des parties. Si la volonté réelle des parties

---

222 ATF 121 III 495, c. 6.

223 ATF 130 III 66, c. 3.1; TF 4A_34/2016 du 24 avril 2017, c. 3.4.2; BSK IPRG-Gränicher, art. 178 IPRG N 25; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 178 LDIP N 85; Dutoit (note 30), art. 178 LDIP N 9.

224 ATF 129 III 675, c. 2.3.

225 ATF 129 III 727, c. 5.3.2; BSK IPRG-Gränicher, art. 178 IPRG N 24; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 178 LDIP N 72 ss; Message LDIP 1982 (note 5), p. 448.

226 ATF 130 III 66, c. 3.1.

227 TF 4A_34/2016 du 25 avril 2017, c. 3.4.2; Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, International arbitration – Law and Practice in Switzerland, Oxford 2015, N 3.79.

ne peut pas être établie, il convient de rechercher leur volonté présumée, sur la base du principe de la confiance[228], soit dans le sens que le destinataire devait prêter à ladite clause, de bonne foi, d'après l'ensemble des circonstances[229].

Par ailleurs, le Tribunal fédéral a énoncé certaines règles d'interprétation *spécifiques aux conventions d'arbitrage*. Les éléments objectivement essentiels d'une convention d'arbitrage sont l'intention des parties de se soumettre à une juridiction privée et la détermination de l'objet du différend arbitrable[230]. En cas de doute quant à la volonté des parties de se soumettre à une juridiction privée, une interprétation restrictive s'impose, notamment en raison du fait que la procédure d'arbitrage entraîne des frais plus élevés pour les parties et que les voies de recours sont fortement restreintes[231]. En d'autres termes, la volonté présumée des parties de se soumettre à l'arbitrage ne doit pas être admise trop facilement; si l'interprétation ne permet pas d'établir cette volonté, la clause est nulle et inefficace. Certains auteurs considèrent cette approche comme injustifiée, à notre avis à tort, au motif que l'arbitrage offrirait de meilleures garanties de neutralité et d'efficacité que les juridictions étatiques[232].

En revanche, une fois la volonté d'arbitrer admise, l'interprétation restrictive ne se justifie plus; si d'autres éléments sont peu clairs, la convention doit être interprétée selon le principe d'utilité, dans un sens qui sauvegarde sa validité[233]. Il convient même de partir de l'idée que les parties souhaitaient conférer au tribunal arbitral une compétence globale *(umfassend)*[234]. Si la clause a un contenu partiellement impossible, par exemple parce que les parties ont désigné une institution incompétente, il convient de compléter la convention d'arbitrage selon la volonté hypothétique des parties et conformément à l'art. 20 al. 2 CO, selon ce que les parties auraient convenu si elles avaient eu connaissance de la nullité partielle lors de la conclusion du contrat[235].

---

228 ATF 140 III 134, c. 3.1; ATF 138 III 29 (le TF pose la question de savoir si l'interprétation est régie par le droit étranger, mais applique le droit suisse en référence à l'art. 178 al. 2 LDIP); ATF 130 III 66, c. 3.2 et références citées.

229 ATF 142 III 239, c. 5.2.1; TF 4A_136/2015 du 15 septembre 2015, c. 2.2.2, dans lequel le TF rappelle les principes d'interprétation d'une convention d'arbitrage et conclut que le caractère international du contrat peut être un indice de la volonté des parties d'avoir souhaité se soustraire aux juridictions étatiques, «l'arbitrage [tendant] à devenir la justice de droit commun du commerce international», tout comme le choix de Genève, laquelle est une place d'arbitrage connue (c. 2.2.3).

230 ATF 138 III 29, c. 2.1.

231 ATF 143 III 558, c. 4.1.2; ATF 140 III 134, c. 3.2; ATF 129 III 675, c. 2.3. On rappellera que le recours en matière civile contre une sentence arbitrale internationale est limité aux griefs énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP et que le Tribunal fédéral examine uniquement les griefs invoqués et motivés (art. 77 al. 3 LTF).

232 Sébastien Besson/Julia Anne Xoudis, Conventions d'arbitrage pathologiques: la volonté d'arbitrer peut-elle tout guérir?, *in*: Jacques Python/Wolfgang Peter, L'éclectique juridique: recueil d'articles en l'honneur de Jacques Python, Berne 2011, p. 211 et références citées.

233 ATF 130 III 66, c. 3.2; TF 4A_136/2015 du 15 septembre 2015, c. 2.2.2.

234 ATF 140 III 134, c. 3.2; ATF 138 III 681, c. 4.4 et références.

235 ATF 143 III 558, c. 4.1.2; ATF 138 III 29, c. 2.3.3 et références citées.

3. *Champ d'application territorial et temporel*

Le caractère international de l'arbitrage est donné, entraînant l'application du chapitre 12 LDIP, lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse au sens de l'art. 20 LDIP[236]. Le critère décisif pour l'application du chapitre 12 est donc le domicile à l'étranger de l'une des parties à la convention d'arbitrage. Le législateur entendait favoriser un critère précis et aisément utilisable pour définir l'internationalité de l'arbitrage[237].

Le Tribunal fédéral a considéré que lorsqu'une convention d'arbitrage a été conclue entre plusieurs parties, dont certaines ont un siège à l'étranger, mais que la procédure d'arbitrage n'implique que les parties domiciliées en Suisse, le chapitre 12 ne s'applique pas. En d'autres termes, seule importe la position de partie *à la procédure d'arbitrage*; si les deux parties à la procédure avaient toutes deux leur domicile en Suisse lors de la conclusion de la convention d'arbitrage, l'arbitrage n'est pas international, quand bien même d'autres personnes ou sociétés ayant leur domicile ou siège à l'étranger, seraient cosignataires de la convention d'arbitrage[238].

Cet arrêt a été à juste titre unanimement critiqué par la doctrine, dès lors qu'il engendre une grande insécurité pour les parties puisque le droit applicable à l'arbitrage ne peut être déterminé qu'au moment où une procédure concrète est ouverte[239]. Pour ces raisons, l'avant-projet de révision du chapitre 12 entend préciser l'art. 176 al. 1 LDIP en ce sens qu'au moins l'une des parties *à la convention d'arbitrage* avait son siège à l'étranger au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage[240].

Lorsque les parties à la convention d'arbitrage remplissent les conditions de l'art. 176 al. 1 LDIP lors de la conclusion de l'accord, mais que la partie à l'étranger transfère son siège en Suisse postérieurement à la conclusion de la clause compromissoire, le chapitre 12 reste applicable[241].

Les parties qui remplissent les conditions de l'art. 176 al. 1 LDIP peuvent convenir d'exclure l'application du chapitre 12 LDIP au profit de la troisième partie du CPC (art. 176 al. 2 LDIP), soit dans la convention d'arbitrage elle-même, soit dans une convention ultérieure.

---

236 TF 4P.188/2001 du 15 octobre 2001, c. 1b; CR LDIP/CL-Bucher, art. 176 LDIP N 19.

237 Message LDIP 1982 (note 5), p. 445.

238 TF 4P.54/2002 du 24 juin 2002, c. 3. Le TF a résumé les critiques formulées contre cette jurisprudence dans l'arrêt TF 4A_143/2015 du 14 juillet 2015, c. 1.1, sans toutefois se prononcer plus avant sur ces critiques en l'espèce.

239 Voir notamment BSK IPRG-Pfiffner/Hochstrasser, art. 176 IPRG N 39; Philippin (note 48), p. 409; Rapport LDIP 2017 (note 214), p. 8 s. et références citées.

