

LA NORME SIA-150 :2018

Travail de recherche en résolution de conflits dans la construction

Présenté par

Olivier Müller / N° d'étudiant 97-803-365

Rue de la Paix 4

1820 Montreux

+ 41 78 615 78 87

olivier.mueller@unifr.ch

cand. MLaw, 5^{ème} semestre

Auprès du Professeur Martin Beyeler

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg

Travail débuté le 25 février 2019

Travail déposé le 26 août 2019

Table des matières

Table des matières	I
Table des abréviations.....	III
Bibliographie	V
Introduction	1
I. L'arbitrage dans la construction	2
A. Quelques généralités	3
1. Les modes alternatifs de résolution de litiges.....	3
2. La convention d'arbitrage.....	4
3. Les principes fondamentaux	6
4. Les besoins dans le monde de la construction.....	11
B. Trois règlements comme points d'appui	13
1. La norme SIA 150 :1977	13
2. Les Swiss Rules 2012.....	13
3. Le règlement relatif aux Dispute Boards de la CCI (2015)	15
C. Les bases légales en Suisse	15
1. La LDIP.....	16
2. Le CPC	16
3. Le Code des Obligations.....	17
II. La norme SIA 150 :2018	18
A. Les objectifs de la révision	18
B. Le contenu et la présentation	19
1. Partie 1 – Dispositions préliminaires	19
2. Partie 2 – Tribunal Arbitral	22
3. Partie 3 – Procédure arbitrale	31

4. Partie 4 – Sentence arbitrale.....	40
5. Partie 5 – Frais	42
6. Partie 6 – Autres dispositions.....	43
C. La procédure de constat urgent (annexe SIA 150 :2018).....	45
1. Une brève introduction.....	45
2. Champ d'application	46
3. Procédure.....	50
4. Effets de la décision de constat urgent	51
5. Frais de la procédure et dépens	51
6. La comparaison avec les DAB 2015	52
7. Le respect des principes fondamentaux.....	56
8. Une critique de la procédure de constat urgent.....	66
D. Quelques aspects particuliers.....	67
1. L'appréciation provisoire du tribunal (art. 19 al. 2 SIA 2018)	67
2. Le fardeau de la preuve (art. 24 al. 1 à 3 SIA 150 :2018).....	68
3. L'expert en tant que témoin (art. 24 al. 4 SIA 150 :2018)	69
III. Une appréciation de la norme SIA 150 :2018.....	71
A. Les points forts.....	71
1. L'autonomie des parties.....	71
2. La recherche d'efficience	73
3. Le dialogue au lieu de l'écriture	76
B. Les points faibles.....	77
1. Des choix potentiellement problématiques.....	77
2. Une mise en danger de la sécurité du droit.....	78
3. Des éléments manquants ou à préciser	79
Conclusion	82

Table des abréviations

ADR	Alternative dispute resolution = Mode alternatif de résolution de litige
al.	alinéa
art.	article(s)
AP	avant-projet
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
c.	contre
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907
CCI	Chambre de Commerce Internationale
cf.	confer
CF	Conseil fédéral
CHF	Francs suisses
CIA	Concordat sur l'arbitrage du 17 mars 1969 (RS 279)
CO	LF du 30 mars 2011 complétant le Code civil suisse (RS 220)
consid.	considérant
CoRo	Commentaire romand
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DAB	Dispute Adjudication Board
DB	Dispute Board
DC	Droit de la construction
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
FF	Feuille fédérale
JdT	Journal des Tribunaux
KBOB	Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren
LCD	LF du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LDIP	LF du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LF	loi fédérale
n.	numéro(s)
p.	page(s)
PCF	LF de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (RS 273)
Prof.	Professeur
rés.	résumé
RPH	Règlements concernant les prestations et honoraires
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	suivant(e)

SCAI	Swiss Chamber's Arbitration Institution
SIA	Société suisse des ingénieurs et architectes
SN	Schweizer Normen = Normes suisses
SR	Swiss Rules = Règlement suisse d'arbitrage international
ss	suivant(e)s
TA	tribunal arbitral
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
UNCITRAL	United Nations Commission On International Trade Law

Bibliographie

BELLET Pierre, *Des arbitres neutres et non neutres*, in Dominicé Christian/Patry Robert/Reymond Claude (édit.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle Francfort-sur-le-Main 1993, p. 399 ss.

