



Chapitre d'actes

2016

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'arbitrage immobilier

Jeandin, Nicolas

How to cite

JEANDIN, Nicolas. L'arbitrage immobilier. In: Propriété et liberté d'entreprendre. Foëx, Bénédic (Ed.). Genève. Genève : Schulthess : CGI : Université de Genève, Faculté de droit, 2016. p. 83–121. (Collection genevoise.)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:97621>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 15.03.2023 03:07

L'arbitrage immobilier

NICOLAS JEANDIN

Avocat, professeur à l'Université de Genève

Introduction

Le paysage suisse de la procédure civile s'est considérablement modifié depuis le 1^{er} janvier 2011, date d'entrée en vigueur du CPC. Ainsi était consacrée l'unification de la procédure civile en Suisse, assortie de la disparition des procédures civiles cantonales en vigueur jusqu'alors. Le processus aura aussi déployé des incidences en ce qui concerne l'arbitrage interne puisque le Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (CIA)¹ a été remplacé par les articles 353 à 399 CPC.

L'immeuble, pris comme point de départ de la vie économique et sociale de la Cité, expose « tout naturellement » les parties prenantes à des litiges de nature judiciaire menant à la mise en œuvre des tribunaux, qu'il s'agisse des juridictions civiles, administratives ou pénales. Pour en rester sur le plan civil, on s'aperçoit rapidement que les procédures envisageables sont aussi nombreuses que variées et touchent de nombreux domaines du droit, allant de l'action réelle à la requête en inscription définitive de l'hypothèque légale en passant par la contestation d'une hausse de loyer et par l'action en dommages-intérêts pour mauvaise exécution du contrat d'entreprise.

A une époque où les modes alternatifs de résolution des litiges font l'objet de l'attention toujours plus soutenue non seulement des plaideurs mais aussi du législateur², la question se pose de déterminer dans quelle mesure la procédure arbitrale présente une alternative intéressante à la justice civile pour les parties à un litige survenu en rapport avec un immeuble.

Après avoir énoncé quelques principes fondamentaux de l'arbitrage en Suisse (I), nous examinerons dans quelle mesure les litiges « immobiliers »

¹ RO 1969 1117, anciennement disponible au RS 279.

² Il est symptomatique de relever que le CPC consacre six dispositions à la médiation (art. 213 à 218 CPC). Voir en outre BROWN-BERSET / SHERER, p. 270 ss.

sont arbitrables (II), décrivons brièvement les règles de procédure applicable (III) puis aborderons quelques aspects particuliers (IV).

I. Généralités sur l'arbitrage en Suisse

L'arbitrage « est la voie juridictionnelle privée, qui repose sur la volonté des parties, exprimée dans une convention, d'investir de simples particuliers de la mission de trancher un ou des litiges de droit privé en lieu et place des juridictions étatiques »³. Cette voie se distingue des juridictions étatiques (*staatliche Gerichtsbarkeit*) et trouve sa source dans une convention. Cette dernière existe soit pour elle-même (elle est alors conclue de façon autonome, souvent après la survenance du litige), soit sous la forme d'une clause compromissoire insérée dans un contrat. Il arrive aussi que l'obligation de recourir à un tribunal arbitral trouve sa source dans les statuts d'une association auxquels souscrit chaque membre lors de son adhésion (ainsi l'arbitrage sportif). A noter que cette institution qui relève fondamentalement du droit privé peut parfaitement lier des parties issues du droit public, à l'instar de l'Etat ou d'une collectivité publique.

A. Siège du tribunal arbitral en Suisse

Le lien entre une sentence arbitrale et l'ordre juridique suisse s'opère de deux manières. Tout d'abord la sentence peut avoir été rendue par un tribunal arbitral ayant son siège à l'étranger : dans cette hypothèse, l'ancrage de la sentence au sein de l'ordre juridique suisse nécessite une reconnaissance du juge étatique, ce qui renvoie à l'application de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New-York le 10 juin 1958 (art. 194 LDIP)⁴. Ou alors – deuxième hypothèse – le tribunal arbitral a son siège en Suisse si bien que le processus se déroule sous le regard du juge d'appui et de l'instance de recours helvétiques : ce contrôle s'opère selon le droit suisse de l'arbitrage et la sentence déploie les effets d'une décision étatique sans qu'une reconnaissance ne soit nécessaire. Cet exposé se limitera aux procédures menées par un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse.

On vient de l'évoquer, l'ordre juridique étatique se doit de prévoir un cadre légal qui constitue un point d'ancrage permettant aux plaideurs de se prévaloir des sentences arbitrales au même titre qu'un jugement. L'autonomie privée offre aux acteurs de la procédure arbitrale une grande latitude quant à l'orga-

³ JOLIDON, p. 28.

⁴ RS 0.277.12. La sentence étrangère sera invoquée dans un procès pendant devant le juge suisse (exception d'autorité de chose jugée) ou dans une procédure d'exécution (reconnaissance et requête en mainlevée définitive de l'opposition), ce qui mènera alors à la mise en œuvre du tribunal de l'exécution (art. 338 CPC) ou du juge de la mainlevée (art. 80 LP).

nisation de la procédure⁵, tandis que le corps de règles étatiques a pour vocation d'une part d'offrir des solutions à titre supplétif aux plaideurs qui n'auraient pas tout réglementé, d'autre part d'imposer des garde-fous destinés à s'assurer qu'une sentence arbitrale – qui a pour vocation d'être assimilée à un jugement étatique au sein de l'ordre juridique suisse – ne soit pas entachée de vices constituant des atteintes inadmissibles aux droits considérés comme élémentaires tant quant au fond que sur le plan procédural. On retrouve ici la dimension composite de l'arbitrage qui présente à la fois des aspects conventionnels et des aspects juridictionnels, l'arbitre disposant de la *jurisdictio* mais pas de l'*imperium* : ce rattachement au système juridictionnel suisse étatique fait l'objet de dispositions légales qu'il convient d'examiner⁶.

B. Dualité entre arbitrage interne et arbitrage international

Le droit de l'arbitrage procède souvent de la distinction entre (i) les cas dans lesquels l'objet du litige soumis aux arbitres recoupe des rapports de droit se limitant exclusivement à des incidences juridiques internes, c'est à dire limitées à l'intérieur des frontières du pays concerné et (ii) les cas dans lesquels les enjeux juridiques dépassent les frontières dudit pays. L'ordre juridique étatique se doit de légiférer de façon à englober les deux types d'arbitrage, ce qui peut se faire soit par l'entremise d'une législation unique, soit par deux corps de lois séparés, l'un étant alors consacré à l'arbitrage interne tandis que l'autre réglemente l'arbitrage international⁷. Le législateur adepte d'une conception unitaire œuvre avec un Code de l'arbitrage, parfois en y instaurant une dichotomie par l'adjonction d'un chapitre spécifique consacré à l'arbitrage international⁸. A l'opposé, la Suisse a opté pour le dualisme en la matière, une solution qui par ailleurs ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine⁹.

C. Cadre juridique

1. Généralités

Le dualisme se justifiait sans doute en Suisse avant l'unification de la procédure civile ayant donné lieu à l'entrée en vigueur du CPC le 1^{er} janvier 2011¹⁰,

⁵ Sur la mise en œuvre de cette autonomie en arbitrage: voir *infra*, chap. III lit. A.

⁶ JOLIDON, p. 29.

⁷ BERGER / KELLERHALS, n. 70.

⁸ BERGER / KELLERHALS, n. 70.

⁹ Ainsi en matière d'arbitrage institutionnel sportif (le TAS à Lausanne), la dualité de réglementation n'est en théorie pas nécessairement adaptée puisqu'il peut y avoir deux cadres étatiques différents, à situations égales par ailleurs, selon que les deux parties (une fédération et un athlète) sont établies en Suisse ou non: CPC Commenté – SCHWEIZER, n. 2 *ad* art. 353. Sur les débats auxquels a donné lieu cette question: POUDRET, Présentation critique, p. 235 ss.

¹⁰ *Supra*, lit. B.

puisque le législateur fédéral n'était pas en charge de la procédure. Seul l'arbitrage international était alors réglementé par le droit fédéral, à savoir les articles 176 et suivants LDIP (Chapitre 12 intitulé « *Arbitrage international* », art. 176 à 194 LDIP). Quant à l'arbitrage interne il relevait alors du CIA, lequel a été remplacé au 1^{er} janvier 2011 par les articles 353 à 399 CPC dont la majeure partie de la doctrine considère qu'ils en constituent une version « affinée et modernisée »¹¹. Le système dualiste a été maintenu nonobstant l'introduction du CPC, ce que certains auteurs regrettent¹².

La distinction entre arbitrage interne et international se trouve exprimée à l'article 176 al. 1 LDIP selon lequel il y a arbitrage international « 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 ». *A contrario*, tout arbitrage qui n'est pas international est interne, avec pour conséquence que ce sont les règles du CPC qui s'appliquent (voir l'art. 353 al. 1 CPC)¹³. Le cloisonnement n'est toutefois pas absolu puisque l'article 353 al. 2 CPC permet aux parties de faire un *opting out* en faveur de la LDIP¹⁴ tandis qu'à l'inverse les parties à un arbitrage international peuvent – par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure – en faire de même en faveur du CPC (art. 176 al. 2 LDIP)¹⁵.

2. Arbitrage international

Il ne saurait être question de procéder à une étude complète des règles suisses sur l'arbitrage international. On se limitera à relever en particulier que le chapitre 12 de la LDIP (i) fixe les conditions d'arbitrabilité (art. 177 LDIP), (ii) énumère les exigences minimales relatives à la convention d'arbitrage (art. 178 LDIP), (iii) traite de la récusation des arbitres (art. 180 LDIP), (iv) définit la litispendance (art. 181 LDIP), (v) règle la question du choix par les parties de la procédure applicable (art. 182 LDIP)¹⁶, (vi) régit les mesures provisionnelles (art. 183 LDIP) ainsi que d'autres questions de procédure telles que l'administration des preuves (art. 184 LDIP), le prononcé de la sentence (art. 187 à 189 LDIP) et les modalités de sa remise en cause auprès des juridictions étatiques (art. 190 à 192 LDIP).

¹¹ CPC Commenté –SCHWEIZER, n. 2 *ad* art. 353, lequel considère en outre (n. 10) que les dispositions du CPC sur l'arbitrage interne "sont donc une actualisation du CIA à la lumière du chapitre 12 de la LDIP".

¹² Ainsi KNOEPFLER, Arbitrage, p. 149.

¹³ CPC Commenté –SCHWEIZER, n. 15 *ad* art. 353.

¹⁴ CR LDIP –BUCHER, n. 34 *ss ad* art. 176.

¹⁵ BESSON, n. 34*ss*; CR LDIP –BUCHER, n. 29 *ss ad* art. 176.

¹⁶ Voir *infra*, chap. III lit. A.

Le chapitre 12 de la LDIP doit être pris pour lui-même, indépendamment des autres chapitres de la LDIP¹⁷. Il constitue une réglementation considérée comme libérale, une place étendue étant laissée à l'autonomie des parties, ce qui explique notamment que les dispositions soient nettement moins nombreuses que celles du CPC relatives à l'arbitrage interne. La position de l'arbitre, qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour autant que les parties n'aient pas réglé elles-mêmes certains aspects, est une résultante de cette conception libérale de l'arbitrage : on se référera sur ce point à la détermination du siège du tribunal arbitral (art. 176 al. 3 LDIP), au choix de la procédure applicable (art. 182 al. 2 LDIP), à la possibilité d'ordonner des mesures provisionnelles (art. 183 LDIP) et à la possibilité de rendre des sentences partielles (art. 188 LDIP)¹⁸. Nonobstant cette approche libérale, le législateur entend assurer un minimum de sécurité juridique au processus de l'arbitrage, raison pour laquelle il impose le principe de l'indépendance des arbitres par l'entremise des règles sur la récusation (art. 180 al. 1 lit. c LDIP)¹⁹ tout comme il érige en garantie intangible (quelle que soit la procédure choisie) l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire (art. 182 al. 3 LDIP)²⁰.

3. Arbitrage interne

Dans le même ordre d'idée, nous ne procéderons pas à un passage en revue exhaustif des normes sur l'arbitrage interne. On relèvera notamment la définition de l'arbitrabilité (art. 354 CPC), l'évocation de la convention d'arbitrage (art. 357 à 359 CPC), les modalités de la constitution du tribunal arbitral (art. 360 à 366 CPC), la récusation et la révocation des arbitres (art. 367 à 371 CPC), la définition de la litispendance (art. 372 CPC), les mesures provisionnelles (art. 374 CPC), le choix de la procédure applicable (art. 373 CPC), l'administration des preuves (art. 375 CPC) et d'autres questions de procédure telles que les frais (art. 378 à 380 CPC), le prononcé de la sentence (art. 381 à 386 CPC) et les modalités de sa remise en cause auprès des juridictions étatiques (art. 389 à 399 CPC).

Il faut relever que l'article 377 al. 1 CPC tranche de façon bienvenue la question de la compensation, faisant une application adéquate du principe en vertu duquel le juge de l'action est aussi le juge de l'exception : le tribunal arbitral habilité à connaître de la prétention de la partie demanderesse est habilité

¹⁷ BERGER / KELLERHALS, n. 86 (à titre d'exemple, l'art. 187 LDIP relative au droit applicable déroge aux art. 116 ss LDIP).

¹⁸ BERGER / KELLERHALS, n. 89 et la note 39.

¹⁹ A teneur de cette disposition, les circonstances permettant de douter légitimement de l'indépendance d'un arbitre le rendent récusable.

²⁰ BERGER / KELLERHALS, n. 91.

à examiner l'exception de compensation soulevée par le défendeur « même si la créance qui la fonde ne tombe pas sous le coup de la convention d'arbitrage ou fait l'objet d'une autre convention d'arbitrage ou d'une prorogation de for »²¹.