240 Rapport LDIP 2017 (note 214), p. 8 s.

241 CR LDIP/CL-Bucher, art. 176 LDIP N 23; Dutoit (note 30), art. 176 LDIP N 13.

Les dispositions de droit transitoire de l'art. 196 LDIP s'appliquent également au chapitre 12 de la LDIP consacré à l'arbitrage international[242].

4. *Conditions formelles*

L'art. 178 al. 1 LDIP pose des exigences de forme: la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par le texte. Elle peut être insérée dans un contrat ou conclue pour elle-même, de façon autonome, après la survenance du litige.

La forme particulière visée par cette disposition est une condition de validité de la convention d'arbitrage. Elle vise à éviter toute incertitude quant au choix des parties d'opter pour ce type de justice privée, qui implique une renonciation au juge naturel et aux moyens de recours existants dans une procédure étatique[243].

L'art. 178 al. 1 LDIP pose une règle matérielle de droit international privé. Lorsque les parties fixent le siège de l'arbitrage en Suisse, la validité formelle de la convention d'arbitrage est impérativement soumise à cette disposition; les parties ne peuvent pas soumettre la validité formelle à un autre droit, même si elles choisissent une loi étrangère pour régir la procédure arbitrale[244]. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si les parties pouvaient convenir d'une forme plus contraignante que celle de l'art. 178 al. 1 LDIP, par exemple en subordonnant la validité de leur convention d'arbitrage à la signature de toutes les parties[245].

La réponse, à nos yeux, doit être affirmative, à la lumière du principe d'autonomie de la volonté; les parties doivent être libres de renforcer les conditions formelles de leur accord lorsque leur choix est conforme au but de protection visé par l'art. 178 al. 1 LDIP.

L'art. 178 al. 1 LDIP pose des exigences de forme simplifiée similaires à celles de l'art. 5 LDIP, de sorte qu'on peut renvoyer aux explications y relatives, y compris en ce qui concerne l'incorporation dans des conditions générales[246].

L'avant-projet de révision du chapitre 12 considère néanmoins que ces exigences ne sont plus conformes aux pratiques ni aux attentes des acteurs au niveau international. En vue de renforcer l'autonomie des parties, il propose que ces conditions de forme puissent n'être remplies que par l'une seule des parties (art. 178 al. 1 2ème phrase AP-LDIP)[247]. Une convention d'arbitrage serait ainsi

---

242 ATF 119 II 177, c. 3a.

243 ATF 142 III 239, c. 3.3.1; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 178 LDIP N 25 s.

244 ATF 142 III 239, c. 3.3.1 et références doctrinales citées.

245 ATF 142 III 239, c. 3.3.1.

246 Sur les conditions de forme de l'art. 5 LDIP, voir *supra* p. 102 s.

247 L'art. 178 al. 1 AP-LDIP a la teneur suivante: Quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit ou par tout autre moyen de communication qui permet d'en ob-

valable si elle est contenue dans un contrat dont la validité n'est soumise à aucune forme mais qui est exécuté par l'autre partie, si l'exécution du contrat a valeur d'acceptation tacite en vertu de l'un des droits prévus par l'art. 178 al. 2 LDIP[248].

Par ailleurs, une clause compromissoire pourrait figurer dans un acte unilatéral (par exemple un testament) si cet acte est valable conformément au droit auquel il est soumis (art. 178 al. 4 AP-LDIP).

5. *Conditions matérielles*

Les conditions de fond auxquelles est subordonnée la validité d'une convention d'arbitrage portent sur l'arbitrabilité du litige, la désignation des rapports soumis à l'arbitrage, la désignation des arbitres et celle du siège. En cas de désaccord entre les parties, le tribunal devra interpréter les déclarations des parties pour dégager leur volonté concordante et réelle, selon les principes déjà évoqués.

a. *Arbitrabilité*

Une question centrale est de déterminer quels litiges peuvent être soumis à la juridiction privée et lesquels sont réservés aux juridictions étatiques[249]. L'arbitrabilité constitue à la fois une condition matérielle de la validité de la convention d'arbitrage (toute convention qui porte sur des litiges non arbitrables est nulle)[250] et une restriction au principe d'autonomie de la volonté, puisque certains différends ne peuvent être soumis à la juridiction privée.

L'arbitrabilité subjective vise la capacité des parties de conclure une convention d'arbitrage (arbitrabilité *ratione personae*)[251]. Le droit suisse est très libéral puisqu'il n'empêche aucune catégorie de parties de recourir à l'arbitrage de façon générale[252].

L'arbitrabilité objective désigne les causes susceptibles d'être tranchées par la voie de l'arbitrage. En matière internationale, l'art. 177 al. 1 LDIP prévoit que toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. Il s'agit d'une règle matérielle de droit international privé; lorsque le siège du tribunal arbitral se situe en Suisse, l'arbitrabilité s'examine selon l'art. 177 al. 1 LDIP exclusivement, soit selon la *lex arbitri*[253], sans tenir compte d'éventuelles disposi-

---

tenir la preuve par un texte. Cette condition est réputée satisfaite même si elle n'est remplie que par une seule des parties à la convention d'arbitrage.

248 Rapport LDIP 2017 (note 214), p. 18.

249 ATF 118 II 193, c. 5c/aa; voir aussi CR LDIP/CL-Tschanz, art. 177 LDIP N 1; Bernard Hanotiau, L'arbitrabilité, RCADI 296, Leiden 2002, p. 39; Eleanor McGregor, L'arbitrage en droit public suisse – Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement, Genève 2015, N 771.

250 CR LDIP/CL-Tschanz, art. 177 LDIP N 8.

251 ATF 118 II 353, c. 3a.

252 Jolidon (note 207), p. 118 s.

253 ATF 118 II 193, c. 5c; Berger/Kellerhals (note 209), N 190.

tions impératives du lieu d'exécution. Il appartient aux parties qui optent pour un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse de prendre en compte le risque lié à une éventuelle non reconnaissance de la sentence à l'étranger[254]. Les parties ne peuvent soumettre l'arbitrabilité à une autre loi. Chaque État a en effet un intérêt légitime à déterminer quels litiges il entend laisser à l'arbitrage[255].

La notion de nature patrimoniale est la même qu'à l'art. 5 LDIP; elle diffère de la notion de libre disposition de la prétention en cause, utilisée à l'art. 354 CPC, qui dépend du droit matériel applicable aux rapports de droit soumis à l'arbitrage[256].

Selon la jurisprudence fédérale, tombent sous le coup de l'art. 177 al. 1 LDIP toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire, à titre d'actif ou de passif, autrement dit les droits qui présentent, pour l'une au moins des parties, un intérêt pouvant être apprécié en argent[257].

Au surplus, et même si une prétention est de nature pécuniaire au sens de l'art. 177 al. 1 LDIP, il peut exceptionnellement arriver qu'elle soit qualifiée de non arbitrable. Tel est notamment le cas lorsqu'une disposition (suisse ou étrangère) attribue impérativement ladite prétention à une autorité étatique[258]. À titre d'exemple, les actions qui relèvent de la pure exécution forcée, comme l'action en mainlevée de l'opposition, ne sauraient faire l'objet d'un arbitrage[259].

Sous l'angle de l'ordre public, des dispositions d'un État étranger exigeant impérativement qu'une prétention soit soumise aux juridictions étatiques peuvent justifier une dérogation à l'art. 177 al. 1 LDIP, mais celle-ci ne peut être admise sans autre et elle ne peut simplement reposer sur le fait que la sentence ne sera pas reconnue dans cet État[260].

---

254 TF 4A_388/2012 du 18 mars 2013, c. 3.3 et références citées. Le défaut d'arbitrabilité selon le droit de l'État d'exécution entraîne la non-reconnaissance de la sentence selon l'art. V ch. 2 let. a CNY.