Bohnet François, Haldy Jacques, Jeandin Nicolas, Schweizer Philippe, Tappy Denis (édit.), *Commentaire Romand – Code de procédure civile*, 2^e éd., Bâle 2019. (cité CoRo CPC-AUTEUR(E)).

Bohnet François, Haldy Jacques, Jeandin Nicolas, Schweizer Philippe, Tappy Denis (édit.), *Code de procédure commenté*, Bâle 2011. (cité CoCPC-AUTEUR(E)).

BROWN-BERSET Dominique/SCHERER Matthias, *Les modes alternatifs de règlement des différends dans le domaine de la construction / III. Les modes alternatifs de règlement des différends : état des lieux*, in : Institut pour le droit suisse et international de la Construction (édit.), *Journées suisse du droit de la construction 2007*, Fribourg 2007, p. 268 ss.

BRUNNER Christoph, *Part I: Introduction to the Swiss Rules of International Arbitration*, in : Manuel Arroyo (édit.), *Arbitration in Switzerlan – The Practitioner's Guide – Volume I, 2^e ed.*, The Netherlands 2018, p. 437 ss.

Conrad Nicole/Münch Peter/Black-Branch Jonathan (édit.), *International Commercial Arbitration, Standard Clauses and Forms Commentary*, Bâle 2012. (cité: CoICC - AUTEUR(E)).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006*, FF 2006, p. 6841 ss. (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, FF 2006 CPC).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982*, FF 1983, p 255 ss. (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, FF 1983 LDIP).

DERAINS Yves, *Langues et langages de l'arbitrage*, in : Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève Zurich Bâle 2008, p. 623 ss.

EHLE Bernd, *Arbitrage en matière de construction*, in : Hirsch Laurent/Imhoos Christophe (édit.), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Genève Zurich Bâle 2018, p. 193 ss. (cité : EHLE, *Construction*).

EHLE Bernd, *Emergency Arbitration in Practice*, in Müller Christoph/Rigozzi Antonio (édit.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2013*, Zurich Bâle Genève 2013, p. 187 ss. (cité : EHLE, *Emergency Arbitration*).

EHLE Bernd, *SIA 150 :2018 – Modern Swiss arbitration rules for construction disputes*, in ASA Bulletin 4/2018 p. 895 ss. (cité : EHLE, *SIA 150*).

JEANDIN Nicolas, *Mesures provisionnelles en matière civile : première et seconde instance*, in Bohnet François, Dupont Anne-Sylvie (édit.), *Les mesures provisionnelles en procédure civile, pénale et administrative*, Bâle 2015, p. 3 ss.

Gauch Peter/Stöckli Hubert (édit.), *Kommentar zur SIA-Norm 118*, 2^e éd., Zurich 2017. (cité: CO118- AUTEUR(E)).

GÖKSU Tarkan, *Die neue SIA-Schiedsordnung (SIA 150 :2018)*, in: DC 2018, p. 5 ss. (cité : GÖKSU, SIA 150).

GÖKSU Tarkan, *Schiedsgerichtsbarkeit, Zurich St-Gall 2014* (cité : GÖKSU, *Schiedsgerichtsbarkeit*.)

GUNTER Pierre-Yves, *Le choix de l'arbitre*, in : Hirsch Laurent/Imhoos Christophe (édit.), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Genève Zurich Bâle 2018, p. 259 ss.

Hirsch Laurent, *L'arbitrage ex aequo et bono*, in : Hirsch Laurent/Imhoos Christophe (édit.), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Genève Zurich Bâle 2018, p. 183 ss.

HOHL Fabienne, *Procédure civile, Tome II*, 2e éd., Berne 2010.

HÜRLIMANN Roland, *Schiedsgerichtsbarkeit in Bausachen – Die neue SIA-Norm 150:2018*, in: Jusletter 18 décembre 2017. (cité : HÜRLIMANN, SIA 150).