D. La remise en cause de la sentence arbitrale

Outre ces quelques caractéristiques sommairement évoquées, le praticien désireux d'apprécier les enjeux de l'arbitrage voudra connaître les voies possibles de remise en cause des sentences dans la mesure où cet aspect conditionne à bien des égards l'efficacité de l'arbitrage. Il convient dès lors d'examiner la question au regard des deux corps de règles que connaît le droit suisse en matière d'arbitrage.

1. Arbitrage international

Le législateur a clairement entendu limiter au strict minimum les possibilités de remettre en cause une sentence arbitrale, ainsi que cela découle de l'article 190 al. 2 et 3 LDIP. Ainsi, à teneur de l'article 190 al. 2 LDIP, une telle sentence ne peut être attaquée que (a) lorsqu'elle le tribunal arbitral est irrégulièrement composé, (b) lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, (c) lorsque le tribunal arbitral a omis de statuer sur une conclusion lui ayant été soumise ou a statué au-delà des demandes dont il était saisi, (d) lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues contradictoirement n'a pas été respecté²², ou encore (e) lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public²³.

On le voit bien, il est exclu que la juridiction étatique de recours ne revoie le fond du litige²⁴, son pouvoir d'examen de la sentence étant limité à des griefs fort restreints ce qui exclut, par exemple, le grief de l'arbitraire (contrairement à ce qui prévaut pour l'arbitrage interne)²⁵. A cela s'ajoute – autre aspect destiné à renforcer l'efficacité de l'arbitrage – que les parties peuvent re-

²¹ La LDIP est muette sur le sujet alors que le CIA imposait – lorsque la créance compensante n'était pas couverte par la convention d'arbitrage – que le tribunal arbitral suspende la procédure tout en fixant un délai à la partie défenderesse pour faire valoir ses droits devant la juridiction compétente (art. 29 CIA): POUURET, Arbitrage interne, p. 161; CPC Commenté –SCHWEIZER, n. 2s *ad* art. 377. Quant à l'art. 377 al. 2 CPC, il traite de la demande reconventionnelle, un sujet que n'aborde ni la LDIP ni le CIA (CPC Commenté –SCHWEIZER, n. 4 *ad* art. 377).

²² On se référera sur ce point aux garanties de procédure énoncées à l'art. 182 al. 3 LDIP: voir *supra*, lit. C ch. 2.

²³ A noter que – à teneur de l'art. 192 al. 3 LDIP – le recours contre des sentences incidentes est restreint aux hypothèses relevant de l'art. 192 lit. a (composition irrégulière du tribunal) et b (sentence sur la compétence) LDIP.

²⁴ Voir l'art. 77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l'art. 107 al. 2 LTF (lequel permet au TF de statuer lui-même sur le fond de l'affaire après avoir annulé la décision querrellée).

²⁵ BERGER / KELLERHALS, n. 92 et la note 45. Voir *infra*, ch. 2.

noncer par avance à tout ou partie des recours prévus à l'article 190 LDIP pour autant qu'elles n'aient ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse (art. 192 al. 1 LDIP).

Enfin, c'est exclusivement par la voie du recours en matière civile auprès du TF, spécifiquement prévue à l'article 77 al. 1 lit. a LTF, que les parties peuvent remettre en cause la sentence (art. 191 LDIP). A noter que ce recours en matière civile, spécifiquement prévu contre les sentences arbitrales, se déroule dans un cadre expressément limité par l'article 77 al. 2 LTF : les articles 90 à 98 LTF ne s'appliquent pas (nature des décisions susceptibles de recours, griefs), tout comme les articles 103 al. 2 LTF (effet suspensif automatique lorsque la décision querellée est constitutive), 105 al. 2 LTF (possibilité pour le TF de rectifier ou compléter les faits s'ils ont été arbitrairement retenus) et 107 al. 2 LTF (effet réformatoire du recours en vertu duquel le TF peut rendre une nouvelle décision)²⁶. Autre point restrictif quant à la recevabilité d'un tel recours : l'article 77 al. 3 LTF prévoit que le TF n'examine les griefs que dans la mesure où ils ont été invoqués et motivés, faisant usage du *Rügeflicht* prévu par l'article 106 al. 2 LTF en ce qui concerne les droits fondamentaux.

2. Arbitrage interne

Le recours contre la sentence est réglé aux articles 389 à 395 CPC²⁷. Il n'est recevable qu'après épuisement des voies de recours arbitrales (art. 391 CPC)²⁸ et ne peut être dirigé que contre les décisions partielles ou finales (art. 392 lit. a CPC), ou alors contre une décision incidente mais uniquement pour les motifs énumérés à l'article 393 lit. a et b (art. 392 lit. b CPC)²⁹.

Les griefs sont énumérés à l'article 393 CPC et sont au nombre de six. Les quatre premiers (art. 393 lit. a à d CPC) sont identiques à ceux énumérés par l'article 190 al. 2 lit. a à d LDIP. Le cinquième (art. 393 lit. e CPC) grief évoque l'hypothèse d'une sentence arbitraire dans son résultat en rapport avec la constatation des faits ou l'application du droit voire de l'équité. On se trouve ici avec un champ de remise en cause beaucoup plus large que ne le prévoit l'article 190 al. 2 lit. e LDIP (limité à l'incompatibilité avec l'ordre public) en relation avec le contenu de la sentence, ce qui a fait l'objet de critiques lors de l'élaboration du CPC : certains préconisaient en effet un parallélisme avec la LDIP

²⁶ Voir *supra*, note 24.

²⁷ A noter que le CPC prévoit aussi une procédure de révision contre les sentences arbitrales (art. 396 à 399 CPC). De même, l'art. 388 CPC prévoit la demande en rectification et en interprétation de la sentence, ou encore une demande de sentence additionnelle.

²⁸ En application du principe de subsidiarité. On trouve ce genre de règles dans l'arbitrage institutionnel, en particulier dans l'arbitrage sportif : CPC Commenté – SCHWEIZER, n. 8 *ad* art. 391.

²⁹ L'art. 393 lit. a et b CPC vise la composition irrégulière du tribunal arbitral ainsi que l'hypothèse d'une sentence tranchant la question de la compétence du tribunal arbitral.

en se contentant d'une référence à l'ordre public, dans l'idée de concrétiser une limitation accrue des possibilités de recours contre une sentence, ce qui aurait pu contribuer à donner un nouvel élan à l'arbitrage interne³⁰. Enfin, l'article 393 lit. f CPC instaure un motif supplémentaire de recours lorsque les dépenses et les honoraires des arbitres fixés par le tribunal arbitral « sont manifestement excessifs ».

Comme pour l'arbitrage international, le recours contre la sentence s'opère par la voie du recours en matière civile auprès du TF, mais en application de l'article 77 al. 1 lit. b LTF (art. 389 al. 1 et 2 CPC). En revanche, l'art. 390 al. 1 CPC prévoit que les parties sont libres de convenir, par déclaration expresse stipulée dans la convention d'arbitrage ou ultérieurement, que le recours se fera non pas auprès du TF mais devant le tribunal supérieur cantonal compétent en vertu de l'article 356 al. 1 lit. a CPC. Selon une partie de la doctrine, la précaution pourrait s'avérer utile lorsque des incertitudes existent quant à l'exigence de valeur litigieuse, la question de l'application de l'article 74 al. 1 LTF à un tel recours n'ayant pas été tranchée jusqu'ici par le TF³¹.

Dans un tel cas, c'est la procédure de recours prévue aux articles 319 à 327 CPC qui est applicable, sous réserve des dispositions spécifiques du CPC relatives au recours contre une sentence arbitrale (lesquelles concernent aussi bien le recours devant une instance cantonale qu'auprès du TF)³². De fait, l'article 394 CPC prévoit la possibilité pour l'instance de recours de ne pas statuer d'emblée mais de renvoyer la sentence auprès du tribunal arbitral en lui impartissant un délai pour la rectifier ou la compléter. Quant à l'article 395 al. 1 à 3 CPC, il concrétise le caractère cassatoire d'un tel recours (tout comme le fait l'article 77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l'article 107 al. 2 LTF), la possibilité demeurant toutefois ouverte pour l'instance de recours de fixer elle-même le montant des dépenses et des honoraires des arbitres lorsque le grief porte sur cette question (art. 395 al. 4 CPC)³³.

A supposer que les parties aient opté pour la voie cantonale, la décision rendue par l'instance cantonale supérieure est définitive (art. 390 al. 2 CPC 2^e phrase), ce qui exclut la saisine du TF³⁴.

³⁰ Ainsi l'Association suisse de l'arbitrage (ASA). Il a finalement été retenu que la contrariété à l'ordre public était une notion trop floue pour être insérée dans le CPC: CPC Commenté – SCHWEIZER, n. 6 *ad* art. 393. La référence à l'arbitraire existait déjà dans le CIA et était critiquée: BERGER / KELLERHALS, n. 92 et note 45.

³¹ CPC Commenté – SCHWEIZER, n. 9 s. *ad* art. 389 et n. 3 *ad* art. 390, lequel est d'avis qu'un tel plancher de valeur litigieuse ne devrait pas exister en matière d'arbitrage, tant interne qu'international.

³² Il s'agit des art. 391 à 395 CPC.

³³ Il s'agit du grief prévu par l'art. 393 lit. f CPC.

³⁴ Sous réserve d'irrégularités touchant la procédure de recours devant l'instance cantonale supérieure: CPC Commenté – SCHWEIZER, n. 16 *ad* art. 390.

E. Avantages et inconvénients de l'arbitrage en général

L'arbitrage est d'emblée perçu comme offrant une flexibilité certaine par rapport à la justice civile. Cette dernière propose certes des procédures différentes au gré de certaines caractéristiques inhérentes au litige, sans toutefois que les parties voire le juge ne disposent d'une grande autonomie leur permettant d'adapter la structure de la procédure aux besoins concrets des plaideurs. Pour prendre l'exemple du CPC, on relèvera cependant que le juge « prend les décisions d'instruction nécessaires à une préparation et à une conduite rapide de la procédure » (art. 124 al. 1 CPC), qu'il dispose de certaines compétences « pour simplifier le procès » (art. 125 CPC) et qu'il peut « en tout état de la cause tenter une conciliation des parties » (art. 124 al. 3 CPC). Les parties peuvent en outre renoncer d'un commun accord à la phase des débats principaux prévue pour la procédure ordinaire (art. 233 CPC)³⁵.

La procédure arbitrale offre une souplesse largement supérieure puisque l'accord sur la base duquel les parties mettent en œuvre les arbitres porte également (tacitement ou explicitement) sur le choix de la procédure applicable, ce qui permet d'emblée aux plaideurs de veiller à la mise en œuvre de règles efficaces et en juste adéquation avec la nature et les enjeux de leur litige. Ces adaptations menant à l'application d'une procédure *ad hoc* peuvent concerner l'administration des preuves (allègement des mesures probatoires) ou encore l'organisation dans le temps des audiences. Ces choix d'ordre procédural s'opèrent en partie dans la clause compromissoire par le biais de la désignation d'un corps de règles de référence³⁶; ils peuvent être affinés en fonction du litige désormais ouvert devant les arbitres, ce qui présuppose toutefois une certaine convergence de vues de la part des plaideurs quant aux enjeux concrets de la procédure³⁷. Ce dernier point est fondamental; il présuppose que les plaideurs agissent dans un cadre procédural d'emblée adapté à la mise en œuvre de cette souplesse, ce qui est d'autant plus important en arbitrage international que parties et arbitres sont parfois issus de cultures procédurales différentes.

La souplesse propre à la procédure arbitrale a pour corollaire une certaine efficacité et aussi une prévisibilité accrue du processus judiciaire, ce qui présente un atout important. Confrontée à un litige, la partie concernée doit en effet pouvoir apprécier avec le plus d'acuité possible les chances et les risques liés à l'ouverture d'une procédure (chances de succès, coût d'une procédure à

³⁵ La loi ne prévoit pas de motifs particuliers à cette renonciation: la plupart du temps cet accord procédural surviendra lorsque l'état de fait n'est pas contesté ou que les parties tiennent les titres produits comme les seuls moyens de preuve nécessaires à permettre au juge de trancher. Voir CPC Commenté – D. TAPPY, n. 3 s. *ad* art. 233.

³⁶ *Infra*, chap. III lit. A.

³⁷ BERGER / KELLERHALS, n. 23.

mettre en relation avec le sacrifice financier issu d'un arrangement avant procès) : l'arbitrage peut faciliter ce type d'analyse.

La procédure arbitrale revêt aussi un avantage décisif sur le plan de la rapidité, compte tenu en particulier de la souplesse avec laquelle peuvent se tenir les audiences³⁸. De plus, on le verra³⁹, la sentence arbitrale prononcée par un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse entre en force aussitôt rendue et offre aux plaideurs un titre exécutoire au même titre qu'un jugement étatique rendu par une instance judiciaire helvétique. Les voies de remise en cause de la sentence auprès des autorités étatiques sont en outre limitées⁴⁰, ce qui contribue à accélérer le processus extra-judiciaire aboutissant à une décision déployant définitivement autorité de chose jugée entre les parties.

Cette prévisibilité et cette efficacité de la procédure arbitrale ont aussi leur prix par rapport à la justice civile : les honoraires des arbitres peuvent en effet être importants en comparaison avec les émoluments d'introduction propres à la justice ordinaire, cet aspect étant souvent considéré comme un désavantage⁴¹. Les parties ont la possibilité de limiter cet impact défavorable de l'arbitrage en prévoyant la nomination d'un arbitre unique : cette solution n'est toutefois pas toujours adaptée aux enjeux du litige qui mèneront les plaideurs à opter pour un tribunal à trois arbitres. A relever par ailleurs que le processus de désignation des arbitres présente en lui-même un avantage aux yeux des parties confrontées à un litige de nature internationale dès lors que les arbitres seront perçus comme moins sujets à des attaches locales que ne le paraîtrait un tribunal civil, par définition issu d'une organisation judiciaire propre à un lieu et à une tradition procédurale donnés⁴².

A ces considérations s'en ajoute une autre : certains litiges compliqués nécessitent une expérience et des connaissances particulières de la part des juges, une nécessité dont les parties tiennent compte au moment de désigner le tribunal arbitral⁴³. A titre d'exemple, il peut arriver que le tribunal arbitral comprenne un expert-comptable, un architecte et un avocat, ce qui est propre à assurer d'emblée une certaine « crédibilité » et un certain équilibre à la sentence qui sera rendue.