255 Berger/Kellerhals (note 209), N 190 s.

256 TF 4A_7/2018 du 18 avril 2018, c. 2.2.2. et c. 2.3.2; ATF 118 II 353, c. 3b.

257 ATF 118 II 353, c. 3b.

258 ATF 118 II 193, c. 5c/aa.

259 ATF 136 III 583, c. 2.1 et références citées.

260 TF 4A_388/2012 du 18 mars 2013, c. 3.3; Irma Ambauen, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG, Zurich 2016, N 364; Julie Bertholet/Pierre-Alain Killias, La création de juridictions spécialisées: l'exemple du Tribunal fédéral des brevets, *in*: Jacques de Werra (éd.), La résolution des litiges de propriété intellectuelle – Actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 8 février 2010, Zurich 2010, p. 124; CHK IPRG-Furrer/Girsberger/Ambauen, art. 176–178 IPRG N 10; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 177 LDIP N 20; François Knoepfler/Philippe Schweizer/Simon Othenin-Girard, Droit international privé suisse, 3ème éd., Berne 2004, N 762. C'est à la lumière de ces principes que les tribunaux arbitraux ayant leur siège en Suisse et, cas échéant, le TF sur recours, devront déterminer la portée de l'arrêt récent de la CJUE en matière d'arbitrage d'investissement. La CJUE a constaté que le droit de l'Union européenne est incompatible avec une disposition contenue dans un TBI conclu entre deux États membres qui prévoit qu'un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral (CJUE, arrêt du 6 mars 2018, Slowakische Republik/Achmea BV (C-284/16)). La question est ouverte de savoir si cette décision affecte l'arbitrabilité de ces différends en Suisse.

L'art. 177 al. 1 LDIP ne réserve pas les compétences exclusives des tribunaux étatiques (contrairement à l'art. 5 de l'ancien Concordat suisse sur l'arbitrage)[261], de sorte que sous réserve de l'ordre public, les parties peuvent conclure une convention d'arbitrage pour des litiges soumis à des règles de compétence exclusive s'ils étaient portés devant les juridictions étatiques[262]. Il en découle que les litiges soumis à un for impératif ou exclusif selon les dispositions de la LDIP ou de la CL, qui ne peuvent pas faire l'objet de convention d'élection de for ou qu'à des conditions très limitées, peuvent en revanche faire l'objet d'un arbitrage[263]. Cette différence de traitement s'explique généralement par le fait que l'arbitrage est une procédure suffisamment autonome et détachée des ordres juridiques pour ne pas être limitée par des restrictions ayant trait aux compétences étatiques. En renonçant à la juridiction étatique, les parties renoncent également au droit du for des tribunaux étatiques[264].

Il résulte de ce qui précède que les litiges de consommation, à titre d'exemple, sont arbitrables, tant sur le plan interne que du point de vue international[265]. Une convention d'arbitrage pourrait ainsi être intégrée dans des conditions générales de vente, aux conditions posées par l'art. 178 al. 1 LDIP. Toutefois, elle constituera, selon les cas, une clause insolite[266], qui impose au cocontractant d'attirer l'attention du consommateur sur ladite clause, voire une clause abusive au sens de l'art. 8 LCD si elle opère, au détriment du consommateur[267], un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations résultant du contrat de manière contraire aux règles de la bonne foi[268]. Dans ce dernier cas, elle sera frappée de nullité[269].

---

261 ATF 118 II 353, c. 3a.

262 BSK IPRG-Jegher/Vasella, art. 109 IPRG N 8z; CR LDIP/CL-Ducor, art. 109 LDIP N 50; Jeandin (note 78), p. 105 s.

263 Berger/Kellerhals (note 209), N 218.

264 CR LDIP/CL-Tschanz, art. 177 LDIP N 17; ATF 136 III 467, c. 4.4 (sur l'arbitrage interne).

265 Berger/Kellerhals (note 209), N 247 ss, 257.

266 Anne-Christine Fornage, La mise en œuvre des droits du consommateur contractant, Berne 2011, N 963. Est insolite une clause qui «modifie de manière essentielle la nature [du contrat] ou sort notablement du cadre légal d'un type de contrat» (ATF 135 III 225, c. 1.3, JdT 2009 I 475); voir également ATF 119 II 443, c. 1a; ATF 108 II 416, c. 1b.

267 Selon Pichonnaz, «la notion de consommateur au sens de l'art. 8 LCD doit être interprétée largement [...], dans le sens de l'art. 2 al. 2 OIP, à savoir comme toute personne physique ou morale qui achète une marchandise ou une prestation de service à des fins qui sont de manière prépondérante sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle» (CR LCD-Pichonnaz, art. 8 LCD N 137). Cette définition de consommateur est donc plus large que la définition en matière procédurale donnée par les art. 32 al. 2 CPC et 120 al. 1 LDIP.

268 ATF 135 III 1, c. 2.2; François Bohnet, Les clauses procédurales abusives, *in*: François Bohnet (éd.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Neuchâtel 2012, N 71; BSK UWG-Thouvenin, art. 8 UWG N 57; voir également CR LCD-Pichonnaz, art. 8 LCD N 119, qui peine «à croire que l'on puisse considérer une clause comme insolite sans admettre qu'elle soit aussi abusive» .

269 Message du 2 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (FF 2009 5539), p. 5568; Susanna Gut, Schiedsgerichtsbarkeit: Eine Streitbeilegungsmethode für Anlegerstreitigkeiten, Zurich 2014, p. 112.

L'art. 3 par. 1 de la Directive européenne 93/13/CEE, qui a servi de modèle à la modification de l'art. 8 LCD[270], contient en annexe une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives. Selon sa lettre q, les clauses ayant pour objet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, peuvent être considérées comme abusives[271].

Tel peut être le cas si le consommateur est découragé de faire valoir ses prétentions. Pour juger de l'existence d'un abus, il convient de prendre en considération le siège de l'arbitrage, les coûts prévisibles de celui-ci, la procédure prévue et la composition envisagée pour le tribunal arbitral[272].

D'autres législations nationales prévoient des conditions de forme ou matérielles plus strictes que celles du droit suisse, limitant ainsi les possibilités de recourir à l'arbitrage dans des litiges de consommation[273].

b. Désignation des rapports soumis à l'arbitrage

La convention d'arbitrage doit désigner l'objet du litige; du moins faut-il que celui-ci soit déterminable. En outre, le litige doit être lié à une relation contractuelle ou non, existante ou future; les parties ne peuvent pas s'engager à soumettre à l'arbitrage tous les litiges pouvant survenir entre elles, quelle qu'en soit la source[274]. En cas de désaccord entre les parties quant à la portée de la convention d'arbitrage, les principes d'interprétation énoncés plus avant sont applicables[275]; en particulier lorsqu'une convention d'arbitrage existe, il n'est pas justifié de l'interpréter restrictivement. Selon la jurisprudence fédérale, il convient bien plutôt de déférer à la volonté des parties de soumettre leur différend à l'arbitrage et de partir de l'idée qu'elles souhaitent que le tribunal arbitral soit pleinement compétent. Ainsi, lorsque la convention d'arbitrage est rédigée de manière telle qu'elle couvre les différends apparaissant en rapport avec le contrat, il faut en conclure, selon la volonté présumée des parties, qu'elles

---

270 CR LCD-Pichonnaz, art. 8 LCD N 117; Message LCD 2009 (note 269), p. 5559.

271 Jörg Schmid, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegung zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 148/2012, p. 12 s.