HÜRLIMANN Roland, § 13 *Der Planer als Sachverständiger / I,-II,,* in: Stöckli Hubert/Siegenthaler Thomas (édit.), *Die Planerverträge – Verträge mit Architekten und Ingenieure*, Zurich Bâle Genève 2013, p. 609 ss. (cité : HÜRLIMANN, *Der Planer*).

JOHNSON Alexandra, *L'arbitrage multipartite*, in : Hirsch Laurent/Imhoos Christophe (édit.), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Genève Zurich Bâle 2018, p. 219 ss.

KARRER A. Pierre, *Le contrat d'arbitrage et l'autonomie de la lex arbitri*, in : Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève Zurich Bâle 2008, p. 837 ss.

LALIVE Pierre/POUDRET Jean-François/REYMOND Claude, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse – Edition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la Loi fédérale du 18 décembre 29187 sur le droit international privé*, Lausanne 1989.

LALIVE Pierre, *Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc*, in : Litec (édit.), *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris 1991, p. 305. (cité : LALIVE, *arbitrage ad hoc*).

LALIVE Pierre, *Dérives arbitrales (I)*, in : ASA BULLETIN 4/2005 p. 587 ss (cité : LALIVE, *Dérives*).

LALIVE Pierre, *Le chapitre 12 de la Loi fédérale sur le droit international privé : L'arbitrage international*, in : Dessemontet François (édit.), *Le nouveau droit international privé suisse*, 2^e éd., Lausanne 1989, p. 209 ss (cité : LALIVE, *chapitre 12 LDIP*).

LALIVE Pierre, *Sur l'irresponsabilité arbitrale*, in : Haldy Jacques/Rapp Jean-Marc/Ferrari Phidias (édit.), *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, p. 419 ss. (cité : LALIVE, *Irresponsabilité*).

MIRIMANOFF Jean A, *La résolution amiable des différends en Suisse, Interactions entre procédures traditionnelles et modes consensuels*, Berne 2016.

MÜLLER Christoph, *Contrats de droit suisse*, Berne 2012.

PICHONNAZ Pascal, *La jurisprudence récente en droit privé* in : Institut pour le droit suisse et international de la Construction (édit.), *Journées suisse du droit de la construction 2015*, Fribourg 2015, p. 293 ss.

POUDRET Jean-François, *Expertise et droit d'être entendu dans l'arbitrage international*, in Dominicé Christian/Patry Robert/Reymond Claude (édit.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle Francfort-sur-le-Main 1993, p. 607 ss.

ROUILLER Nicolas, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats* in: CEDIDAC nr. 72, 2007, p. 525 ss.

SCHERER Matthias, EHLE Bernd, MOSS Samuel, *Construction Arbitration in Switzerlans*, in : Manuel Arroyo (édit.), *Arbitration in Switzerlan – The Practitioner's Guide – Volume I, 2^e ed.*, The Netherlands 2018, p. 1019 ss.

SIA, *Directive SIA 150 concernant la procédure d'arbitrage*, in : Bulletin technique de la Suisse romande, SIA spécial, no 1, 1977, p. 54.

STEINHAUER Paul-Henri, *Le titre préliminaire du code civil*, Bâle 2009.

TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Zurich 2016.

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Genève Zurich Bâle 2012.

TERCIER Pierre, *Conclusion générale*, in : *L'arbitre international et l'urgence*, Bruxelles 2014, p. 185 ss. (cité : TERCIER, *Urgence*)

TSCHANZ Pierre-Yves, *Le choix de l'arbitrage*, in: DC 1992, p. 56 ss

Vouilloz François, *Le témoignage écrit*, in : RVJ 2016 p. 343 ss.

Zuberbühler Tobias/Müller Christoph/Habegger Philipp (édit.), *Swiss Rules of International Arbitration Commentary*, 2^e éd., Zürich Bâle Genève 2013. (cité: CoSR2012 - AUTEUR(E)).

ZUFFEREY Jean-Baptiste, *L'expert : clé des procédures dans l'immobilier et la construction : des catégories générales aux problèmes concrets* / Jean-Baptiste Zufferey. – In: *Le perizie giudiziarie*. – Lugano : CFPG 2008, p. 17 ss.