Autre avantage de l'arbitrage, sa confidentialité : le cadre essentiellement privé dans lequel se déroule la procédure limite le risque que certaines affaires

³⁸ Burkhalter / Grell, n. 9.

³⁹ *Infra*, chap. IV lit. D.

⁴⁰ *Supra*, lit. D.

⁴¹ A propos des coûts: Berger / Kellerhals, n. 24.

⁴² Burkhalter / Grell, n. 11.

⁴³ Burkhalter / Grell, n. 9. Ceci peut jouer un rôle pour certains litiges en relation avec un immeuble (ainsi en matière de contrat d'entreprise ou de bail commercial).

sensibles ne parviennent à la connaissance de tiers, ce qui assure la discrétion voulue au règlement du litige⁴⁴.

Ces considérations – toutes générales – doivent bien évidemment être tempérées de cas en cas; elles prévalent toutefois en matière immobilière également.

II. Les litiges immobiliers sont-ils arbitrables ?

A. De l'arbitrabilité des litiges

L'arbitrage est issu d'une convention entre les parties et à ce titre relève de l'autonomie privée. L'arbitre ou le collège des arbitres se substituent de la sorte au juge étatique tout en rendant une sentence appelée à déployer les mêmes effets qu'une décision judiciaire. C'est la raison pour laquelle la fixation des limites dans lesquelles l'arbitrage se voit conférer droit de cité est l'un des points cardinaux du droit de l'arbitrage. L'arbitrabilité est considérée comme une condition touchant d'une part à la validité (matérielle) de la convention arbitrale, d'autre part à la compétence du tribunal arbitral⁴⁵.

Comme déjà évoqué, la sentence arbitrale est susceptible d'être examinée par l'instance de recours étatique et demeure soumise à un certain contrôle eu égard à des exigences considérées comme fondamentales⁴⁶. C'est dans le cadre de cet examen que le juge s'assurera que le litige tranché par telle ou telle sentence était arbitral, une question qui – en Suisse, comme on l'a vu⁴⁷ – se résout à l'aune du CPC pour l'arbitrage interne, de la LDIP pour l'arbitrage international.

1. En arbitrage interne

L'article 354 CPC est consacré à l'« objet de la convention d'arbitrage » et pose le principe selon lequel « l'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties ». En cela, cette disposition reprend le texte de l'article 5 CIA, lequel comportait toutefois le membre de phrase suivant : «...à moins que la cause ne soit de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi »⁴⁸. La suppression de cette adjonction provient du fait qu'elle était source de confusion, donnant à

⁴⁴ Burkhalter / Grell, n. 10.

⁴⁵ Berger / Kellerhals, n. 169. Sur l'arbitrabilité, voir aussi CR LDIP – Tschanz, n. 12 ss *ad* art. 177; BSK IPRG - Brinner, n. 2 ss *ad* art. 177.

⁴⁶ Berger / Kellerhals, n. 166. Voir *supra*, chap. I lit. D.

⁴⁷ *Supra*, chap. I lit. C.

⁴⁸ Bohnet, p.162 s.

penser que des matières pour lesquelles la loi prévoit un for impératif ou semi-impératif ne seraient pas arbitrables de ce seul fait, ce qui est faux⁴⁹. En clair, des règles de compétence *ratione loci* ne suffisent pas à exclure l'arbitrage, tout comme celles qui imposent une procédure spéciale (simplifiée [art. 242ss CPC], sommaire [art. 248ss CPC]) ou encore l'absence de perception de frais judiciaires pour le procès au fond (art. 114 lit c CPC). Dans le même ordre d'idée, le fait que le CPC impose la maxime inquisitoire dans certains cas (art. 247 al. 2 CPC)⁵⁰ n'exclut nullement l'arbitrabilité : ce type de dispositions d'ordre procédural concernent la façon de faire valoir en justice la prétention litigieuse et ne portent nullement atteinte au droit des parties d'en disposer.

La disponibilité du droit peut en fin de compte s'apprécier de deux manières. Sous l'angle du droit matériel, c'est essentiellement la liberté contractuelle qui prédomine, dans les limites de l'article 19 CO et de certaines dispositions impératives de la loi (par ex. l'art. 341 CO). Sous l'angle procédural, il peut arriver que les parties n'aient pas la libre disposition du litige dans la mesure où le litige est soumis à la maxime d'office (art. 58 al. 2 CPC). Il convient de déterminer dans quelle mesure ces deux critères jouent un rôle lorsqu'il s'agit de trancher la question de l'arbitrabilité du droit dans un cas donné⁵¹.

Quoi qu'il en soit, il suffit que les parties puissent disposer librement du droit litigieux pour que la cause soit arbitrale, ce qui peut aussi concerner des prétentions issues de rapports de droit public⁵². On admet qu'une partie peut disposer d'une prétention dans la mesure où elle-même est habilitée à y renoncer, ce qui est le cas pour la plupart des prétentions résultant du droit civil et du droit commercial⁵³. Bien évidemment, une partie ne peut disposer librement d'un droit lorsque le consentement du juge est nécessaire à ces fins, à l'instar des effets accessoires du divorce (art. 279 CPC)⁵⁴.

La loi mentionne en outre la disposition « *des* » parties, ce qui place toute procédure gracieuse hors du champ de l'arbitrage interne; de même, le critère de la faculté pour les parties de disposer du droit litigieux exclut l'arbitrabilité

⁴⁹ BERGER / KELLERHALS, n. 237, relevant l'exemple des litiges impliquant un consommateur, qui demeurent arbitrables en dépit de l'art. 32 CPC (anciennement art. 22 LFors); BOHNET, p. 172 s., relevant à juste titre que le législateur conserve la possibilité de réserver la solution de certains litiges à la compétence exclusive des tribunaux étatiques; PERRET, Arbitrage interne, p. 136; BSK ZPO – WEBER-STRECHER, n. 12 *ad* art. 354.

⁵⁰ Ceci vise les affaires mentionnées à l'art. 243 al. 2 CPC ainsi que – notamment – les litiges portant sur un contrat de travail.

⁵¹ *Infra*, lit. B. BURKHALTER / GRELL, n. 34 ss.

⁵² Komm ZPO - WENGER, n. 16 *ad* art. 354.

⁵³ Komm ZPO - WENGER, n. 12a *ad* art. 354 (une action en annulation d'une décision de l'assemblée générale implique toutefois que tous les actionnaires soient liés par la clause arbitrale).

⁵⁴ Komm ZPO - WENGER, n. 11 *ad* art. 354.

d'un certain nombre de litiges en rapport avec le statut de la personne aboutissant à un jugement formateur, à l'instar d'une procédure de divorce⁵⁵.

La mise en œuvre de ces critères n'est pas toujours aisée. Par exemple les litiges qui, par leur nature, relèvent de la pure exécution (ainsi le prononcé de la mainlevée par la voie ordinaire [art. 79 LP] ou sommaire [art. 80 à 82 LP]⁵⁶, le prononcé de la faillite [art. 171 LP]) ne sont pas arbitrables à l'inverse de litiges dont l'objet relève du droit matériel même s'ils sont en lien avec une poursuite en cours (art. 79 LP s'agissant du prononcé au fond, 83 al. 2, 86, 153a, 186, 279 LP)⁵⁷. La question est plus délicate pour les litiges qui relèvent de la poursuite mais déploient des effets réflexes sur le droit matériel à l'instar de la revendication dans la saisie ou la faillite (art. 106 à 109 LP, art. 242 LP), de la contestation de l'état de collocation (art. 148 et 250 LP), de l'action en annulation de la poursuite (art. 85a LP) ou encore de l'action révocatoire⁵⁸.

La question de l'arbitrabilité relève du droit matériel et s'analyse à la lumière de la *lex causae* (droit applicable en vue de statuer sur le fond), ce qui renvoie au droit choisi par les parties ou alors au droit applicable à défaut d'élection de droit (art. 381 al. 1 lit. a et al. 2 CPC).

Le droit du travail et le droit du bail soulèvent quelques problèmes en ce qui concerne leur arbitrabilité, aspects qui seront abordés plus loin⁵⁹.

2. En arbitrage international

Il convient de se référer à l'article 177 al. 1 LDIP à teneur duquel « toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage »⁶⁰. L'appréciation du caractère patrimonial du litige s'opère conformément au droit suisse (siège de l'arbitrage), conformément à une jurisprudence bien établie⁶¹. Il y a une cause patrimoniale dès lors qu'un intérêt économique est en jeu, ainsi que l'indique le TF en ces termes : «... tombent sous le coup de cette disposition [l'art. 177 al. 1 LDIP] toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d'actif ou de passif, autrement dit les droits qui présentent, pour l'une au moins de celles-ci, un intérêt pouvant être apprécié en argent...»⁶².

⁵⁵ Komm ZPO - WENGER, n. 11 *ad* art. 354.

⁵⁶ ATF 136 III 583 consid. 2.1.

⁵⁷ Komm ZPO - WENGER, n. 15 *ad* art. 354.

⁵⁸ BERGER / KELLERHALS, n. 226; Komm ZPO - WENGER, n. 15 *ad* art. 354.

⁵⁹ *Infra*, lit. B ch. 3 lit. b et lit. c.

⁶⁰ BURKHALTER / GRELL, n. 27 & 37 ss.

⁶¹ BERGER / KELLERHALS, n. 194, se référant à l'ATF 118 II 353 consid. 3a.

⁶² ATF 118 II 353 consid. 3b; voir aussi ATF 108 II 77 consid. 1a. Voir en outre ZK IPRG - VISCHER, n. 5 ss *ad* art. 177.

Ainsi, la contestation d'une décision de l'assemblée générale d'une association (art. 75 CC) à but purement idéal n'est pas arbitrale, tout comme les affaires relevant du statut des personnes (mariage, divorce, paternité, adoption) ou de la protection de la personnalité, même si le litige revêt aussi des aspects patrimoniaux (ainsi les effets accessoires du divorce). On pourrait certes admettre que le tribunal arbitral statue sur des aspects pécuniaires uniquement – ainsi les effets accessoires du divorce – mais une telle sentence pourrait se heurter à des problèmes d'exécution en Suisse dès lors que ces aspects n'auraient pas été avalisés par le juge en violation de l'article 279 CPC, cette disposition pouvant être assimilée à une règle d'ordre public (art. 190 al. 2 lit. e LDIP)⁶³.

Pour ce qui tient à la LP, on se trouve dans une situation assez proche de ce qui a été évoqué en lien avec l'arbitrage interne (*supra*, ch. 1) : par nature ces litiges sont d'ordre patrimonial, mais ce qui relève de la pure exécution ne peut être arbitré (par ex. les articles 80 à 82, 85 et 265a al. 4 LP)⁶⁴. Pour ce qui concerne le droit du bail : voir *infra*, lit. B ch. 3 lit. c⁶⁵.

On le voit, l'arbitrabilité sur le plan international ne répond pas aux mêmes règles que sur le plan interne : dans ce dernier contexte et contrairement à ce qui prévaut en arbitrage international, des causes de nature non patrimoniale sont arbitrables pour autant que les parties puissent en disposer, tandis qu'à l'inverse certaines causes de nature patrimoniale pourraient ne pas être arbitrables faute pour les parties de pouvoir en disposer librement⁶⁶. Ce résultat – issu de la dichotomie entre arbitrage interne et arbitrage international – est-il cohérent ? On peut en douter.

L'arbitre – sur le plan international également – devrait examiner d'office l'arbitrabilité du litige⁶⁷.

B. Aperçu de quelques litiges en matière immobilière et de leur arbitrabilité

L'adjectif « immobilier » qui compose le titre de cet exposé amène à faire un bref inventaire des litiges susceptibles de naître en relation avec un immeuble au sens de l'article 655 al. 2 CC. Cette analyse sera présentée par référence à des institutions juridiques du droit suisse, ce qui n'empêche pas de la transposer à des figures issues d'ordres juridiques étrangers. Une classification de ces

⁶³ Anciennement l'art. 140 CC, abrogé concomitamment à l'entrée en vigueur du CPC: BERGER / KELLERHALS, n. 208; ATF 87 I 291 consid. 2.

⁶⁴ BERGER / KELLERHALS, n. 223ss; BSK IPRG - BRINER, n. 14 *ad art.* 177.

⁶⁵ Voir notamment BERGER / KELLERHALS, n. 227 ss.

⁶⁶ BSK ZPO –WEBER–STECHE, n. 7 ss *ad art.* 354; BSK IPRG - BRINER, n. 11 *ad art.* 177.

⁶⁷ ZK IPRG –VISCHER, n. 26 *ad art.* 177.

litiges est proposée, étant précisé que d'autres catégorisations peuvent s'envisager.

1. Litiges en rapport avec des transactions sur l'immeuble

a. Vente immobilière

La vente de l'immeuble au sens des articles 216 et suivants CO peut donner lieu à des litiges tenant notamment à son exécution (transfert de la propriété, paiement du prix) et à la garantie (art. 219 CO). Les parties sont bien évidemment libres de prévoir une clause compromissoire dans le contrat, lequel doit être conclu par acte authentique (art. 216 al. 1 CO). L'arbitrabilité de ce type de litiges ne pose pas de problème : sur le plan interne ce type de litiges relève de la libre disposition des parties (art. 354 CPC), tandis que du point de vue de l'arbitrage international, il s'agit d'une cause de nature patrimoniale au sens de l'article 177 al. 1 LDIP.

Cela vaut aussi lorsque le transfert immobilier découle d'enchères volontaires (art. 229 al. 2 CO); en revanche l'arbitrabilité est exclue lorsqu'il s'agit d'enchères forcées (art. 229 al. 1 CO), cas dans lequel ce sont les voies de droit prévues par la LP qui entrent en ligne de compte⁶⁸.

b. Contrat de courtage

Le courtier (art. 412 à 418 CO) en matière immobilière est chargé, moyennant un salaire, d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure une convention en rapport avec l'immeuble débouchant la plupart du temps sur la conclusion d'un contrat de bail ou d'une vente : on se référera à la définition générale du courtage proposée par l'article 412 al. 1 CO⁶⁹. Il est indifférent que le courtier agisse pour le propriétaire-vendeur ou l'acquéreur, pour le locataire ou le bailleur. Les prétentions qui naissent en faveur des parties au contrat de courtage découlent pour l'essentiel des règles du mandat (art. 412 al. 2 CO).