272 Bohnet (note 268), N 82; Christine Möhler, Konsumentenverträge im schweizerischen Schiedsverfahren mit rechtsvergleichenden Aspekten, Zurich/Bâle/Genève 2014, N 560 ss.

273 Voir à ce sujet Anette Lühring, Missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen: eine vergleichende Analyse der Rechtslage in Frankreich, Italien und Deutschland unter Berücksichtigung der Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993, Hambourg 2000, p. 78 ss; Möhler (note 272), N 431 ss.

274 Arrêt du Tribunal fédéral du 8 février 1996 (ASA Bulletin 1998 16/1, p. 142 ss), c. 4b.

275 Voir *supra* p. 134 s., ainsi que, parmi beaucoup d'autres arrêts, ATF 140 III 134, c. 3.3.2 (interprétation d'une convention d'arbitrage pour en déterminer la portée objective); ATF 138 III 681 (interprétation d'une convention d'arbitrage, différends en rapport avec le contrat: la volonté présumée des parties était de soumettre à la compétence exclusive du tribunal arbitral toutes les prétentions qui résultent de l'état de fait régi par le contrat ou qui le touchent directement).

entendaient soumettre à la compétence exclusive du tribunal arbitral toutes les prétentions qui résultent de l'état de fait régi par le contrat ou qui le touchent directement (y compris si les prétentions se fondent sur la gestion d'affaires sans mandat)[276].

c. *Composition du tribunal arbitral et siège*

La désignation du siège de l'arbitrage est particulièrement importante puisqu'elle permet de rattacher l'arbitrage à un ordre juridique donné; ainsi, le chapitre 12 de la LDIP s'applique lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse.

Lorsque les parties n'ont pas fixé de siège et qu'elles n'ont pas choisi d'institution d'arbitrage ou de mécanisme pour désigner les arbitres, il n'est pas possible de fixer le siège du tribunal arbitral. Dans cette hypothèse, et si l'interprétation ne permet pas de rattacher l'arbitrage à un ordre juridique donné, la convention est inefficace.

Lorsque les parties ont fixé le siège du tribunal arbitral en Suisse, elles peuvent régler selon l'autonomie de leur volonté la composition de ce tribunal, soit de manière ad hoc, soit par renvoi à un règlement d'arbitrage (art. 179 al. 1 LDIP). À défaut d'une telle convention, le juge d'appoint peut être saisi pour constituer le tribunal arbitral. Là également, la jurisprudence fédérale favorise une interprétation de la convention dans un sens qui en sauvegarde la validité. Ainsi, si la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage est non équivoque, mais qu'il subsiste des divergences quant au déroulement de la procédure, notamment parce que la clause fait référence à des règlements divers et qui entrent en conflit, est imprécise ou contient une erreur dans la désignation du tribunal arbitral, il convient de l'interpréter pour déterminer quel tribunal arbitral les parties entendaient désigner[277].

6. *Limitations à l'autonomie des parties*

a. *Quant à l'arbitrabilité du litige*

Les parties ne peuvent soumettre à l'arbitrage que les différends de nature patrimoniale objectivement arbitrables; on peut renvoyer à ce qui a été dit plus avant[278].

---

276 ATF 138 III 681, c. 4.4 (en l'espèce, le TF a considéré que le tribunal de commerce avait violé le droit fédéral en examinant librement la portée de la convention d'arbitrage et en rejettant l'exception d'arbitrage soulevée par la défenderesse. Un contrôle sommaire de la clause selon le principe de bonne foi permettait au contraire de conclure à l'application de la clause d'arbitrage aux prétentions litigieuses, de sorte que le tribunal étatique n'était pas compétent pour en juger); ATF 116 Ia 56, c. 3b.

277 ATF 130 III 66, c. 3.2 et références citées; ATF 129 III 675, c. 2.1 (interprétation, selon le principe de la confiance, d'une convention attributive de compétence considérée en l'espèce comme une clause d'arbitrage et non une clause d'élection de for).

278 Voir *supra* p. 138 ss.

b. Quant au choix des arbitres et des règles de procédure applicables

Le ou les arbitres doivent présenter des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, à l'instar des juges étatiques. L'art. 180 al. 1 let. c LDIP reprend la même exigence d'indépendance et d'impartialité qu'à l'art. 30 Cst, ce dernier article étant applicable tant aux juridictions étatiques qu'aux tribunaux arbitraux[279]. L'art. 6 al. 1 CEDH, qui ne s'applique pas directement aux tribunaux arbitraux mais dont ceux-ci peuvent s'inspirer, prévoit également la même garantie d'indépendance et d'impartialité[280]. Le non-respect de ces principes conduit à la désignation irrégulière du tribunal arbitral au sens de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP. La jurisprudence fédérale tient toutefois compte des spécificités de l'arbitrage international, en faveur de ce dernier, dans l'examen des demandes de récusation fondées sur cette disposition[281].

Les parties disposent d'une grande liberté s'agissant du choix des règles de procédure applicables à la procédure arbitrale; elles peuvent se référer à un règlement d'arbitrage ou à la procédure de leur choix (art. 182 al. 1 LDIP)[282]. Le législateur y a toutefois apporté quelques limites, peu nombreuses mais nécessaires dès lors que la sentence rendue par le tribunal arbitral sera reconnue et exécutée au même titre qu'un jugement étatique. Aussi, quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral est-il tenu de garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire (art. 182 al. 3 LDIP).

Le principe d'égalité implique que la procédure soit réglée et conduite de manière à ce que chaque partie ait les mêmes possibilités de faire valoir ses moyens[283]. Des situations différentes peuvent néanmoins mener à des traitements différents[284]. Le droit d'être entendu confère à chaque partie la faculté d'exposer les moyens de faits et de droit essentiels pour le jugement, de présenter les moyens de preuve nécessaires, de participer aux audiences et de se faire représenter ou assister devant les arbitres[285]. Le principe de contradiction exige que chaque partie ait la faculté de se déterminer sur les moyens de son adversaire, d'examiner et de discuter les preuves apportées par lui et de les réfuter par ses propres preuves[286]. Le Tribunal fédéral répète régulièrement que le droit d'être entendu en procédure contradictoire connaît d'importantes restrictions en arbitrage international; notamment, la sentence n'a pas à être motivée, et les

---

279 ATF 142 III 521, c. 3.1 et références citées; ATF 136 III 605, c. 3.2.1; ATF 129 III 445, c. 3.3.3.

280 TF 4A_320/2009 du 2 juin 2010, c. 1.5.3; TF 4A_612/2009 du 10 février 2010, c. 2.4.1; TF 4P.64/2001 du 11 juin 2001, c. 2d/aa (non publié aux ATF 127 III 429).

281 ATF 142 III 521, c. 3.1, dans lequel le TF se réfère aux lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, édictées par l'International Bar Association, du 23 octobre 2014, pour apprécier l'indépendance de l'arbitre.

282 ATF 108 Ib 85, c. 4b.

283 ATF 142 III 360, c. 4.1.1.

284 Dutoit (note 30), art. 182 LDIP N 6.

285 ATF 142 III 360, c. 4.1.1; ATF 133 III 139, c. 6.1.

286 ATF 142 III 360, c. 4.1.1.

parties n'ont pas un droit absolu à un second échange d'écritures[287]. Une renonciation *ex ante* au droit d'être entendu est possible, sous réserve de la protection du noyau dur de cette garantie[288].

c. Quant à la renonciation à recourir

La sentence arbitrale est réputée définitive dès sa communication. L'art. 190 al. 2 LDIP prévoit cependant que la sentence peut être attaquée aux conditions limitatives énoncées par cette disposition.