Introduction

Le présent travail de recherche décrit la nature et la fonction juridique de la norme SIA 150, éd. 2018 (SN 509 150). En plus de s'appuyer sur la doctrine et la jurisprudence, la norme SIA 150 éd. 2018 sera comparée d'une part sur son édition antérieure, la norme SIA 150 éd. 1977, et d'autre part, sur les Swiss Rules 2012 établies par la SCIA. L'annexe de procédure de constat urgent de la norme SIA 150 éd. 2018 sera comparée à la procédure DAB du règlement relatif au Dispute Boards de la CCI, éd. 2015.

Volontairement, la comparaison ne sera pas conduite article par article. Il s'agit avant tout de mettre en lumière les principales différences entre ces trois règlements afin d'en faire ressortir, par contraste, les points saillants et singuliers de la norme SIA 150 éd. 2018, ainsi que d'en souligner les points forts et les points faibles, tout en tenant compte des spécialités et des nécessités du secteur de la construction et de l'immobilier.

Ces quatre normes étant des normes de nature privée, la recherche juridique du présent travail ne pourra pas s'appuyer les méthodes d'interprétation juridiques classiques, mais devra plutôt trouver se concentrer sur l'interprétation contractuelle et les aspects procéduraux des textes étudiés.

La matière juridique relative à l'arbitrage ne sera pas présentée de manière approfondie, mais certaines caractéristiques particulières seront rappelées lorsque jugé pertinent. En outre, bien que la norme SIA 150 éd. 2018 et les trois autres normes citées peuvent trouver à s'appliquer à l'internationale, ce travail n'intégrera pas de droit comparé. Finalement, étant donné le caractère national de la norme SIA 150 éd. 2018, le travail se concentrera de manière préférentielle à l'arbitrage interne, sans négliger toutefois certains aspects importants liés à l'arbitrage international.

Le document SIA éd. 1977 se nomme « *Directive pour la procédure d'arbitrage* » tandis que le document SIA éd. 2018 est dénommé « *Dispositions relatives à la procédure devant un tribunal arbitral – Norme contractuelle* ». Par souci de simplification, les références normatives « SIA 150 :1977 » et « SIA 150 :2018 » seront utilisées par la suite de ce travail de recherche. Pour les Swiss Rules 2012,

la référence normative sera « SR 2012 » tandis que pour la procédure DAB selon règlement ICC 2015, l'abréviation « DAB 2015 » sera adoptée.

Tout d'abord, une brève présentation de l'arbitrage dans la construction sera effectuée (*infra* I). Ensuite, la norme SIA 150 :2018 et son annexe seront présentées en détail (*infra* II) et ce chapitre constituera le corps principal de ce travail de recherche. Une appréciation globale de la norme SIA 150 :2018 y compris son annexe sera ensuite effectuée (*infra* III) et finalement, une conclusion terminera le présent travail.

En marge de ce travail de recherche, un entretien avec le Prof. Blaise Carron, Prof. ordinaire de droit de l'université de Neuchâtel et membre de la commission SIA 150 :2018, a eu lieu le vendredi 5 juillet 2019. Certains enseignements tirés de cette entrevue seront intégrés dans le cadre de ce travail. De plus, quelques statistiques émanant de la commission concernant l'utilisation de la norme SIA 150 (depuis 2000) viendront également agrémenter le travail. Enfin, il est précisé que l'auteur de ce travail de recherche a suivi une formation de deux heures sur la norme SIA 150 :2018, organisée par la SIA et donnée par le Prof. Blaise Carron¹. Cette formation a permis à l'auteur d'apprécier les caractéristiques générales de la norme SIA 150 :2018 et de survoler quelques particularités juridiques. Il en sera occasionnellement fait quelques références.

I. L'arbitrage dans la construction

La construction est sans doute l'un des domaines dans lequel l'arbitrage se révèle souvent être le plus adéquat, à tout le moins le plus répandu. Des litiges sur des projets de construction grandes envergures, par exemple le premier tunnel du Gothard (sentence rendue en 1885), le tunnel sous la Manche (1997) ou le canal de Panama (2018) ont été résolus par la voie de l'arbitrage. En Suisse, il apparaît que l'arbitrage n'est pas – encore ? – une méthode de résolution de litige courante. Cela témoigne sans doute autant de la confiance et de la qualité de la juridiction étatique que de la recherche quasi-systématique d'accord à l'amiable lors de différends. Certains litiges internes sont toutefois portés devant un tribunal