L'arbitrabilité d'un litige né de la mise en œuvre d'un contrat de courtage ne fait guère de doute. Les prétentions relèvent de la libre disposition des parties dans la perspective d'un arbitrage interne (art. 354 CPC), et constituent un litige de nature patrimoniale en application des critères relevant de l'arbitrage international (art. 177 al. 1 LDIP)⁷⁰. Le fait qu'un tel contrat soit conclu avec un

⁶⁸ Burkhalter / B. Grell, n. 43.

⁶⁹ CR CO I –Rayroux, n. 3 *ad* art. 412.

⁷⁰ Burkhalter / Grell, n. 50; Josi, n. 18 s.

consommateur ne s'oppose pas à son arbitrabilité sur le plan interne⁷¹, en dépit de l'existence de règles de for semi-impératives prévue par l'article 32 CPC, aucune contrainte n'étant de mise quant au siège du tribunal arbitral⁷².

c. *Contrat d'agence*

Les mêmes principes s'appliqueront au contrat d'agence (art. 418a à 418v CO), l'agent prenant à titre permanent⁷³ l'engagement de négociier la conclusion d'affaires pour le mandant ou d'en conclure à son nom et pour son compte sans être lié avec lui par un contrat de travail (art. 418a CO). On peut certes se demander si les litiges en rapport avec l'indemnité convenable pour la clientèle (art. 418u CO) sont arbitrables sur le plan interne puisque la renonciation stipulée d'avance par l'agent à une telle indemnité n'est pas admissible. Il nous semble que l'indisponibilité du droit visée *a contrario* par l'art. 354 CPC doit s'entendre restrictivement et qu'elle n'englobe pas les cas dans lesquels le législateur se limite à imposer de façon éparse l'une ou l'autre règle contraignante au sein d'un rapport contractuel. Il en va ainsi de l'article 418u CO, tout comme – à titre d'autre exemple – de l'article 400 al. 1 CO qui impose le droit pour chacune des parties de mettre fin au mandat en tout temps : telle ne pouvait être en effet l'intention du législateur que de restreindre à ce point l'accès aux tribunaux arbitraux⁷⁴.

2. **Litiges en rapport avec la construction de l'immeuble**

a. *Normes du droit public de la construction*

On rappellera que seuls sont arbitrables les litiges relevant du droit privé, ce qui exclut du champ de l'arbitrage les litiges relatifs aux normes administratives de droit public en matière de construction, lesquelles relèvent principalement (mais pas uniquement) de la LF sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT)⁷⁵ et des normes cantonales⁷⁶ : quelques jurisprudences cantonales ont eu l'occasion de le rappeler⁷⁷. Il en va de même – soit dit en passant –

⁷¹ La question ne se pose pas en arbitrage international car il s'agit d'un litige de nature patrimoniale au sens de l'art. 177 al. 1 LDIP, le critère de la disponibilité de l'objet du litige n'entrant en ligne de compte que pour l'arbitrage interne.

⁷² JOSI, n. 19.

⁷³ Ces dispositions s'appliquant également aux personnes exerçant accessoirement la profession d'agent: art. 418a al. 2 CO.

⁷⁴ On le verra (*infra*, ch. 3 lit. b et lit. c), les enjeux sont différents concernant le contrat de travail et le contrat de bail, figures juridiques dans lesquels transparaît une volonté très forte du législateur d'imposer une large protection à l'une des parties, considérée comme se trouvant dans une position de faiblesse par rapport à l'autre.

⁷⁵ RS 700.

⁷⁶ Ainsi la loi genevoise sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (RS GE L 5 05).

⁷⁷ BURKHALTER / GRELL, n. 90.

de tout autre litige de nature administrative, à l'instar de procédures dirigées contre des décisions du conservateur du registre foncier⁷⁸, qui relèvent notamment de l'Ordonnance sur le registre foncier du 23 septembre 2011⁷⁹.

En revanche, un litige entre le superficiaire et le propriétaire du fonds grevé relatif aux modalités des constructions prévues sur le fonds relève du droit privé (il s'agit de la mise en œuvre de droit subjectifs issus du droit privé, à savoir les articles 675 et 779 CC) et sera arbitrable⁸⁰.

b. Contrats de prestations de service

L'immeuble génère de nombreuses activités commerciales ayant trait à sa conception, sa construction, ou encore sa mise en valeur. Toutes ces activités peuvent donner lieu à des litiges entre les parties au contrat concerné, dont l'arbitrabilité ne fait pas de doute, tant sous l'angle de la disponibilité du droit (arbitrage interne [art. 354 CPC]) que du caractère « patrimonial » du litige (arbitrage international [art. 177 al. 1 LDIP]).

On peut penser – pour s'en tenir aux litiges les plus fréquents – au contrat d'entreprise (art. 363ss CO), au contrat de mandat (art. 394ss CO) et aux nombreux contrats mixtes ou innommés qui gravitent autour de ces deux figures juridiques de base réglementées par la partie spéciale du CO : ainsi le contrat d'architecte, le contrat d'ingénieur et le contrat d'entreprise générale⁸¹. Ces relations contractuelles donnent souvent lieu à des litiges et portent parfois sur des montants très importants : ils constituent le noyau dur de l'arbitrage en matière immobilière. Il faut dire que l'institution de l'arbitrage offre la souplesse procédurale, l'efficacité et la discrétion que recherchent les parties à de tels litiges, sans compter la possibilité pour les parties de désigner des arbitres spécialisés dans ce genre d'affaires (architecte, expert-comptable, avocat). Ce dernier aspect permet d'augurer d'emblée l'avènement d'une sentence qui tienne compte des spécificités techniques du litige, à l'instar de ce qu'on pourrait attendre d'un tribunal de commerce⁸².

⁷⁸ BURKHALTER / GRELL, n. 90. Voir *infra*, ch. 4 lit. a.

⁷⁹ RS 211.432.1. A relever que ces litiges, de nature administrative mais en lien avec des enjeux de nature civile, sont portés devant le TF par la voie du recours en matière civile (art. 72 al. 2 lit. b ch. 2 LTF).

⁸⁰ BURKHALTER / GRELL, n. 91.

⁸¹ Pour de longs développements sur le *Facility-Management*: BURKHALTER / GRELL, n. 69 ss.

⁸² L'art. 6 CPC habilite les cantons à instituer un tribunal de commerce statuant en instance cantonale unique sur les litiges commerciaux (dont la définition est prévue à l'art. 6 al. 2 CPC). L'institution est méconnue à Genève mais fonctionne très bien à Zurich.

3. Litiges en rapport avec la gestion de l'immeuble

De même, l'administration et l'entretien de l'immeuble génèrent de nombreux contrats extrêmement répandus en pratique et qu'on ne saurait envisager de façon exhaustive ici. Trois figures juridiques ne peuvent être passées sous silence, ce d'autant que deux d'entre elles présentent des particularités propres à mettre en doute leur arbitrabilité.

a. Contrat de gérance immobilière

La gestion de l'immeuble nécessite souvent l'intervention d'un tiers qui met son savoir-faire en matière de gestion à la disposition du propriétaire contre une rémunération la plupart du temps calculée de façon forfaitaire en fonction des loyers encaissés (à laquelle vient s'ajouter la facturation de dépenses ou d'honoraires spécifiques dans certains cas). Le contrat de gérance immobilière (*Liegenschaftsverwaltungsvertrag*) est qualifié de contrat mixte et relève principalement du mandat (art. 394ss CO)⁸³. Ces figures juridiques, tout comme le *Facility-Management* (FM)⁸⁴, donnent lieu à des litiges de nature patrimoniale, ce qui permet de les soumettre à un arbitrage international (art. 177 al. 1 LDIP). Sur le plan de l'arbitrage interne, ces litiges portent sur des prétentions qui relèvent de la libre disposition des parties (art. 354 CPC) ce qui les rend arbitrables également.

b. Contrat de travail

Une relation contractuelle relevant du contrat de travail n'est pas à exclure *a priori* dans le vaste domaine que recouvre le concept de l'immobilier⁸⁵. On peut penser au concierge de l'immeuble, mais aussi au directeur d'une régie immobilière...

La question de l'arbitrabilité de ce type de litiges a fait couler beaucoup d'encre, ce qui tient à la protection particulière que le droit fédéral octroie au travailleur. Cette protection relève tout d'abord du droit matériel : l'article 341 al. 1 CO prévoit que le travailleur « ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective »⁸⁶.

Elle relève aussi du droit de procédure. Avant l'entrée en vigueur du CPC, l'article 343 al. 2 à 4 CO (unification à froid) prévoyait l'obligation pour les can-

⁸³ Voir notamment FISCHER, p. 399 ss.

⁸⁴ Sur la notion de FM: BURKHALTER, p. 39ss; BURKHALTER / GRELL, n. 69ss; ODOK, 139 ss.

⁸⁵ Ces catégories amènent parfois à placer sous un même dénominateur des figures juridiques très diversifiées. On peut penser au "*droit du sport*" qui englobe des thèmes aussi diversifiés que le droit du travail, l'insolvabilité, l'association, l'arbitrage et la procédure, la concurrence, le droit de la personnalité, le sponsoring, etc...

⁸⁶ BOHNET, p. 163 s.

tons de prévoir – notamment – une procédure « simple et rapide » pour tous les litiges dont la valeur litigieuse ne dépassait pas 30'000 francs, tout en imposant (pour ces mêmes litiges) la maxime inquisitoire et le principe de la libre appréciation des preuves⁸⁷. Ces dispositions de procédure ont été logiquement abrogées avec l'entrée en vigueur du CPC, lequel en a repris la substance : la procédure simplifiée s'applique aux affaires dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 CHF (art. 243 al. 1 CPC; peu importe la matière), on y applique un devoir d'interpellation accru du juge (art. 247 al. 1 CPC) tandis que la maxime inquisitoire s'applique (art. 247 al. 2 lit b ch. 2 CPC)⁸⁸.

C'est le souci d'assurer l'effectivité de ces normes protectrices (relevant du droit matériel et de la procédure) qui soulève la question de l'arbitrabilité de tels litiges dès lors que les arbitres ne sont pas tenus par ces règles de procédure et pourraient être amenés à trancher en appliquant d'autres règles de droit. La question est controversée⁸⁹. Le TF l'a tranchée par un arrêt de principe du 28 juin 2010, lequel a toutefois été rendu sous l'empire de l'article 5 CIA aujourd'hui abrogé⁹⁰. Cet arrêt relève tout d'abord qu'un tel litige est de nature patrimoniale au sens de l'article 177 al. 1 LDIP, ce qui le rend arbitral si l'une des parties avait son domicile ou sa résidence à l'étranger au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage (on se trouve alors dans un arbitrage international)⁹¹.

On le sait, l'arbitrage interne est gouverné par un autre critère en vue de déterminer l'arbitrabilité d'un litige, à savoir celui de la « libre disposition des parties » (aujourd'hui [CPC] comme hier [CIA]). Tout d'abord le TF relève que l'arbitrabilité n'est pas liée à l'existence d'un for impératif (ou semi-impératif), un principe en vertu duquel – on l'a vu⁹² – l'article 5 CIA sera repris par l'article 354 CPC sans son deuxième membre de phrase⁹³ : à ce stade du raisonnement, un litige relevant du travail demeure arbitral. Le TF considère en revanche que l'article 341 al. 1 CO – dans la mesure où il interdit au travailleur (qui se trouve « dans une situation de dépendance aigüe ») de renoncer à des créances issues de normes impératives voire semi-impératives (toutes énumérées aux art. 361 et 362 CO) sans contrepartie adéquate – exclut que le travail-

⁸⁷ BOHNET, p. 164 ss.

⁸⁸ CPC Commenté –TAPPY, n. 10 ss *ad* art. 243 et n. 4 ss & 16 ss *ad* art. 247.

⁸⁹ ATF 136 III 467, consid. 4.3. L'arbitrabilité est en revanche admise pour les conflits collectifs de travail qui s'élevaient entre des employeurs (ou organisations d'employeurs) et des organisations de travailleurs (consid. 4.2).

⁹⁰ ATF 136 III 467.

⁹¹ ATF 136 III 467, consid. 4.2; Komm ZPO - WENGER, n. 21 *ad* art. 354.

⁹² *Supra*, chap. II lit. A ch. 1.

⁹³ C'est seulement lorsque le droit fédéral impose une compétence étatique à raison de la matière que l'arbitrabilité était considérée comme exclue en application de l'art 5 CIA: ATF 136 III 467, consid. 4.4.

leur puisse convenir d'avance⁹⁴ que de telles prétentions seront soumises à arbitrage⁹⁵.

Cette jurisprudence ne fait pas l'unanimité et on peut considérer aujourd'hui que la question demeure controversée. Il est intéressant de relever que le TF a récemment rendu un nouvel arrêt, le 17 avril 2013; la question y est évoquée sous l'angle de l'article 354 CPC⁹⁶. Sans la trancher à nouveau (ce n'était pas nécessaire pour la résolution de l'affaire), le TF prend acte de ce que sa jurisprudence de principe du 28 juin 2010 sus-évoquée a provoqué de nombreux débats mais ne voit pas de raison de la réexaminer⁹⁷.