Conformément à l'art. 190 al. 2 LDIP, à condition qu'aucune des parties n'ait ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral, pour l'un ou pour tous les motifs de recours énumérés à l'art. 192 al. 1 LDIP, y compris celui tiré de l'incompétence du tribunal arbitral. Ainsi, lorsque les parties ne sont aucunement liées à la Suisse, il leur est loisible de renoncer par avance à un contrôle juridictionnel étatique de la sentence. Le législateur entendait ainsi renforcer l'attractivité de la place arbitrale suisse en évitant un double contrôle de la sentence par l'autorité de recours suisse et le juge de l'exequatur[289]. Au moment de l'exécution au plus tard, les objections de déni de justice et d'arbitraire pourront être soulevées dans l'État chargé de l'exécution. La CourEDH a jugé que l'art. 192 al. 1 LDIP était conforme à l'art. 6 al. 1 CEDH, dans la mesure où une telle renonciation est valablement conclue par les parties (qui ne sont pas obligées de renoncer) et que cette possibilité de renoncer poursuit un intérêt légitime (le renforcement de la liberté contractuelle) de manière proportionnée[290].

Selon la jurisprudence fédérale, les conventions d'exclusion ne sont admises que de manière restrictive; la volonté concordante des parties de renoncer au recours doit être claire. En cas de litige sur ce point, la question de savoir si les parties avaient la volonté commune de renoncer à tout recours est affaire d'interprétation[291]. Une renonciation indirecte est insuffisante.

La renonciation anticipée au recours est exclue lorsque l'une des parties est rattachée à la Suisse. Le législateur a souhaité protéger les parties domiciliées ou ayant leur siège en Suisse en les empêchant de renoncer à leur droit de recours et garder un certain contrôle sur les sentences qui les concernent.

---

287 ATF 142 III 360, c. 4.1.2 et les nombreuses références citées.

288 ATF 142 III 360, c. 4.1.2.

289 ATF 133 III 235, c. 4.3.2.1; Message LDIP 1982 (note 5), p. 451.

290 Arrêt CourEDH Tabbane/Suisse du 24 mars 2016, c. 32 ss (qui porte sur l'arrêt TF 4A_238/2011 du 4 janvier 2012).

291 ATF 143 III 55, c. 3.1; ATF 134 III 260, c. 3.1; ATF 131 III 173, c. 4.

7. *Portée et effets de la clause compromissoire*

a. *Pour les parties*

Une clause compromissoire valable crée l'obligation, pour les parties, de porter leur litige devant un tribunal arbitral en lieu et place d'une juridiction étatique et à collaborer selon les règles de la bonne foi à la procédure, de telle sorte que la sentence puisse être rendue dans un délai raisonnable[292].

Cette obligation est notamment mise en œuvre par la possibilité, pour le demandeur qui saisit un tribunal arbitral, de recourir au juge d'appui si le défendeur refuse de nommer un arbitre. En effet, l'art. 179 al. 2 LDIP prévoit qu'en l'absence d'une convention des parties relative à la nomination, révocation ou remplacement des arbitres, le juge du siège du tribunal arbitral peut être saisi pour procéder à la nomination. La notion d'absence de convention des parties à cet égard doit être interprétée de manière large, afin que le juge d'appui assiste non seulement les parties quand il n'y a pas de convention relative à la nomination, mais également lorsqu'il est impossible de mettre en œuvre une telle convention, notamment lorsque le défendeur refuse de nommer un arbitre[293].

Toutefois, sauf disposition expresse, la convention d'arbitrage ne lie pas les parties en matière de procédure de mainlevée provisoire et ne saurait être interprétée comme emportant renonciation à en appeler au juge de la mainlevée provisoire et obligeant les parties à agir directement au fond devant les arbitres[294].

Enfin, une partie à une convention d'arbitrage a également la possibilité de réclamer des dommages-intérêts en cas d'introduction, par son cocontractant, d'une procédure étatique en violation de la clause d'arbitrage[295].

b. *Opposabilité de la clause compromissoire à des tiers*

Le Tribunal fédéral admet qu'une convention d'arbitrage puisse obliger même des personnes qui ne l'ont pas signée et qui n'y sont pas mentionnées[296]. La portée subjective de la clause compromissoire relève du fond et doit être résolue à la lumière de l'art. 178 al. 2 LDIP[297].

La convention d'arbitrage peut tout d'abord lier une personne qui n'y était pas partie initialement en cas de cession de créance, de reprise de dette ou de transfert du rapport contractuel[298]. Ensuite, la convention d'arbitrage peut éga-

---

292 ATF 111 Ia 72, c. 2b; ATF 109 Ia 81, c. 2a; ATF 108 Ia 197, c. 3; voir également JOLIDON (note 207), p. 293.

293 BERGER/KELLERHALS (note 209), N 812; CR LDIP/CL-TSCHANZ, art. 7 LDIP N 20.

294 ATF 136 III 583, c. 2.2.

295 TF 4A_232/2013 du 30 septembre 2013, c. 3.4.2; BERGER/KELLERHALS (note 209), N 535 s.

296 ATF 129 III 727, c. 5.3.1; ATF 128 III 50, c. 2b/aa.

297 ATF 134 III 565, c. 3.2; TF 4A_310/2016 du 6 octobre 2016, c. 3.1.1; sur l'art. 178 al. 2 LDIP, voir *supra* p. 134 s.

298 ATF 134 III 565, c. 3.2; à l'inverse de la reprise de dette, le TF a estimé qu'une convention d'arbitrage n'était pas transmise au garant dans le cadre d'autres formes de sûretés telles que le cautionnement, le porte-fort ou la garantie bancaire.

lement être étendue à un tiers par actes concluants, conformément au principe de la bonne foi[299]. Ainsi, le tiers qui s'immisce dans l'exécution du contrat contenant la convention d'arbitrage peut être réputé avoir adhéré, par actes concluants, à celle-ci, dans la mesure où il peut être déduit de cette immixtion sa volonté d'être partie à la convention d'arbitrage. Autrement dit, si le tiers devient, par actes concluants, partie au contrat, il deviendra également partie à la clause compromissoire[300].

À cet égard, l'exigence de forme visée par l'art. 178 al. 1 LDIP[301] ne s'applique qu'à la convention elle-même et non à la portée subjective d'une clause compromissoire formellement valable[302]. Les conditions de validité formelle de l'extension de la clause sont donc moins strictes que celles prévalant lors de la conclusion initiale de ladite clause[303].

c. *Effets de la clause compromissoire pour le tribunal arbitral et principe de compétence-compétence*

L'art. 186 al. 1 LDIP prévoit que le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence (principe dit de compétence-compétence) lorsque le défendeur soulève l'exception d'incompétence avant toute défense au fond (art. 186 al. 2 LDIP). Le tribunal arbitral devant lequel le défendeur procède au fond sans faire de réserve est compétent de ce seul fait[304].

Le tribunal arbitral examine d'office sa compétence, contrairement à la règle de l'art. 186 al. 2, lorsque la partie défenderesse est défaillante[305]. En règle générale, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente (art. 186 al. 3 LDIP), mais peut y déroger[306]. Le principe de compétence-compétence est de droit impératif et les parties ne peuvent priver l'arbitre de se prononcer sur sa compétence[307].

Lorsqu'il examine sa compétence, le tribunal arbitral doit résoudre toutes les contestations relatives à sa constitution, qu'elles concernent l'existence ou la

---

299 Voir parmi d'autres arrêts: TF 4C.40/2003 du 19 mai 2003, c. 4.2, dans lequel le Tribunal fédéral estime qu'une clause d'arbitrage conclue entre un représenté et son cocontractant peut être étendue au représentant, dans la mesure où celui-ci s'est porté demandeur aux côtés du représenté devant un tribunal étatique. L'exception d'arbitrage soulevée par le cocontractant s'applique alors aussi au représentant.