¹ Cette formation, organisée par la SIA et intitulée « Arbitrage et construction : la nouvelle directive SIA 140 » a été donnée à Lausanne le 15 novembre 2017 et a regroupé huit participants.

arbitral et il apparaît que malgré le nombre restreint d'arbitrages dans le domaine de la construction, la norme SIA 150 se révèle être régulièrement utilisée. Il reste à savoir si elle le sera encore à l'avenir, et il est modestement espéré que des éléments de réponse à cette interrogation puissent se trouver dans le présent travail de recherche.

A. Quelques généralités

Après un bref rappel des mécanismes des méthodes de résolutions de litige, les principales caractéristiques de l'arbitrage en général et ses bases légales au niveau du droit suisse sont présentées ci-après.

1. Les modes alternatifs de résolution de litiges

Il existe de nombreux modes alternatifs à la résolution de litige, ou ADR². L'alternative consiste à ne pas saisir un tribunal étatique en cas de litige, mais de le régler d'une autre manière. Les modes les plus souvent cités sont, dans l'ordre croissant de formalisme : la négociation, la médiation, la conciliation, les Disputes Boards, l'expertise-arbitrage et finalement l'arbitrage. Il existe aussi d'autres formes, dites hybrides, qui combinent certaines caractéristiques de plusieurs modes de résolutions de litige³.

L'utilisation de l'arbitrage gagne en importance, à tout le moins pour le litiges commerciaux internationaux, et est devenu le mode ordinaire de résolution de litige⁴. Il s'agit de la méthode ayant le degré de formalisme le plus élevé avant la juridiction étatique. L'arbitrage comporte deux critères essentiels : son **caractère volontaire** et le **pouvoir de trancher un litige**⁵. L'arbitre dispose de la faculté de trancher, c'est-à-dire de dire le droit. À ce titre, une minorité de la doctrine estime même que l'arbitrage n'est pas un mode alternatif de résolution de litige, mais déjà

² Alternative Dispute Resolution, cf. TSCHANZ, p. 56 ou BROWN-BERSET, p. 268.

³ Pour approfondir le sujet des hybrides, cf. MIRIMANOFF, p. 83-98.

⁴ TSCHANZ, p. 56.

⁵ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 27.

un mode juridictionnel⁶. Cette distinction est toutefois d'un intérêt limité dans le cadre du présent travail de recherche.

2. La convention d'arbitrage

L'arbitrage est un mode de résolution de litige qui répond aux **principes d'autonomie et de volonté des parties** et qui se traduit ainsi par son caractère purement contractuel⁷. L'échange de manifestations de volontés concordantes et réciproqués (art. 1 CO) est établi par le biais d'une convention d'arbitrage, laquelle repose sur le principe de la **liberté contractuelle** et suit les règles usuelles en matière d'interprétation des contrats. Cette liberté contractuelle permet notamment aux parties de décider du droit applicable à leur contrat⁸.

La convention d'arbitrage peut être prévue dans le contrat, l'on parle alors de clause arbitrale, ou intervient ultérieurement, lors de la survenance d'un différend et l'on parle alors de compromis⁹. La seule clause obligatoire pour qu'une procédure d'arbitrage puisse valablement se dérouler est précisément une clause d'intégration, mentionnant qu'en cas de litige issu de la relation contractuelle, c'est la voie de l'arbitrage qui sera utilisée comme méthode de résolution¹⁰. Cette clause devrait à minima contenir le règlement d'arbitrage auquel il est fait référence, le siège, la loi applicable, le nombre d'arbitres et la langue¹¹. Les parties restent toutefois entièrement libres de rédiger leur propre règlement d'arbitrage.

Deux aspects essentiels, cumulatifs, caractérisent une convention d'arbitrage : Premièrement, le litige doit être **arbitrable** et deuxièmement, la convention doit être **valable**.

⁶ BROWN-BERSET/SCHERER, p. 270 pose la question; pour TSCHANZ p. 56, il s'agit d'une véritable juridiction.

⁷ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 259.

⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, n. 128.

⁹ TERCIER/BIERI/CARRON, n. 4765 ; LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 48 s.