On peut douter du bien-fondé de cette jurisprudence. Tout d'abord, la différence de solutions qui prévaut entre arbitrage interne et arbitrage international ne se justifie pas vraiment. On peut en outre se demander ce qu'il adviendrait d'une convention relevant de l'arbitrage interne et qui prévoirait un *opting out* en faveur des règles sur l'arbitrage international comme le permet l'article 353 al. 2 CPC : on aboutirait de la sorte à une substitution de critère en ce qui concerne l'arbitrabilité – la nature patrimoniale du litige (art. 177 al. 1 LDIP) prenant le pas sur la disponibilité de la prétention litigieuse (art. 354 CPC) – et le litige deviendrait alors arbitrable⁹⁸. Il n'est pas certain, dans la perspective adoptée par le TF, qu'un tel *opting out* en faveur de l'arbitrage international serait reconnu par le juge étatique dans la mesure où il serait perçu comme une manière de contourner des normes de droit interne considérées comme fondamentales.

A supposer que le litige concerne à la fois des droits issus de normes impératives et des droits issus de dispositions non impératives du contrat de travail : faut-il « dichotomiser » le litige en imposant la compétence étatique pour certaines conclusions et en se conformant à la clause compromissoire pour d'autres ? Peut-on vraiment assimiler la renonciation aux juridictions étatiques à la renonciation à des dispositions de droit matériel ? Enfin, à suivre une certaine cohérence, pourquoi des litiges en rapport avec des dispositions impératives telles que les articles 404 CO (résiliation en tout temps du mandat) et 418u CO (droit de l'agent à une indemnité convenable pour la clientèle) demeureraient arbitrables tandis que certaines prétentions du travailleur ne le seraient pas⁹⁹ ?

⁹⁴ On peut admettre en revanche qu'une convention d'arbitrage soit conclue après la fenêtre temporelle visée à l'art. 341 al. 1 CO.

⁹⁵ ATF 136 III 467, consid. 4.6.

⁹⁶ ATF rendu le 17.4.2013 dans la cause 4A_515/2012.

⁹⁷ 4A_515/2012, consid. 4.2.

⁹⁸ Komm ZPO - WENGER, n. 21 ad art. 354 (qui admet une telle possibilité).

⁹⁹ ATF rendu le 17.4.2013 dans la cause 4A_515/2012, consid. 4.2. Il est vrai aussi que l'approche peut évoluer, notamment du fait que l'arbitrage en Suisse est désormais entièrement réglé par le

C'est finalement l'interprétation de la notion de « libre disposition » au sens de l'article 354 CPC qui doit s'avérer déterminante. Nous sommes d'avis que cette notion doit être appréhendée sous son acception judiciaire – la perspective de l'arbitrage elle-même relève de considérations judiciaires et non du droit matériel – et que le vrai critère consiste à déterminer si le législateur a entendu laisser aux parties à une procédure contentieuse le pouvoir de disposer de l'objet du litige (ainsi le prévoit la maxime de disposition [art. 58 al. 1 CPC] qui est la règle) ou si au contraire le juge étatique peut lui-même disposer de l'objet du litige (ainsi le prévoit la maxime d'office [art. 58 al. 2 CPC] qui fait figure d'exception). Dans la deuxième hypothèse, la prétention soumise par le demandeur à la sagacité du juge ne relève pas de la libre disposition des parties si bien qu'un tel débat judiciaire n'est pas arbitral. Il en va ainsi des causes relatives à l'état des personnes (par ex. procédure de divorce [art. 279]) ainsi que des procédures applicables aux enfants (art. 296 al. 3 CPC). On peut ajouter à ces cas de figure l'hypothèse dans laquelle – en dépit de l'inapplicabilité de la maxime d'office – le législateur imposerait l'inarbitralité de certains types de litiges¹⁰⁰.

Le droit du travail – même s'il prévoit des dispositions impératives (art. 361 CO) ou semi-impératives (art. 362 CO) – ne donne pas lieu à des litiges judiciaires auxquels devrait s'appliquer la maxime d'office, raison pour laquelle nous sommes d'avis que ces litiges devraient pouvoir être arbitrés non seulement sur le plan international (ainsi que cela est admis) mais aussi en arbitrage interne¹⁰¹. Un tel constat aurait en outre le mérite de mettre fin à la différence prévalant sur ce point entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international, laquelle est difficilement justifiable : pourquoi le travailleur ayant conclu alors qu'il avait à l'époque son domicile à l'étranger serait « moins protégé » que le même travailleur ayant conclu le même contrat avec le même employeur alors qu'il était domicilié en Suisse ?

Quoi qu'il en soit, il convient aujourd'hui d'avoir conscience qu'à teneur de la jurisprudence actuelle et récente du TF, les litiges portant sur certains droits du travailleur ne peuvent faire l'objet d'un arbitrage interne, à tout le moins

droit fédéral: on ne saurait exclure à ce stade que certains principes importants relevant de l'arbitrage international ne soient finalement repris en arbitrage interne (ainsi la question de l'arbitralité) afin d'éviter des distinctions pas toujours très cohérentes.

¹⁰⁰ Ainsi en droit du bail concernant les locaux d'habitation: *infra*, lit. c.

¹⁰¹ BOHNET, p. 165ss: cet auteur – dont la publication survenait sous l'empire des législations cantonales de procédure – se réfère à la LFors et retient l'arbitralité sur le plan interne, mais pour autant que le tribunal arbitral ait son siège à l'un des deux fors prévus à l'art. 24 al. 1 LFors (aujourd'hui l'art. 34 al. 1 CPC): cette restriction quant au siège du tribunal arbitral ne nous semble pas justifiée, *a fortiori* compte tenu de l'existence d'un espace d'exécution unique en Suisse depuis l'entrée en vigueur du CPC (*infra*, ch. 4 lit. a).

sur la base d'une clause compromissoire passée avec le contrat de travail, pendant la durée des rapports de travail ou encore dans le mois qui suit¹⁰².

c. *Contrat de bail*

Le bail est sans doute l'une des figures juridiques qui accapare une part importante de l'activité d'une régie immobilière. L'arbitrage était expressément interdit pour les baux d'habitation à teneur de l'article 274c aCO en vigueur avant le 1^{er} janvier 2011, demeurant réservée la faculté par les parties de désigner les autorités étatiques de conciliation pour faire office de tribunal arbitral (art. 274a al. 1 lit e aCO)¹⁰³. Ces dispositions ont été abrogées¹⁰⁴ lors de l'entrée en vigueur du CPC (1^{er} janvier 2011), et remplacées par une seule disposition : l'article 361 al. 4 CPC – qui déploie les mêmes effets que les dispositions du CO précitées – prévoit désormais que « dans les litiges relatifs aux baux à loyers ou à ferme d'habitations, seule l'autorité de conciliation peut être désignée comme tribunal arbitral », ce qui renvoie à l'autorité paritaire décrite à l'article 200 al. 1 CPC. Un tel "arbitrage" ne saurait être assimilé à un arbitrage interne au sens propre du terme, dès lors que la désignation du tribunal arbitral est une composante caractéristique de la clause compromissoire¹⁰⁵. Cela dit, sur un plan strictement procédural, la décision rendue par la commission de conciliation dont la saisine est opérée en application de l'article 361 al. 4 CPC sera traitée comme une sentence arbitrale : elle ne pourra être remise en cause qu'en application des articles 389ss CPC (et non des art. 308ss & 319ss CPC relatifs à l'appel et au recours contre les jugements rendus par les juridictions civiles de première instance)¹⁰⁶.

Quoi qu'il en soit, le législateur exprime clairement sa volonté d'exclure le champ du bail à loyer d'habitations du champ de l'arbitrage interne¹⁰⁷. Il est par conséquent inutile de prévoir une clause compromissoire dans un contrat de bail à loyer portant sur des locaux d'habitation, le litige n'étant pas arbitral quelle que soit la prétention litigieuse¹⁰⁸. En revanche, rien ne s'oppose à l'adjonction d'une telle clause au sein d'un contrat de bail portant sur des lo-

¹⁰² Une convention d'arbitrage passée après cette période "de protection" ne pose pas de problème: Komm ZPO - WENGER, n. 20 *ad art.* 354.

¹⁰³ BOHNET, p. 169 ss.

¹⁰⁴ Tout le chapitre IV consacré au bail à loyer et intitulé "*Autorités et procédure*" (art. 274 à 274g CO) a été abrogé – logiquement s'agissant de normes d'unification à froid de la procédure – lors de l'entrée en vigueur du CPC.

¹⁰⁵ BSK ZPO –WEBER-STECHER, n. 38 *ad art.* 354.

¹⁰⁶ CPC Commenté – P. SCHWEIZER, n. 11 *ad art.* 361.

¹⁰⁷ BURKHALTER / B. GRELL, n. 54.

¹⁰⁸ Et pas seulement pour les matières mentionnées à l'art. 243 al. 2 lit. c CPC (procédure simplifiée pour les litiges concernant la consignation du loyer, la protection contre les loyers abusifs, la protection contre les congés ou la prolongation du bail): BSK ZPO – WEBER-STECHER, n. 38 *ad art.* 354.

caux commerciaux, ce qui d'ailleurs se fait en pratique, le principe prévalant quel que soit l'aspect litigieux¹⁰⁹.

La question est délicate si on se place sur le plan de l'arbitrage international. A première vue les litiges relevant du bail sont de nature patrimoniale, ce qui les rendrait sans autre arbitrables en vertu de l'article 177 al. 1 LDIP. La question ne fait pas de doute concernant les baux commerciaux¹¹⁰. En revanche, la doctrine est divisée sur la portée de l'article 361 al. 4 CPC, considéré par certains auteurs comme une disposition impérative au sens de l'article 18 LDIP avec pour conséquence qu'une sentence arbitrale rendue dans un litige portant sur un bail d'habitation serait incompatible avec l'ordre public suisse (art. 190 al. 2 lit. e LDIP), à tout le moins lorsque le locataire a son domicile ou sa résidence habituelle en Suisse¹¹¹. La question est délicate, mais il paraît peu opportun d'user de critères autres que la nature patrimoniale du litige lorsqu'il s'agit de faire application de l'article 177 al. 1 LDIP, à tout le moins lorsque le locataire de locaux d'habitation n'a pas son domicile en Suisse puisque – dans un tel cas – les normes impératives édictées par le législateur helvétique en faveur du locataire ne déploient pas leurs effets protecteurs en Suisse¹¹².

4. Litiges de nature réelle

a. Revendication de l'immeuble

L'arbitrabilité semble donnée *prima facie* lorsque le litige porte sur la revendication de l'immeuble ou la restitution de ce dernier (art. 641 CC) si ce n'est que, dans bien des cas, la clause compromissoire sera remplacée par une convention conclue postérieurement à la survenance du litige. L'arbitrabilité ne pose pas de problème particulier sur le plan interne, étant souligné que le for du lieu où l'immeuble est ou devrait être immatriculé au registre foncier (art. 29 CPC) n'est pas impératif¹¹³.

La question est plus délicate en arbitrage international. Il ne fait aucun doute qu'un tel litige est de nature patrimoniale (art. 177 al. 1 LDIP)¹¹⁴. En revanche, il faut se poser la question de l'incidence de l'article 97 LDIP à teneur duquel « les tribunaux du lieu de situation de l'immeuble en Suisse sont exclu-

¹⁰⁹ Y compris les aspects spécifiques mentionnés à la note précédente !

¹¹⁰ A propos d'un litige procédural portant sur un arbitrage international concernant des baux commerciaux: ATF rendu le 26 octobre 2009 dans la cause 4A_428/2009.

¹¹¹ BSK ZPO –HABEGGER, n. 38 *ad* art. 361.

¹¹² Ainsi BURKHALTER / GRELL, n. 57; KNOEPLER, *Autonomie de la volonté*, p. 255. Voir sur la question controversée de l'arbitrabilité de litiges relevant des baux d'habitations en arbitrage international: GEHRI, p. 1243.

¹¹³ Les litiges relevant de la tenue du registre foncier (art. 956 CC), de nature administrative, ne sont pas arbitrables: BURKHALTER / GRELL, n. 44.

¹¹⁴ BURKHALTER / GRELL, n. 45.

sivement compétents pour connaître des actions réelles immobilières ». La doctrine est divisée à propos de l'articulation entre les chapitres 12 (consacré à l'arbitrage international) et 7 LDIP (consacré aux droits réels). En l'espèce, l'instauration d'un for impératif – destiné à la saisine des juridictions civiles – ne se confond pas nécessairement avec la volonté de prévoir une compétence exclusive en faveur des juridictions étatiques; à tout le moins ne peut-on s'empêcher de voir une contradiction entre une telle conclusion appliquée à des litiges de nature patrimoniale et la teneur de l'article 177 LDIP qui instaure le principe de l'arbitrabilité pour ce type de litiges. Le chapitre 12 de la LDIP, qui définit l'arbitrabilité des litiges, doit être considéré pour lui-même sans tenir compte de règles de for (ainsi l'art. 97 LDIP), lesquelles ne constituent pas du droit matériel mais du droit de procédure applicable devant les juridictions étatiques. Le for exclusif pour les immeubles prévu par l'article 97 LDIP se justifie en vue d'assurer un lien fonctionnel entre le juge (étatique) du fond et le lieu de situation de l'immeuble¹¹⁵; il ne déploie pas d'interférence sur le processus de l'arbitrage.

En application de ces principes, le litige portant sur la revendication ou la restitution d'un immeuble (action réelle) doit pouvoir être tranché par une sentence arbitrale rendue en Suisse, qu'il s'agisse d'un arbitrage interne ou d'un arbitrage international. Contrairement à une partie de la doctrine qui pose cette exigence en matière d'arbitrage international, nous ne voyons pas les raisons pour lesquelles le tribunal arbitral œuvrant en application de l'article 177 al. LDIP devrait avoir son siège au lieu de situation de l'immeuble désigné par l'article 97 LDIP¹¹⁶. Cette conclusion est renforcée du fait qu'à compter du 1^{er} janvier 2011 le législateur en charge de la procédure a clairement manifesté sa volonté de créer un espace d'exécution unique en Suisse¹¹⁷. Quel que soit le siège du tribunal arbitral, la sentence ordonnant une modification de l'inscription au registre foncier devra faire l'objet d'une requête en exécution devant le tribunal de l'exécution (des mesures d'exécution directe [art. 236 al. 3 CPC] ne peuvent être ordonnées par une sentence arbitrale, les arbitres ne disposant pas de l'*imperium* [ce qui exclut l'application de l'art. 344 al. 2 CPC]) à l'un des fors mentionnés à l'article 339 al. 1 CPC¹¹⁸.