300 TF 4A_44/2011 du 19 avril 2011, c. 2.4.1; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 178 LDIP N 143.

301 Sur les conditions de forme de l'art. 178 al. 1 LDIP, voir *supra* p. 137 s.

302 ATF 129 III 727, c. 5.3.1.

303 ATF 129 III 727, c. 5.3.1; sur cette question, voir également BSK IPRG-Gränicher, art. 178 IPRG N 8b.

304 ATF 143 III 462, c. 2.3; Kaufmann-Kohler/Rigozzi (note 227), N 3.73.

305 ATF 120 II 155, c. 3b/bb; BSK IPRG-Schott/Courvoisier, art. 186 IPRG N 91; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 186 LDIP N 17.

306 ATF 143 III 462, c. 2.2 et 3 (recours immédiat au TF pour griefs tirés de l'art. 190 al. 3 LDIP).

307 Dutoit (note 30), art. 186 LDIP N 1.

validité de la clause compromissoire[308], les parties liées par ladite clause[309], ou encore l'arbitrabilité du litige[310].

Le Tribunal fédéral a été amené à trancher une affaire dans laquelle un tribunal arbitral s'était déclaré compétent alors même que les parties avaient passé une transaction extra-judiciaire contenant une clause d'élection de for qui avait eu pour effet de révoquer la clause compromissoire dont il tirait ses pouvoirs. Le point de savoir si la clause d'élection de for déroge à la convention d'arbitrage est une question d'interprétation du contrat. Le tribunal arbitral l'examine librement et non pas de manière sommaire. Il examinera sans aucune réserve les objections relatives à l'existence et à la validité d'une convention de procédure, même si elles visent également le contrat principal. Lorsque la validité de la convention d'arbitrage dépend de la validité du contrat principal, le tribunal arbitral ne peut admettre sa compétence que s'il conclut à l'efficacité du contrat principal, raison pour laquelle il doit examiner cette question à fond lorsqu'il statue sur sa compétence[311].

De jurisprudence constante, la théorie des faits doublement pertinents, selon laquelle le juge saisi examine sa compétence sur la base des allégués, moyens de preuve et conclusions de la demande lorsque les faits déterminants pour la compétence le sont également pour le bien-fondé de la demande, ne s'applique pas en matière d'arbitrage. Lorsque la compétence du tribunal arbitral est contestée, il est exclu de contraindre une partie à souffrir qu'un tel tribunal se prononce sur les droits et obligations litigieux s'ils ne sont pas couverts par une convention d'arbitrage valable[312].

Au surplus, le tribunal arbitral ne peut pas suspendre sa décision quant à sa propre compétence au motif d'une litispendance. En effet, conformément à l'art. 186 al. 1bis LDIP, le tribunal arbitral statue sur sa compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal arbitral étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure[313]. L'art. 186 al. 1bis LDIP consacre la pleine autonomie du tribunal arbitral et exclut l'application de l'art. 9 LDIP sur la litispendance, en réaction à l'arrêt Fomento[314]. Toutefois, il n'impose aucune

308 ATF 121 III 495, c. 6c.

309 ATF 128 III 50, c. 2b; ATF 120 II 155, c. 3b/bb; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 186 LDIP N 55 s.

310 CR LDIP/CL-Tschanz, art. 186 LDIP N 45 ss; Dutoit (note 30), art. 186 LDIP N 3.

311 ATF 121 III 495, c. 6.

312 ATF 141 III 294, c. 5.3; ATF 131 III 153, c. 5.1.

313 Voir, pour un cas d'application de l'art. 186 al. 1bis, TF 4A_210/2008 du 29 octobre 2008, c. 3.3.1.

314 ATF 127 III 279: dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 9 LDIP s'appliquait également dans le cadre d'une litispendance entre une procédure étatique et une procédure arbitrale, dans le but d'éviter des décisions contradictoires. Le tribunal arbitral saisi en second lieu aurait dû suspendre la procédure, de sorte qu'il appartenait au tribunal étatique de se prononcer sur la portée de la convention d'arbitrage litigieuse. En réaction à cet arrêt et pour apaiser les craintes des milieux de l'arbitrage en Suisse, le législateur a introduit l'art. 186 al. 1bis LDIP: voir à cet égard le Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national sur la modifica-

règle au juge étatique, qui pourrait reconnaître sa compétence et rendre une décision qui pourra bénéficier de l'autorité de la chose jugée[315]. Cette disposition ne permet donc pas de coordonner des procédures parallèles, ce qui a amené l'association de droit international à publier des recommandations sur la litispendance arbitrale en 2006[316].

Ce n'est qu'une fois la décision sur sa compétence rendue que le tribunal arbitral pourra, s'il l'estime adéquat, surseoir à la procédure au fond jusqu'à droit jugé par un autre tribunal.

L'art. 186 al. 1bis ne concernant que le tribunal arbitral, le juge étatique suisse saisi d'une exception d'arbitrage doit procéder selon l'art. 7 LDIP[317].

Lorsqu'une partie saisit un tribunal arbitral en Suisse d'une demande identique à celle qui a fait l'objet d'un jugement entré en force entre les mêmes parties, rendu à l'étranger, le tribunal arbitral devra déclarer cette demande irrecevable si le jugement étranger peut être reconnu en Suisse en vertu de l'art. 25 LDIP ou d'un traité. Ce jugement ne pourra pas être reconnu si le tribunal étranger n'a pas tenu compte d'une exception d'arbitrage soulevée valablement par la partie défenderesse[318].

d. Effets de la clause compromissoire sur les tribunaux étatiques: l'exception d'arbitrage

Lorsqu'une partie à une convention d'arbitrage porte le litige en lien avec cette convention devant le juge étatique suisse, le défendeur peut soulever l'exception d'arbitrage. Le juge suisse examinera cette exception selon l'art. 7 LDIP lorsque la convention d'arbitrage prévoit un siège en Suisse et selon l'art. II ch. 3 de la Convention de New York lorsque le for du juge saisi et le siège de l'arbitrage ne sont pas dans le même pays[319].

L'art. 7 LDIP impose au juge suisse de décliner sa compétence à moins que: (a) le défendeur n'ait procédé au fond sans faire de réserve; (b) le tribunal ne

---

tion de l'art. 186 de la loi fédérale sur le droit international privé du 17 février 2006 (FF 2006 4469), p. 4470 ss.

315 Jean-François Poudret, Exception d'arbitrage et litispendance en droit suisse – Comment départager le juge et l'arbitre?, ASA Bulletin 2007 25/2, p. 239.

316 Poudret (note 315), p. 240 ss; Association de droit international, Recommandations sur la litispendance et l'autorité de chose jugée en arbitrage, Résolution 1/2006.

317 Sur l'art. 7 LDIP, voir *infra* p. 148 ss.

318 ATF 140 III 278, c. 3.1, et références citées; ATF 124 III 83, c. 5b. Voir également l'ATF 127 III 186, c. 2, dans le cadre de la CL: dans l'hypothèse où un tribunal étatique (en l'espèce la High Court of Justice) a statué au fond nonobstant une clause d'arbitrage, sa décision tombe sous le coup des art. 25 ss CL (c. 2 et références citées). En l'espèce, le TF n'examine pas les conditions de reconnaissance plus avant, car il ne ressort pas des faits que l'intimé aurait soulevé l'exception d'arbitrage, si tant est qu'un tel moyen fût recevable au regard de l'art. 28 CL. En l'espèce, l'exequatur a été refusée, car le chef de compétence conventionnel sur lequel s'est fondé le juge de l'État d'origine n'était pas identifiable.