¹⁰ COICC – CONRAD/CILINGIR/BAUMANN, p. 13 ss, qui suggère des clauses « Necessary Elements », « Recommended Elements » et « Optional Elements ».

¹¹ *Ibidem*.

i. L'arbitrabilité du litige

En droit international, toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage (art. 177 al. 1 LDIP) alors qu'en droit interne, l'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention relevant de la libre disposition des parties (art. 354 CPC). La notion d'arbitrabilité va donc plus loin dans le CPC que dans la LDIP, puisque des litiges de nature non patrimoniale peuvent également faire l'objet d'un arbitrage¹². Le CPC exige cependant de vérifier la disponibilité du droit, ce qui est plus restrictif que ce que propose la LDIP¹³.

En matière de droit de la construction, bien que les considérations pécuniaires forment une majorité des litiges, d'autres enjeux sont à considérer, tels que l'existence d'un défaut, la responsabilité des variantes d'entreprises ou le respect des normes environnementales. Par exemple, la norme SIA 118¹⁴ indique que « *Les parties peuvent convenir de soumettre leurs litiges à la médiation et/ou à une procédure arbitrale* » (art. 37 al. 2 SIA 118). La norme SIA 118, valablement intégrée au contrat, lie les parties. Les litiges visés par cet article concernent toutes les prétentions découlant du contrat, directes ou en relation étroites, y compris des prétentions relevant de l'enrichissement illégitime ou d'actes illicites¹⁵. À notre sens, cette position est tout à fait en accord avec les besoins de la construction et il est correct d'étendre l'arbitrage à des causes plus étendues que le seul domaine patrimonial, conformément à l'art. 354 CPC.

La jurisprudence en droit interne confirme que l'arbitrage peut avoir comme objet toute prétention relevant de la libre disposition des parties¹⁶. Quoiqu'il en soit, peu importe le droit applicable, si la présomption générale est l'arbitrabilité du litige, c'est dans tous les cas aux parties qu'appartient le droit et le devoir de soulever l'éventuelle inarbitrabilité du litige¹⁷.

¹² CONSEIL FÉDÉRAL, *FF 2006 CPC*, p.7000.

¹³ CONSEIL FÉDÉRAL, *FF 2006 CPC*, p. 7001.

¹⁴ Norme SIA 118 : « *Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction* ».

¹⁵ CO118- HÜRLIMANN, art. 37 SIA 118, n. 12.

¹⁶ Arrêt du TC Fribourg 101 2017 42 du 01.06.2017, consid. 3a.

¹⁷ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 309.

ii. La validité de la convention

Dans le domaine de l'arbitrage, pour qu'une convention soit valable quant à la forme, il faut qu'elle soit passée en la forme écrite ou au moins en la forme textuelle¹⁸.

Pour qu'une convention soit valable quant au fond, il faut positivement qu'elle fonde la compétence du TA et négativement, qu'elle écarte la compétence d'un tribunal civil¹⁹. Cette validité matérielle de la convention d'arbitrage est reprise aux art. 7 LDIP ou art. 61 CPC, qui prévoient tous deux, en des termes similaires qu'un tribunal civil devra décliner sa compétence sous l'une des trois hypothèses alternatives : le défendeur a procédé au fond sans émettre de réserve (art. 61 al. 1 let. a CPC ou art. 7 al. 1 let. a LDIP), le tribunal civil constate la convention ne peut être appliquée (art. 61 al. 1 let. b CPC ou art. 7 al. 1 let. b LDIP) ou que le TA n'a pu se constituer (art. 61 al. 1 let. c CPC ou art. 7 al. 1 let. c LDIP). Concernant la première hypothèse, un défendeur est réputé avoir procédé au fond lorsque sa réponse ne soulève pas l'exception d'incompétence²⁰. La seconde hypothèse se vérifie sous les aspects d'arbitrabilité ou de validité de la convention exprimés ci-avant et la troisième hypothèse concerne généralement le cas où le défendeur n'a donné suite à la nomination du membre de sa part.

Finalement, il est relevé que selon le principe de la séparabilité, une clause d'arbitrage est à considérer comme autonome, c'est-à-dire qu'elle peut être valable dans un contrat nul et l'inverse est également possible²¹.