¹¹⁵ Voir notamment ZK IPRG – VISCHER, n. 12s *ad* art. 177.

¹¹⁶ *Contra*: BURKHALTER / GRELL, n. 47. On ne voit pas – une fois admise la dissociation du lien organique avec le lieu de situation de l'immeuble voulu par l'art. 97 LDIP – ce que changerait la localisation du siège en Suisse du tribunal arbitral, *a fortiori* depuis que les règles d'exécution concernant les prestations *in forma specifica* ont été unifiées (à compter du 1^{er} janvier 2011, date d'entrée en vigueur du CPC, lequel régleme désormais toute l'exécution forcée [ce qui ne prévalait auparavant que pour la LP]). Selon GAILLARD, l'art. 97 LDIP doit être lu au regard de la norme de l'art. 108 LDIP, et ne vise qu'à prohiber une éléction de for en faveur d'un tribunal étranger: CR LDIP- GAILLARD, n. 2 *ad* art. 97.

¹¹⁷ CPC Commenté – JEANDIN, n. 3 *ad* art. 335.

¹¹⁸ On peut se poser la question de savoir si l'art. 339 al. 1 lit. c CPC englobe le for du siège d'un tribunal arbitral; il convient selon nous d'y répondre par l'affirmative.

A noter que les litiges en relation avec la tenue du registre foncier (art. 956 à 956b CC), de nature administrative et soustraits à la libre disposition de l'administré, ne sont pas arbitrables, que ce soit sur le plan interne ou sur le plan international¹¹⁹.

b. Autres droits réels limités (usufruit [art. 768 CC], droit d'habitation [art. 776 CC])

Tout litige en relation avec un droit réel limité grevant l'immeuble peut faire l'objet d'un arbitrage interne : l'objet d'un tel litige est en effet laissé à la libre disposition des parties¹²⁰. Il en va ainsi non seulement de l'usufruit (art. 768 CC) et du droit d'habitation (art. 776 CC)¹²¹, mais aussi de droits de gage à l'instar de l'hypothèque (art. 824 CC) et de la cédula hypothécaire de registre ou sur papier (art. 842ss CC). A ce propos, l'inscription définitive d'une hypothèque légale du vendeur (art. 837 al. 1 ch. 1 CC) ou des artisans et entrepreneurs (art. 837 al. 1 ch. 3 CC) – ce dernier point entrant fréquemment en ligne de compte – est également arbitrable, ce qui, sur le plan de l'arbitrage interne, découle de plusieurs jurisprudences cantonales certes assez anciennes mais dont on ne voit pas que l'entrée en vigueur du CPC ne les remette en question¹²².

Ces constats prévalent aussi pour l'arbitrage international, l'article 177 al. 1 LDIP étant applicable. Ainsi, l'action en inscription d'une hypothèque légale constitue une action réelle immobilière au sens de cette disposition¹²³.

La question de l'inscription provisoire de l'hypothèque légale est bien souvent cruciale compte tenu du délai de quatre mois suivant l'achèvement des travaux dans lequel l'inscription doit être obtenue (art. 839 al. 2 CC) : elle sera abordée plus loin en relation avec les mesures provisionnelles¹²⁴.

c. La propriété par étages

Les parts de copropriété d'un immeuble peuvent être constituées en propriété par étages de sorte que chaque copropriétaire a le droit exclusif d'utiliser et d'aménager intérieurement des parties déterminées d'un bâtiment (art. 712a CC). La mise en œuvre du règlement d'administration et d'utilisation tout comme des principes prévus par la loi (par ex. contribution aux charges [art. 712h CC], garantie des contributions [art. 712i et 712k CC], attributions confé-

¹¹⁹ Burkhalter / Grell, n. 44.

¹²⁰ Burkhalter / Grell, n. 63 ss.

¹²¹ Burkhalter / Grell, n. 63 ss.

¹²² Burkhalter / Grell, n. 88.

¹²³ Burkhalter / Grell, n. 89.

¹²⁴ *Infra*, chap. IV lit. C.

rées à l'assemblée des copropriétaires [art. 712*m* à 712*p* CC], nomination et révocation de l'administrateur [art. 712*q* à 712*t* CC]) peut donner lieu à des litiges dont l'arbitrabilité ne fait pas de doute, que ce soit en vue d'un arbitrage interne (art. 354 CPC) ou en vue d'un arbitrage international (art. 177 al. 1 LDIP).

La nature réelle de certains litiges (ainsi l'inscription d'une hypothèque légale au sens de l'art. 712*i* al. 1 CC) pose à nouveau la question de l'incidence de l'art. 97 LDIP en matière d'arbitrage international¹²⁵ : il convient d'admettre l'arbitrabilité de ce type de litiges comme nous l'avons fait pour la revendication de l'immeuble, peu importe le lieu de situation du siège (en Suisse) du tribunal arbitral¹²⁶.

III. Procédure propre à l'arbitrage en matière immobilière

A. Autonomie des parties quant au choix de la procédure applicable

Comme déjà évoqué, l'un des aspects majeurs de l'arbitrage demeure la souplesse de la procédure, qui reflète l'autonomie des parties puisque – contrairement à ce qui prévaut pour la justice étatique – celles-ci peuvent elles-mêmes choisir les règles de procédure en application desquelles leur litige sera tranché.

Parfois les parties font le choix d'un corps de règles proposé par le législateur qui pose le cadre dans lequel le tribunal arbitral gèrera la procédure. Ainsi, les parties à un arbitrage international auront la possibilité soit de ne pas sortir du Chapitre XII de la LDIP – dans ce cas le cadre de la procédure sera fixé par les articles 179 à 192 LDIP – soit de faire un *opting out* en convenant que la procédure se déroulera en application des règles du CPC concernant l'arbitrage interne (art. 176 al. 2 LDIP). A l'inverse, les parties à l'arbitrage interne se soumettront aux articles 360 à 395 CPC ou alors feront un *opting out* en faveur du Chapitre XII de la LDIP (art. 353 al. 2 CPC). A défaut de choix, la procédure applicable à un arbitrage en Suisse dépendra de la question de savoir si l'arbitrage est interne ou international, une distinction qui s'opère – on l'a vu – en application de l'article 176 al. 1 LDIP.

Ces corps de règles fixent le cadre – de façon plus détaillée s'agissant de l'arbitrage interne du fait que les acteurs sont par définition plus proches de

¹²⁵ *Supra*, ch. 4 lit. a.

¹²⁶ Voir *supra*, ch. 4 lit. a. Voir aussi BURKHALTER / GRELL, n. 61 (qui retiennent ici aussi l'exigence selon laquelle le siège du tribunal arbitral devrait se trouver au lieu de situation de l'immeuble, ce que nous désapprouvons).

l'ordre juridique suisse concernant l'arbitrage – dans lequel vont œuvrer parties et arbitres. Il s'agit d'évoquer des questions essentielles comme la constitution du tribunal arbitral, la détermination du siège de l'arbitrage, la récusation des arbitres, la création de la litispendance¹²⁷, la fixation des règles de la procédure, l'administration des preuves, les modalités et le champ d'intervention du juge étatique d'appui, le processus de décision et le recours contre la sentence.

Au titre d'expression supplémentaire de l'autonomie privée qui demeure l'un des fondements de cette institution, la pratique de l'arbitrage a peu à peu mené à l'établissement par les particuliers eux-mêmes – associations professionnelles, chambres de commerce, chambres d'arbitrage – de corps de règles se présentant comme des sortes de « paquets ficelés » mis à la disposition des parties. Celles-ci peuvent en conséquence choisir (i) de ne pas adopter un corps de règles étatique tel qu'évoqué plus haut, (ii) de ne pas créer elles-mêmes les règles de la procédure arbitrale mais (iii) de se référer directement à un règlement d'arbitrage, ce qui prévaut tant pour l'arbitrage international (art. 182 al. 1 LDIP) que pour l'arbitrage interne (art. 373 al. 1 CPC).

Cette liberté a donné lieu à un foisonnement de réglementations sur lesquelles nous ne nous attarderons pas ici. Pour en rester sur le plan suisse, nous mentionnerons toutefois le Règlement suisse d'arbitrage international de la Swiss Chamber's Arbitration Institution (en vigueur depuis le 1^{er} juin 2012) qui trouve application dès que la convention d'arbitrage s'y réfère ou se réfère à l'un des règlements d'arbitrage des Chambres de commerce et d'industrie de Bâle, Berne, Genève, Neuchâtel, Tessin, Vaud et Zurich, peu importe que le siège de l'arbitrage soit en Suisse ou à l'étranger. En clair, ce règlement a pour vocation de régir toute procédure d'arbitrage suisse (interne ou internationale) et étrangère (siège du tribunal arbitral à l'étranger), dès lors que les parties s'y réfèrent (Article 1). Il se présente comme un corps de règles complet et ne fait aucune référence à des normes étatiques applicables à titre supplétif, ce qui s'explique notamment du fait qu'il est applicable à tout arbitrage et sans condition quant au lieu du siège du tribunal arbitral.

¹²⁷ La définition des modalités de la création de la litispendance est essentielle s'agissant pour la partie demanderesse d'interrompre un délai de prescription ou de respecter un délai de péremption. L'art. 181 LDIP (arbitrage international) mentionne "le moment où l'une des parties saisit le ou les arbitres désignés dans la convention d'arbitrage ou, à défaut d'une telle désignation, dès que l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral". L'art. 372 CPC (arbitrage interne) procède à une définition identique du moment de la création de la litispendance, avec une précision importante toutefois: lorsque le tribunal arbitral n'est pas désigné, la litispendance peut s'opérer dès qu'une partie engage soit la procédure de constitution du tribunal arbitral soit – nouveauté – la procédure de conciliation préalable convenue entre les parties (art. 372 al. 1 lit. b CPC).

B. Règlement CGI

Il vaut en revanche la peine – dans la perspective de l'arbitrage en matière immobilière – de mentionner ici le Règlement relatif à la conciliation et au tribunal arbitral « Construction + immobilier » élaboré par CGI Conseils, en collaboration avec d'autres organismes tels que la Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA).

Ce règlement s'étend aux litiges opposant les professionnels de la construction et/ou de l'immobilier aux propriétaires, les professionnels entre eux, les propriétaires entre eux ainsi que les parties à un contrat de bail commercial (article 1.1). Il s'applique à des arbitrages suisses puisque le siège du tribunal arbitral se trouve soit à Genève pour la Suisse romande soit à Zurich pour la Suisse alémanique (article 1.3 al. 1)¹²⁸. On note un *opting out* en faveur de l'arbitrage interne (article 1.6). Une procédure de conciliation est prévue et – point important – crée la litispendance en application de l'article 372 al. 1 lit b CPC; en cas d'échec de la conciliation les parties désignent le(s) arbitre(s) dans un délai de 20 jours que leur fixe le greffe à cet effet (article 2.5), à défaut de quoi le greffe désigne lui-même (article 5.2 al. 4). On retrouve au surplus la plupart des règles de l'arbitrage interne du CPC. A mentionner l'article 7.4 : la procédure arbitrale est une procédure rapide (al. 1), l'espace de temps entre les actes de procédure ne doit pas dépasser le mois (al. 2) et le tribunal arbitral s'efforce de rendre la sentence dans les trois mois qui suivent la remise des dossiers par le greffe, sauf « *complexité particulière* » (al. 3).

C. Règlement SVIT

L'Association Suisse de l'économie immobilière SVIT a édicté un règlement d'arbitrage¹²⁹, dont l'abord est plus compliqué. Il est publié en allemand et en français, la version allemande faisant « *loi* » en cas de divergence entre les deux¹³⁰...

Le siège du tribunal arbitral est à Zurich à moins que les parties n'en décident autrement (article 8 al. 1), si bien que rien n'empêche *a priori* les parties d'utiliser ce règlement pour un arbitrage étranger. Lorsque le siège est prévu en Suisse, le règlement s'applique indépendamment du fait qu'il s'agisse d'un arbitrage interne ou d'un arbitrage international. A vrai dire on quitte ici la souplesse laissée par le règlement CGI en faveur d'une réglementation assez

¹²⁸ Les deux versions du règlement (en français et en allemand) sont "fondamentalement équivalentes" (article 1.3 al. 2).

¹²⁹ BURKHALTER / GRELL, n. 14 ss.

¹³⁰ Voir la rubrique "Remarques préliminaires".

fouillée qui pourrait à certains égards imposer aux acteurs de la procédure un cadre passablement rigide et contraignant.

A cela s'ajoute que ce règlement se réfère (article 15 al. 3) au CPC pour l'arbitrage interne, à la LDIP pour l'arbitrage international et « dans tous les cas et à titre supplétif » à la Loi fédérale de procédure civile fédérale (PCF) ! On peut déplorer ce foisonnement de référence et penser que les rédacteurs de cette réglementation auraient été mieux inspirés de proposer une solution homogène en usant de l'*opting out* en faveur du CPC, à l'image du règlement CGI.

IV. Quelques aspects spécifiques

Il convient d'aborder succinctement des questions auxquelles se trouve parfois confronté le praticien de l'arbitrage immobilier.

A. Clause compromissoire et PPE

En arbitrage interne, la convention d'arbitrage « est passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte » (art. 358 CPC). Le législateur a opté pour une règle de forme souple, se limitant à exiger que la convention d'arbitrage présente une « trace objectivement vérifiable de son existence »¹³¹. Il en va de même pour l'arbitrage international, l'article 178 al. 1 LDIP exigeant que la convention soit « passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'établir la preuve par un texte » (art. 178 al. 1 LDIP). A relever que l'article 6 CIA exigeait la forme écrite, ce qui était un facteur de rigidité malvenu par comparaison avec l'arbitrage international, si bien que son remplacement par l'article 358 CPC a été salué par la doctrine¹³².

Dans la mesure où la clause compromissoire est de nature contractuelle, la question se pose de savoir à quelles conditions sa seule insertion dans le règlement d'utilisation et d'administration de la PPE suffit pour lier l'acquéreur d'une part de copropriété.