319 ATF 138 III 681, c. 3.2; ATF 122 III 139, c. 2a; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 7 LDIP N 3; Poudret (note 315), p. 232 s.

constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée, ou que (c) le tribunal arbitral ne puisse être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à l'arbitrage. L'existence d'une convention d'arbitrage valable, applicable au différend, a pour effet que le juge étatique renverra le demandeur à agir devant le tribunal arbitral, que la procédure d'arbitrage ait déjà été intentée ou non[320].

L'art. 7 let. b LDIP ne précise pas selon quel droit le juge suisse examine la validité de la convention et notamment l'arbitrabilité de la cause. Nous nous rallions à l'opinion de la doctrine qui préconise l'application de la *lex arbitri* et, à défaut, de la *lex fori*[321].

Selon la jurisprudence fédérale, le juge suisse saisi d'une exception d'arbitrage en faveur d'un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse ne dispose que d'une cognition limitée pour examiner la validité de la convention d'arbitrage. Il est tenu de décliner 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[322]. Autrement dit, le tribunal étatique ne peut se déclarer compétent que s'il n'existe manifestement pas de convention d'arbitrage valable entre les parties[323]. Ce pouvoir d'examen sommaire porte sur la conclusion, la validité ainsi que l'étendue de la convention d'arbitrage. La *ratio legis* de cette jurisprudence est d'éviter que la décision du juge étatique ne préjuge celle du tribunal arbitral qui doit se prononcer sur sa propre compétence. La décision du tribunal arbitral sur sa compétence pourra être revue par le Tribunal fédéral dans le cadre d'un recours en matière civile (art. 190 al. 2 let. b LDIP). Ce dernier examinera librement les questions de droit, y compris les questions préalables qui déterminent la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral, mais il incombe au recourant de respecter les exigences de l'art. 77 al. 3 LTF[324]. En revanche, le Tribunal fédéral ne revoit les faits que dans les limites de l'art. 105 al. 1 et 2 LTF.

À l'inverse, le juge étatique statuera avec plein pouvoir d'examen, à la lumière de l'art. II ch. 3 de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958, si le tribunal arbitral a son siège à l'étranger[325].

Cette jurisprudence fait l'objet de diverses critiques, notamment en raison du fait que l'art. 7 LDIP ne restreint pas le pouvoir d'examen du juge suisse, lequel

---

320 ATF 138 III 681, c. 3.1.

321 Berger/Kellerhals (note 209), N 198; Jean-François Poudret/Sébastien Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, Zurich/Bâle/Genève 2002, N 335 s.

322 ATF 138 III 681, c. 3.2; ATF 122 III 139, c. 2b; Dutoit (note 30), art. 186 LDIP N 1.

323 ATF 138 III 681, c. 3.2.

324 ATF 142 III 239, c. 3.1; TF 4A_34/2016 du 25 avril 2017, c. 3.1. En matière de compétence du tribunal arbitral, le recours en matière civile n'est, exceptionnellement, pas purement cassatoire: ATF 136 III 605, c. 3.3.4.

325 ATF 122 III 139, c. 2b; ATF 121 III 38, c. 2b; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 7 LDIP N 3.

est tenu de se prononcer sur sa propre compétence et non sur celle du tribunal arbitral. Dès lors, il devrait statuer sur sa propre compétence avec autorité de la chose jugée, ce qui nécessite une instruction complète[326].

Nous partageons ces critiques; sous l'angle du principe d'autonomie de la volonté, il ne se justifie pas d'accorder au juge étatique un pouvoir d'examen différent selon que le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse ou non. Dans les deux cas, le juge étatique doit pouvoir examiner librement le contenu et la portée de la volonté des parties qui sont déterminantes pour apprécier sa propre compétence. Il pourra alors rendre une décision pourvue de l'autorité de la chose jugée. La solution du Tribunal fédéral reporte la décision définitive de manière inutile et peu compatible avec la sécurité du droit[327].

D. Remarques finales

Arrivés au terme de ce tour d'horizon des développements législatifs et jurisprudentiels sur la portée de l'autonomie de la volonté des parties dans les conventions attributives de juridiction, plusieurs observations s'imposent. Nous les énoncerons avant de formuler quelques pistes de réflexions et propositions de modifications.

1. Reconnaissance internationale accrue du principe d'autonomie de la volonté des parties

En premier lieu, l'analyse à laquelle nous nous sommes livrées permet de constater qu'en droit international privé, les parties jouissent encore et toujours d'une large autonomie pour conclure des conventions d'attribution de juridiction. La portée internationale de ce principe s'est même étendue ces dernières années en matière de conventions d'élection de for. Plusieurs instruments récents ont assoupli les conditions de validité et de reconnaissance de ces conventions en vue d'assurer leur pleine efficacité. Ainsi, le Règlement de Bruxelles Ibis permet aux parties non domiciliées dans un État membre d'opter pour les tribunaux d'un État membre, sans que ceux-ci ne puissent décliner leur compétence. La Convention de la Haye de 2005 a pour ambition de renforcer la coopération judiciaire des États parties au plan mondial. L'efficacité internationale des conventions d'élection de for s'en trouve accrue.

Par ailleurs, le principe d'autonomie de la volonté des parties est régulièrement invoqué à l'appui de modifications législatives qui visent à le promouvoir ou à l'étendre. L'exemple le plus récent nous est offert par l'avant-projet de ré-

326 Poudret (note 315), p. 235 ss.
327 Poudret (note 315), p. 239.

vision du chapitre 12 de la LDIP, qui a notamment pour but déclaré de renforcer l'autonomie des parties dans le domaine de l'arbitrage[328].

On serait tenté d'en conclure que le principe d'autonomie de la volonté des parties a gagné en importance ces dernières décennies et qu'il déploie pleinement ses effets dans les domaines passés en revue. Toutefois, un examen plus approfondi de sa mise en œuvre dans le champ limité de notre analyse montre que la réponse est plus nuancée et que cette reconnaissance se double de diverses restrictions et d'incertitudes qui entraînent une insécurité juridique pour les parties et affaiblissent la portée de ce principe.

2. Restrictions et imprévisibilité juridiques comme facteurs d'affaiblissement du principe d'autonomie de la volonté des parties

La portée du principe d'autonomie de la volonté des parties se trouve affaiblie par des développements légaux et jurisprudentiels qui, d'une part, accroissent les restrictions posées à ce principe et d'autre part, entraînent pour les parties une imprévisibilité et une insécurité juridiques contraires au but même qu'il poursuit.

Premièrement, le principe d'autonomie de la volonté n'est pas absolu et s'inscrit dans un ordre juridique donné, qui lui pose des limitations, tant pour les conventions d'élection de for que pour les conventions d'arbitrage. Nous avons déjà exposé les raisons pour lesquelles cette approche se justifie pleinement dans un État de droit[329]. En revanche, il existe une certaine incohérence en ce qui concerne les restrictions d'ordre public et de protection sociale apportées au principe d'autonomie de la volonté des parties en matière d'élection de for et de convention d'arbitrage.