Certains se sont tout d'abord demandé s'il ne convenait pas de faire application de l'article 649a CC à teneur duquel le règlement d'utilisation et d'administration est opposable *per se* à l'ayant cause d'un copropriétaire et à l'acquéreur d'un droit réel sur une part de copropriété (peu importe que celui-ci ait déclaré ou non y adhérer). Le TF dénie une telle interprétation de l'article 649a CC qui ne s'applique qu'aux dispositions du règlement qui ont un rapport di-

¹³¹ CPC Commenté – SCHWEIZER, n. 5 *ad* art. 359.

¹³² POUDRET, Arbitrage interne, p. 3 (qui se référait à l'avant-projet de CPC, repris par le CPC sur ce point).

rect avec l'utilisation et l'administration de la copropriété; or tel n'est pas le cas de la convention d'arbitrage si bien que celle-ci n'est pas automatiquement transférée à l'acquéreur d'une part en application de l'article 649a CC¹³³. En définitive, pour que la clause compromissoire soit opposable au nouveau copropriétaire, il faut que ce dernier déclare l'accepter, ce qu'il fera en signant l'acte d'acquisition de sa part de PPE (pour autant que l'acte se réfère à cette clause du règlement et que l'acquéreur déclare l'accepter). A noter que le même principe prévaut en droit des sociétés eu égard à une clause compromissoire qui serait contenue dans les statuts¹³⁴.

C'est le moment de l'acquisition de la part de PPE qui est le critère décisif pour déterminer si l'arbitrage est international ou non, ce qui dépendra du domicile ou de la résidence de l'acquéreur (art. 176 al. 1 LDIP). Or, cette clause pourra concerner non seulement les litiges entre copropriétaires, mais aussi les litiges entre un copropriétaire et la communauté des copropriétaires (par ex. la contestation d'une décision de l'assemblée des copropriétaires)¹³⁵. Des situations délicates peuvent survenir lorsque plusieurs copropriétaires attaquent une décision de l'assemblée des copropriétaires, certains ayant acquis leur part PPE alors qu'ils étaient domiciliés à l'étranger (ce qui crée un arbitrage international), d'autres alors qu'ils l'étaient en Suisse (ce qui relève de l'arbitrage interne) : comment faudrait-il alors traiter l'arbitrage ? La question est délicate : un remède efficace pourrait consister à anticiper le problème en prévoyant dans la clause arbitrale un *opting out* en faveur du CPC en application de l'article 176 al. 2 LDIP, de façon à ce que le tout soit soumis aux règles de l'arbitrage interne.

B. Contestation de la compétence du tribunal arbitral

C'est bien évidemment à la partie demanderesse qu'il incombe de saisir le juge qu'elle estimera compétent : tribunal arbitral ou juge étatique. Or, ce choix pourra soulever des contestations qui émaneront la plupart du temps de la partie défenderesse mais qui pourront aussi provenir du juge ou de l'arbitre saisis, lesquels examinent leur compétence d'office. Ces questions doivent être distinguées d'autres problématiques relatives à la recevabilité telles que la litispendance ou l'autorité de chose jugée. S'agissant de la litispendance, il est intéressant de relever une divergence significative entre l'arbitrage interne et

¹³³ ATF du 11 septembre 2001 publié in RSDIE 2002 514 consid. 3c; ATF 110 Ia 106 consid. 4c, JdT 1985 I 22 (rendu antérieurement, cet arrêt laissait la question ouverte).

¹³⁴ ATF du 11.9.2001 précité, *ibidem*; ATF 110 Ia 106 consid. 4d; ATF 123 III 53 consid. 3a. En arbitrage interne, l'art. 6 al. 2 CIA prévoyait explicitement que la convention d'arbitrage "peut résulter d'une déclaration écrite d'adhésion aux statuts d'une personne morale, à condition que cette déclaration se réfère expressément à la clause compromissoire contenue dans les statuts ou dans un règlement qui en découle", une règle qui n'a pas été reprise par le CPC mais qui – en substance – continue à prévaloir (Komm ZPO - MÜLLER-CHEN / EGGER, n. 12 *ad art.* 357).

¹³⁵ Tel était le cas dans l'ATF du 11.9.2001 précité.

l'arbitrage international. Alors que l'article 372 al. 2 CPC fait obligation à l'instance saisie en second (tribunal arbitral ou juridiction étatique) de suspendre la procédure d'office en attendant que le premier saisi ait statué sur sa compétence, l'article 186 al. 1^{bis} LDIP prévoit que le tribunal arbitral statue sur sa compétence sans égard à une litispendance préalable « sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure »¹³⁶.

Pour ce qui concerne la compétence, nous examinerons brièvement les deux cas de figure pouvant survenir : la contestation de la compétence du tribunal arbitral est soulevée devant le juge étatique ou devant le tribunal arbitral.

1. Devant le juge étatique (suisse)

Le premier scénario fait intervenir le juge étatique, lequel va trancher en fonction de ses propres règles de procédure. Nous nous placerons dans l'optique du CPC, comme le ferait le juge étatique suisse. Ce dernier examine sa compétence d'office (art. 60 CPC), étant rappelé que le défaut de l'une ou l'autre des conditions prévues à l'article 59 CPC implique une décision d'irrecevabilité. Cela dit, la partie qui entend contester la compétence du juge étatique doit le faire d'entrée de cause et ne pas aborder le fond sans émettre de réserve sur ce point : à défaut elle sera forclosée et ne pourra plus se prévaloir de cette exception.

L'article 61 CPC prévoit la règle selon laquelle le tribunal saisi décline sa compétence « lorsque les parties ont conclu une convention d'arbitrage sur un litige arbitral ». On distingue bien les deux aspects essentiels : (i) une convention arbitrale et (ii) un litige arbitral. C'est bien évidemment en fonction des règles applicables à l'arbitrage concerné que le juge tranchera la question de l'arbitrabilité. Il pourra s'agir – pour rester dans le cadre de notre exposé – d'un arbitrage avec siège en Suisse qui sera soit international (art. 176ss LDIP) soit interne (art. 353ss CPC).

Si ces deux conditions sont réunies, le tribunal reconnaîtra la compétence *ratione materiae* de l'arbitre et rendra alors une décision d'irrecevabilité. Ce respect pour la prééminence de l'arbitrage dûment choisi par les parties souffre de trois exceptions en vertu desquelles le juge étatique ne déclinera pas sa compétence en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage portant sur un litige arbitral¹³⁷, ce que prévoit l'article 61 al. 2 CPC :

¹³⁶ BESSON, n. 78 s.

¹³⁷ A propos de ces principes concernant l'exception d'arbitrage en matière internationale: ATF 122 III 139 consid. 2.

- le défendeur a procédé au fond sans émettre de réserve (lit. a), acceptant de la sorte tacitement de s'en remettre à la justice étatique;
- le tribunal constate que, manifestement, la convention d'arbitrage n'est pas valable ou ne peut être appliquée (lit. b)¹³⁸;
- le tribunal n'a pas pu être constitué pour des motifs incombant manifestement au défendeur (lit. c), ce qui est une manière de sanctionner l'abus de droit¹³⁹.

Le juge étatique pourra se prononcer sur sa compétence par une décision tranchant ce point uniquement – qui sera finale s'il dénie sa compétence (art. 236 CPC) ou incidente s'il se déclare compétent (art. 237 CPC) – ou alors avec le fond.

2. Devant le tribunal arbitral

L'autre scénario envisageable est que l'arbitre soit saisi en lieu et place du juge étatique, et que la partie défenderesse (ou l'arbitre lui-même) remette en cause la compétence du tribunal arbitral. C'est alors en fonction des règles applicables à l'arbitrage que la question sera tranchée par le tribunal arbitral lui-même.

S'agissant d'un arbitrage interne, l'article 359 al. 1 CPC prévoit que le tribunal arbitral statue sur sa compétence si la validité de la convention d'arbitrage, son contenu ou sa portée sont contestés, ce qu'il fait « par une décision incidente ou dans la décision sur le fond ». On trouve la même cautèle s'agissant de l'attitude de la partie défenderesse qui ne doit pas agir de façon ambiguë : si elle entend remettre en cause la compétence du tribunal arbitral, elle doit soulever l'exception d'incompétence « préalablement à toute défense au fond » (art. 359 al. 2 CPC).

La décision sur la compétence pourra toujours faire l'objet d'un recours, même si elle est rendue sous la forme incidente (art. 392 lit. b et 393 lit. b CPC). Comme déjà vu, c'est le recours en matière civile devant le TF (art. 77 LTF) qu'il faudra utiliser, à moins que les parties n'aient prévu de faire usage de la possibilité de recourir devant l'instance cantonale compétente (art. 390 CPC).

¹³⁸ La partie défenderesse n'a pas adhéré à la convention d'arbitrage, par exemple parce que le contrat d'acquisition de la part de PPE ne se réfère pas à la clause compromissoire contenue dans le règlement. Quant à l'inapplicabilité, on peut penser à l'exemple de l'arbitre unique (le Professeur X) désigné par les deux parties en vertu de la confiance particulière qu'elles ont mise en lui, lequel est décéédé depuis: CPC Commenté –SCHWEIZER, n. 19 *ad* art. 61.

¹³⁹ CPC Commenté –SCHWEIZER, n. 23 *ad* art. 61: les parties ont désigné un siège ne comportant pas de tribunal d'appui si bien que la situation est bloquée car le défendeur ne désigne pas son arbitre.

Quant à l'arbitrage international, les règles sont similaires. Le tribunal arbitral statue lui-même sur sa compétence (art. 186 al. 1 LDIP), en général par une décision incidente (art. 186 al. 3 LDIP), laquelle décision (incidente ou rendue avec la décision finale) est toujours susceptible de recours (art. 77 LTF) en application de l'article 190 al. 2 lit b LDIP et – s'agissant de la décision incidente – de l'article 190 al. 3 LDIP.

C. Mesures provisionnelles

Les mesures provisionnelles en arbitrage représentent « un serpent de mer qui a fait couler des hectolitres d'encre », ce qui provient du fait que le tribunal arbitral a la *jurisdictio* mais pas l'*imperium*¹⁴⁰. Le CPC a innové sur ce point en ce qui concerne l'arbitrage interne. En effet, l'article 26 CIA instituait la compétence exclusive des juridictions étatiques pour ordonner des mesures provisionnelles¹⁴¹ : or, le législateur a édicté désormais l'article 374 CPC qui maintient la compétence de principe du juge étatique sur ce point tout en habilitant les parties à conférer la compétence de prendre de telles mesures au tribunal arbitral. Cette réglementation se rapproche beaucoup de ce qui prévalait déjà en arbitrage international (art. 183 LDIP)¹⁴². Ces deux réglementations prévoient une articulation en deux temps : le tribunal arbitral peut tout d'abord ordonner lui-même des mesures provisionnelles, puis le cas échéant faire appel au concours du juge étatique si la partie concernée ne se soumet pas volontairement aux mesures ordonnées (art. 374 al. 2 CPC et 183 al. 2 LDIP). On y retrouve aussi le principe en vertu duquel la partie qui obtient des mesures provisionnelles peut être amenée à verser des sûretés pour garantir le dommage causé par des mesures qui s'avèreraient injustifiées (art. 374 al. 3 à 5 CPC et 183 al. 3 LDIP). Les décisions arbitrales instaurant des mesures provisionnelles – qui ne constituent pas des sentences au sens technique du terme – ne sont pas susceptibles de recours¹⁴³.

Quelles sont les mesures provisionnelles que peut ordonner le tribunal arbitral ? On retrouve ici la traditionnelle classification entre mesures de sûretés (interdiction d'aliéner, ordre de déposer tel ou tel objet), mesures de réglementation (réglementation d'un pouvoir de représentation au sein de la société simple; permission de continuer à employer telle ou telle personne), mesures d'exécution provisoire (interdiction provisoire d'utiliser une marque) et me-

¹⁴⁰ CPC Commenté – SCHWEIZER, n. 1 *ad* art. 374.

¹⁴¹ BESSON, n. 23 & 71.

¹⁴² BSK ZPO – HABEGGER, n. 1 *ad* art. 374 (l'art. 17 UNCITRAL Model Law – repris par de nombreuses législations étrangères – prévoit le même principe); CPC Commenté – SCHWEIZER, n. 4 *ss ad* art. 374.

¹⁴³ BERGER / KELLERHALS, n. 1157; CPC Commenté – SCHWEIZER, n. 3 *ad* art. 374.

sures en matière de conservation de preuve (ordre de produire des documents, de remettre un objet en vue d'expertise)¹⁴⁴.

Cela dit, la compétence des tribunaux arbitraux d'ordonner des mesures provisionnelles trouve rapidement ses limites, en particulier du fait que ces institutions ne bénéficient pas de l'*imperium*, ce qui les empêche de prendre des mesures d'exécution directe au sens de l'article 236 al. 3 CPC¹⁴⁵; c'est bien pour cela que la loi prévoit la possibilité pour les arbitres de requérir le concours du juge étatique lorsque la partie concernée ne se soumet pas spontanément à ses ordonnances (art. 374 al. 2 CPC et 183 al. 2 LDIP). Il est d'autres mesures de ce type qui par définition impliquent l'ordre donné à une autorité d'exécuter telle ou telle action : ainsi le séquestre (art. 271 LP) par exemple, ce qui pose d'énormes problèmes au point qu'une partie de la doctrine estime – à raison – qu'une telle mesure ne peut être ordonnée par un tribunal arbitral¹⁴⁶. Il s'agit en effet *per se* d'une pure mesure d'exécution laquelle demeure l'apanage de la juridiction étatique.

Quid de l'inscription provisoire de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (art. 837 al. 1 ch. 3 et 839 CC) ? Cette mesure est considérée comme relevant de la juridiction gracieuse¹⁴⁷, ce qui la rend en soi non arbitrable.