S'agissant des conventions d'élection de for, il est généralement admis que les parties ne sauraient déroger aux fors impératifs de la *lex fori*. Or, les arguments utilisés pour justifier les compétences impératives et exclusives des tribunaux étatiques, notamment la nécessité de concentrer l'affaire devant une seule cour ou celle de faire coïncider le lieu du litige et le lieu supposé de l'exécution des décisions, nous paraissent peu convaincants au regard du principe d'autonomie de la volonté. Du moins, les tribunaux et la doctrine ne s'attachent-ils pas à démontrer pour quels motifs les intérêts publics protégés l'emportent sur celui des parties d'élire librement le for de leur choix en matière contractuelle. Par ailleurs, en droit suisse, ces compétences exclusives n'affectent pas l'arbitrabilité des litiges, ce qui tend à démontrer que les intérêts publics cèdent bien le pas devant l'autonomie des parties dans ces mêmes domaines. Les régimes

328 Voir *supra* p. 137 s.

329 Voir *supra* p. 104 ss et p. 122 ss pour les conventions d'élection de for et p. 142 ss pour les conventions d'arbitrage.

applicables aux conventions d'élection de for et aux conventions d'arbitrage devraient par conséquent être harmonisés dans ce sens.

Cette absence de cohérence est également apparente s'agissant des restrictions à l'autonomie de la volonté fondées sur des motifs de protection sociale. On décerne dans les modifications législatives récentes une tendance croissante à un certain dirigisme étatique[330], lequel se traduit par des fors semi-impératifs qui restreignent fortement la liberté des parties de conclure des accords d'élection de for avant la survenance du litige. Il n'existe toutefois pas d'harmonie entre la LDIP et la Convention de Lugano quant à l'étendue de cette protection sociale. Les catégories de parties considérées comme faibles, traditionnellement les travailleurs, les assurés et les consommateurs, varient selon l'ordre juridique donné. Par ailleurs, tant la LDIP que la Convention de Lugano et le Règlement de Bruxelles Ibis visent à protéger les consommateurs, mais ces deux derniers instruments s'appliquent à un éventail de contrats beaucoup plus large que la LDIP. Le Règlement de Bruxelles Ibis a étendu cette protection à tous les consommateurs domiciliés dans un État membre, contre tous prestataires de service à l'extérieur de l'Union européenne. Ces motifs de protection sociale restreignent fortement l'autonomie des parties en matière d'élection de for mais ils n'entravent pas l'arbitrabilité de la cause selon l'art. 177 LDIP. Ils pourraient néanmoins affecter la reconnaissance et l'exécution de la sentence dans d'autres États[331]. Ces différences de régime et les nombreuses notions indéterminées utilisées dans ces dispositions entraînent une imprévisibilité et une insécurité juridique pour les parties et affaiblissent le principe d'autonomie de la volonté.

Deuxièmement, la large reconnaissance du principe d'autonomie de la volonté en droit international privé permet aux parties à un contrat international de choisir le for de leur différend ou de le soumettre à l'arbitrage de manière à garantir la prévisibilité et la sécurité juridique de leurs transactions, éléments indispensables au bon fonctionnement du commerce international. En matière de conventions d'élection de for, cet objectif est affaibli par les incertitudes liées à la détermination du droit applicable à la validité de cet accord. La multitude des solutions dans les différents régimes examinés érode la prévisibilité souhaitée. Le Règlement de Bruxelles Ibis et la Convention de la Haye de 2005 prévoient bien des critères de rattachement pour désigner le droit applicable aux questions liées à la validité des conventions d'élection de for, mais n'apportent pas l'harmonisation souhaitée dès lors que ces critères de rattachement diffèrent d'un État à l'autre. En matière d'arbitrage, ce problème est moins aigu dès lors que l'art. 178 al. 2 LDIP prévoit des conditions qui favorisent la validité de la clause d'arbitrage. Une solution similaire serait souhaitable pour les conventions d'élection de for.

---

330 L'expression est de KOHLER (note 2), p. 58.

331 Voir *supra* p. 138 ss.

Troisièmement, les exigences du commerce international ont amené le législateur à relâcher les conditions de forme des conventions attributives de juridiction en vue de renforcer l'autonomie des parties[332]. À y regarder de plus près, l'assouplissement des conditions de forme ne renforce pas en soi l'autonomie de la volonté des parties mais risque, bien au contraire, de l'affaiblir. En particulier, la conclusion, par clic ou par renvoi, de conventions attributives de juridiction insérées dans des conditions générales figurant sur des sites internet conduit à remplacer la réelle et concordante volonté des parties par une volonté «virtuelle», voire fictive, imposée unilatéralement par l'utilisateur des conditions générales.

Dans cette foulée, l'avant-projet de révision du chapitre 12 LDIP prévoit expressément que les exigences de forme des conventions d'arbitrage puissent être remplies par l'une des parties seulement[333]. À notre avis, si cette proposition était approuvée, la conclusion d'une convention d'arbitrage sur cette base devrait s'accompagner d'un examen complet et rigoureux du consentement réel de l'autre partie, tant en ce qui concerne l'existence de ce consentement que les éléments essentiels de la convention d'arbitrage. Au besoin, ces questions feront l'objet d'une instruction complète. En outre, pour les raisons déjà énoncées qui revêtent toute leur justification ici également, le juge étatique saisi d'une exception d'arbitrage devrait revoir la validité de la convention d'arbitrage avec plein pouvoir d'examen, y compris lorsque le tribunal arbitral a son siège en Suisse.

Quatrièmement, en matière de validité et de portée des conventions d'arbitrage, les principes d'interprétation posés par la jurisprudence fédérale conduisent à *présumer* l'existence d'une volonté réelle et concordante des parties, voire même à la remplacer par une volonté *hypothétique* déterminée par le tribunal arbitral lui-même dans le but de favoriser l'arbitrage. Or, c'est l'autonomie de la volonté des parties qui légitime l'arbitrage, et non l'inverse. Pour donner pleine efficacité au principe de l'autonomie des parties, il conviendrait à notre avis d'appliquer strictement ce principe et de rechercher la volonté réelle des parties en ce qui concerne tous les éléments de la convention d'arbitrage, au besoin par des mesures d'instruction propres.

Cette règle devrait également s'appliquer en matière de convention d'élection de for. À notre avis, il ne saurait être question de recourir à la volonté hypothétique des parties en cas de nullité partielle de la clause d'élection de for, comme l'a fait récemment le Tribunal fédéral[334]. Si la volonté des parties d'élire un tribunal en Suisse est donnée, il convient bien plutôt de déterminer la compétence *rationae loci* des tribunaux suisses grâce aux critères de rattache-

332 Voir *supra* p. 137 s. pour les conventions d'arbitrage, et p. 102 s. et p. 117 ss. pour les conventions d'élection de for.

333 Voir *supra* p. 137 s.

334 Voir *supra* p. 121 s.

ment prévus par la LDIP ou la convention internationale applicable. Cette solution nous paraît plus conforme au principe de l'autonomie de la volonté des parties, car elle offre aux parties une meilleure prévisibilité que lorsque le tribunal détermine leur volonté hypothétique sur la base de critères incertains.

En conclusion, le principe d'autonomie de la volonté des parties garde toute sa justification en droit international privé mais sa portée semble bien se diluer. Les nécessités du commerce international, le développement de nouveaux moyens technologiques de communication et les motifs de protection sociale évoluent rapidement dans nos sociétés modernes. Ils exigent de mettre en balance différents intérêts, tant de droit matériel que de procédure, qui ont un impact sur ce principe et, dans certains cas, l'affaiblissent. Or, le principe d'autonomie de la volonté devrait être pleinement pris en compte et de manière consciente dans ces choix. Il conviendrait pour ces raisons de le reconnaître *expressément* comme un principe fondamental du droit international privé; cette solution permettrait d'en souligner l'importance et de lui donner plein effet utile lors de l'application et de l'interprétation des normes juridiques qui le consacrent ou le restreignent. Toute interprétation des dispositions sur les conventions d'attribution de juridiction devrait ainsi se faire *en faveur* de l'autonomie de la volonté des parties, sauf à démontrer clairement et de manière convaincante que des intérêts publics plus importants prévalent et justifient de la restreindre.