En outre, à supposer qu'elle soit arbitrable, les contraintes temporelles auxquelles est soumise cette mesure rendrait le recours à la juridiction arbitrale peu opportun. S'agissant d'un ordre donné à une autorité, la décision arbitrale ne se suffit pas à elle-même et il faudrait que le bénéficiaire de cette décision arbitrale s'adresse au tribunal de l'exécution pour la faire exécuter (art. 338 CPC), étant rappelé que l'article 344 al. 2 CPC est inapplicable à une décision arbitrale. En d'autres termes, on ne saurait admettre une exécution directe par laquelle la décision serait sans autre communiquée au conservateur du RF comme cela prévaudrait pour l'inscription provisoire de l'hypothèque légale ordonnée par le juge étatique agissant en procédure sommaire (art. 249 lit. d ch. 5 CPC)¹⁴⁸.

De tels « détours » par le tribunal arbitral pour obtenir l'inscription provisoire pourraient prendre du temps, dans une mesure incompatible avec le délai de quatre mois suivant la fin des travaux dans lequel l'inscription doit être

¹⁴⁴ Berger / Kellerhals, n. 1149.

¹⁴⁵ La partie au bénéfice d'une décision arbitrale lui octroyant des mesures provisionnelles devra en conséquence s'adresser à un tribunal étatique pour la faire exécuter, ce qui nécessite un certain temps supplémentaire: Hostansky / Oetiker, p. 207.

¹⁴⁶ La question se pose aussi pour la *freezing (Mareva) injunction* du droit anglo-américain: on se trouve ici aux limites posées par l'exécution forcée de telles mesures: Berger / Kellerhals, n. 1151.

¹⁴⁷ CPC Commenté –Bohnet, n. 1 *ad* art. 249.

¹⁴⁸ Lequel juge étatique peut ordonner dans un premier temps l'inscription provisoire par voie de mesures super-provisionnelles (art. 265 CPC).

obtenue (art. 839 al. 2 CC)¹⁴⁹. L'absurdité d'un tel détour par la juridiction arbitrale saute aux yeux, *a fortiori* s'il s'agit d'obtenir d'emblée l'inscription d'urgence par voie de mesures super-provisionnelles (art. 265 CPC)¹⁵⁰, même si en d'autres matières¹⁵¹ on peut reconnaître la compétence du tribunal arbitral de rendre des mesures *ex parte* tout en assurant dans un deuxième temps le droit d'être entendu de la partie concernée¹⁵².

On le voit, l'inscription provisoire de l'hypothèque légale constitue une mesure à ne pas solliciter auprès d'un tribunal arbitral.

D. Exécution de la sentence

En arbitrage interne, la sentence « déploie les mêmes effets qu'une décision judiciaire entrée en force et exécutoire » aussitôt qu'elle a été communiquée (art. 387 CPC), la communication s'opérant par la réception de la sentence par les parties¹⁵³. En arbitrage international, l'article 190 al. 1 LDIP prévoit que la sentence « est définitive dès sa communication ».

En d'autres termes, la sentence arbitrale – peu importe qu'il s'agisse d'un arbitrage interne ou international – déploie les mêmes effets qu'un jugement rendu en Suisse et constitue ainsi un titre exécutoire. Elle n'a en conséquence pas à faire l'objet d'une reconnaissance préalable pour être exécutée, contrairement à la sentence rendue par un tribunal arbitral ayant son siège à l'étranger. A supposer que l'exécution (en Suisse) relève de la LP – l'objet de l'arbitrage étant alors une prestation en argent (art. 335 al. 2 CPC) – la sentence rendue par un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse entre dans la catégorie des jugements exécutoires au sens de l'article 80 al. 1 LP et constitue en conséquence un titre de mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer¹⁵⁴. Elle habilite en outre la partie au profit de laquelle la sentence a été rendue à requérir un séquestre en application de l'article 271 al. 1 ch. 6 LP.

Si la condamnation porte sur une prestation *in forma specifica* et que l'exécution doit se dérouler en Suisse, la sentence sera exécutée conformément aux

¹⁴⁹ Même si on peut envisager que la partie qui requiert l'exécution de la décision arbitrale ordonnant l'inscription provisoire de l'hypothèque légale sollicite des mesures conservatoires en application de l'art. 340 CPC.

¹⁵⁰ Compte tenu du délai de quatre mois imposé par l'art. 839 al. 2 CC.

¹⁵¹ Par exemple une mesure faisant interdiction à l'une des parties de disposer de l'objet du litige.

¹⁵² BERGER / KELLERHALS, n. 1153. Même sur mesures super-provisionnelles, le tribunal arbitral ne peut rendre une décision permettant d'obtenir une inscription provisoire sans passer par le tribunal étatique de l'exécution.

¹⁵³ CPC Commenté – SCHWEIZER, n. 5 *ad* art. 387 (ce n'est pas l'expédition qui est relevante).

¹⁵⁴ BSK SchKG – STAEHELIN, n. 16 s. *ad* art. 80. Il incombera à la partie requérante de produire le certificat attestant que la sentence est exécutoire prévu aux art. 386 CPC et 193 al. 2 LDIP. Les moyens de défense de la partie succombante (citée) sont exhaustivement énumérés à l'art. 81 al. 1 LP.

articles 335 à 346 CPC¹⁵⁵. Etant un titre exécutoire au sens de l'article 336 CPC, la sentence arbitrale habilite la partie gagnante à déposer une requête d'exécution (art. 338 CPC) auprès du tribunal de l'exécution : la partie succombante pourra s'opposer à l'exécution en invoquant l'un ou l'autre des motifs mentionnés à l'article 341 al. 3 CPC (de vrais *nova*). Les mesures d'exécution à prendre par le tribunal de l'exécution sont prévues aux articles 342 à 345 CPC. A relever que – comme déjà mentionné et contrairement au juge civil s'agissant de prestations *in forma specifica* (art. 236 al. 3 CPC) – le tribunal arbitral n'est pas habilité à ordonner des mesures d'exécution directe. Sur ce dernier point, la sentence pourra comporter dans son dispositif l'injonction d'une inscription à l'adresse du RF (ainsi l'inscription de l'hypothèque légale définitive), mais la sentence ne suffira pas pour faire application de l'article 344 al. 2 CPC (qui relève de l'exécution directe). En conséquence, la partie qui entend se prévaloir d'une telle sentence devra toujours passer par le tribunal de l'exécution (art. 338ss CPC).

E. Expertise arbitrage

A teneur de l'article 189 CPC, les parties peuvent convenir que des faits contestés soient établis par un expert-arbitre (art. 189 al. 1). Dans un tel cas de figure, l'expert non seulement apporte ses connaissances spécifiques, mais encore tranche lui-même (en lieu et place du juge) des faits contestés, de façon à lier les parties et le juge. L'expertise-arbitrage s'assimile à une convention de procédure qui relève du droit privé : elle est conclue entre les parties à un litige (faisant l'objet d'une procédure déjà pendante ou à venir)¹⁵⁶.

Le Tribunal est lié par les faits ainsi constatés pour autant que les conditions cumulatives prévues à l'article 189 al. 3 CPC soient réalisées : le litige est laissé à la libre disposition des parties (lit. a), l'expert-arbitre n'est pas récusable (lit. b), tandis que le rapport a été établi avec impartialité et n'est entaché d'aucune erreur manifeste (lit. c). Ainsi, les conclusions de l'expert-arbitre ne lient le juge que dans la mesure où ce dernier aura constaté que les conditions énumérées à l'article 189 al. 3 CPC sont réunies.

Cette institution peut être très utile dans le cadre de l'immobilier, surtout dans les litiges relevant du contrat d'entreprise (défauts de construction). Elle se distingue toutefois de l'arbitrage en ce sens que l'expert-arbitre ne rend pas une sentence « autonome » déployant autorité de chose jugée : son intervention s'inscrit dans le cadre d'un processus judiciaire qui aboutira à un jugement rendu par un tiers (un tribunal, étatique ou arbitral)¹⁵⁷.

¹⁵⁵ CPC Commenté – JEANDIN, n. 15 *ad art.* 335.

¹⁵⁶ CPC Commenté – SCHWEIZER, n. 1 ss. *ad art.* 189.

¹⁵⁷ CR LDIP – BUCHER, n. 4 s. *ad art.* 176.

Conclusion

Cet exposé semble avoir démontré que l'institution de l'arbitrage a toute sa raison d'être pour trancher des litiges en rapport avec le droit de l'immobilier. Tant la souplesse de la procédure que la nécessité de s'assurer le concours de personnes ayant des compétences spécifiques pour certains types de litiges justifient le recours à cette institution.

On s'aperçoit que tant sur le plan interne que sur le plan international le droit suisse permet d'arbitrer la plupart des litiges à l'exception de ce qui touche aux baux d'habitation (à coup sûr en arbitrage interne, la question étant incertaine en arbitrage international) et – à suivre la jurisprudence contestable du TF – au contrat de travail (en arbitrage interne uniquement). Quant aux mesures provisionnelles et pour en rester dans la perspective des litiges en matière immobilière, la compétence des juridictions arbitrales n'est pas donnée en ce qui concerne l'inscription provisoire d'une hypothèque légale; elle se heurterait de surcroît à certaines limites tenant à la nécessité d'obtenir ladite inscription dans le délai péremptoire de quatre mois prévu à l'article 839 al. 2 CC.

Le recours à l'arbitrage s'envisage avant la naissance du litige (clause compromissoire intégrée dans le contrat principal) mais aussi – ceci survient régulièrement – après la naissance du litige, ce qui peut se faire aisément dans la mesure où les exigences de forme relatives à la convention arbitrale sont souples.

C'est finalement le travail des associations œuvrant dans les milieux regroupant les acteurs et spécialistes de l'immobilier que de promouvoir l'arbitrage, une institution qui n'a pas pour vocation de favoriser l'une ou l'autre des parties mais de proposer une justice offrant une alternative sérieuse et efficace aux juridictions étatiques.

Bibliographie

- Bernhard BERGER / Franz KELLERHALS, *International and domestic arbitration in Switzerland*, 2nd ed., Berne 2010
- Sébastien BESSON, *L'arbitrage interne et international en Suisse : le nouveau CPC à l'aune du Concordat et du Chapitre 12 de la LDIP*, in *Arbitrage interne et international : actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009* (Andrea BONOMI et David BOCHATAY, éd.), Genève 2010, p. 15-33
- François BOHNET, *Les conflits individuels de travail et les litiges en matière de bail et de droit de la consommation seront-ils arbitrables sous l'empire de la loi fédérale de procédure civile ?*, in *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Bâle, Genève 2005, p. 161-176
- François BOHNET [et al.](éd.), *CPC : code de procédure civile commenté*, Bâle 2011 (cité : *CPC Commenté - AUTEUR*)
- Dominique BROWN-BERSET / Matthias SHERER, *Les modes alternatifs de règlement des différends dans le domaine de la construction*, in *Journées suisses du droit de la construction*, Fribourg 2007, p. 265-287
- Andreas BUCHER (éd.), *Loi sur le droit international privé : Convention de Lugano*, *Commentaire romand*, Bâle 2011 (cité : *CR LDIP - AUTEUR*)
- Peter R. BURKHALTER, *Facility Management Ganzheitliches Immobilienmanagement - erste rechtliche Lösungsansätze*, in *BR 2004 39 ss*
- Peter R. BURKHALTER / Boris T. GRELL, *Schiedsgerichtsbarkeit der Schweizer Immobilienwirtschaft*, *Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft SVIT*, Zürich, Bâle, Genève 2005
- Willi FISCHER, *Der Liegenschaftsverwaltungsvertrag*, in *AJP 2000 397 ss*
- Myriam A. GEHRI, *Gerichtsstandsvereinbarungen und Schiedsklauseln bei nationalen und internationalen Grundstückskauf- und Mietverträgen*, in *AJP 2001 1239 ss*
- Daniel GIRSBERGER [et al.] (éd.), *Zürcher Kommentar zum IPRG : Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987*, *Zürcher Kommentar*, Zurich 2004 (cité : *ZK IPRG - AUTEUR*)
- Heinrich HONSELL [et al.] (éd.), *Internationales Privatrecht*, *Basler Kommentar*, 2^e éd., Bâle 2007 (cité : *BSK IPRG - AUTEUR*)
- Peter HOSTANSKY / Christian OETIKER, *Die neue Binnenschiedsgerichtsbarkeit. Gerichtspraxis zu Art. 353-399 ZPO*, in *AJP 2013 203 ss*
- Pierre JOLIDON, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Berne 1984
- Christian JOSI, *Schiedsgerichtsbarkeit im Maklerrecht*, in *Maklerrecht in der Immobilienwirtschaft*, Zurich 2005

- François KNOEPFLER, Que reste-il de l'autonomie de la volonté en matière de bail immobilier international ?, *in* Rechtskollisionen : Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag, Zürich 1995, p. 239-256 (cité : Autonomie de la volonté)
- François KNOEPFLER, Arbitrage et Code de procédure civile suisse : une occasion manquée, *in* « De lege ferenda » réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch, Genève 2004, p. 149-155 (cité : Arbitrage)
- Sinan C. ODOK, Le « facility management » aspects juridiques, *in* TREX 2002 139 ss
- François PERRET, Arbitrage interne, *in* Unification de la procédure civile, Genève 2004, p. 133-152
- Jean-François POUDRET, Arbitrage interne, *in* Unification de la procédure civile, Genève 2004, p. 153-168 (cité : Arbitrage interne)
- Jean-François POUDRET, Présentation critique du Projet de réglementation de l'arbitrage interne (art. 351 à 397 P-CPC), *in* Projet de code de procédure civile fédérale, Lausanne 2008, p. 235-267 (cité : Présentation critique)
- Karl SPÜHLER / Luca TENCHIO / Dominik INFANGER (éd.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, Bâle 2010
- Adrian STAEHELIN / Thomas BAUER / Daniel STAEHELIN (éd.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, 2^e éd., Bâle 2010 (cité : BSK SchKG – AUTEUR)
- Thomas SUTTER-SOMM / Franz HASENBÖHLER / Christoph LEUENBERGER (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2^e éd., Zürich 2013 (cité : Komm ZPO – AUTEUR)
- Luc THÉVENOZ / Franz WERRO (éd.), Code des obligations I, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I – AUTEUR)