3. Les principes fondamentaux

Les principes évoqués ci-après sont des principes juridiques particulièrement importants en matière de droit d'arbitrage. Ils sont de droit impératif.

¹⁸ La forme textuelle n'est pas définie dans le CO, mais elle l'est par exemple à l'art. 178 al. 1 LDIP : il faut pouvoir « *établir la preuve par un texte* ».

¹⁹ LALIVE, *chapitre 12 LDIP*, p. 215 ; Arrêt du TC Fribourg 101 2017 42 du 01.06.2017, consid. 3a.

²⁰ HOHL, n. 221.

²¹ Arrêt du TF 4A_84/2015 du 18.02.2016 consid. 3.2.1; CoRo CPC-SCHWEIZER, art. 354, n.3; MÜLLER, n. 3373.

i. L'égalité de traitement

L'égalité de traitement est un principe constitutionnel qui découle directement de l'art. 8 Cst. et qui est repris à l'art. 373 al. 4 CPC et art. 182 al. 3 LDIP. L'égalité de traitement doit être comprise comme une égalité dans le déroulement de la procédure²². Il s'agit d'accorder les mêmes droits aux parties, par exemple une prolongation de délai de durée égale²³. Il s'agit également de prononcer les mêmes refus aux parties, par exemple le rejet d'un mémoire soumis tardivement²⁴.

ii. Le droit d'être entendu

Le droit d'être entendu est également un principe constitutionnel qui fait partie des garanties générale de procédure. Il est ancré à l'art. 29 al. 2 Cst. et est repris à l'art. 373 al. 4 CPC ainsi qu'aux art. 182 al. 3 et 190 al. 2 let. d LDIP. Ce principe donne la possibilité à chaque partie de se faire entendre. Il s'agit d'une possibilité offerte aux partie de s'exprimer et non d'un devoir, de sorte qu'une sentence par défaut ne viole pas ce principe lorsque les parties ont bénéficié de la possibilité de s'exprimer²⁵. En matière d'arbitrage, la garantie du droit d'être entendu est de la responsabilité des arbitres, en particulier du président lorsqu'il y en a un, ou de l'arbitre unique.

La doctrine et la jurisprudence ont développé les implications suivantes du droit d'être entendu :

- Le droit d'être entendu induit notamment de pouvoir se déterminer sur les preuves avant que le tribunal arbitral ne statue²⁶ ;
- Le droit d'être entendu induit que le TA examine et traite les problèmes pertinents²⁷ ;
- Le droit d'être entendu confère à chaque partie la possibilité de soumettre au tribunal tous les moyens de preuve en faits et en droits ²⁸ ;
- Le droit d'être entendu n'exige pas la motivation de la sentence arbitrale²⁹.

²² LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 138.

²³ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 353.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 139.

²⁶ Arrêt du TC Valais Jan-Pierre Magnin et Marc Leuba c. Daniel Francioli du 14.06.1993 consid. 2b = RVJ 1993 p. 232 ss ; LALIVE/POUDRET/REYMOND, n. 3 ; POUDRET, p.608.

²⁷ Arrêt du TF 4A_143/2015 du 14.07.2015 consid. 2.1 ; POUDRET, p.611.

²⁸ POUDRET, p.608.

L'application stricte de ce principe rend les procédures plus lourdes, ce qui va à l'encontre du souhait d'avoir une procédure rapide³⁰, aspect particulièrement important dans les procédures d'arbitrages. Cependant, le respect du droit d'être entendu permet de garantir la sécurité du droit, et par suite, la qualité des sentences arbitrales.

iii. L'interdiction de l'arbitraire ou l'atteinte à l'ordre public

La distinction entre le caractère interne ou international de l'arbitrage est primordiale, puisque les motifs de recours dans un contexte international sont plus restreints selon la LDIP que ceux en droit interne selon le CPC. Il est en ainsi de l'arbitraire, qui n'est pas un motif de recours recevable contre une sentence internationale³¹.

En droit interne, une sentence est arbitraire dans son résultat soit parce qu'elle repose sur des constatations contraires aux faits résultants du dossier soit parce qu'elle constitue une violation manifeste du droit ou de l'équité³² (art. 393 let. e CPC). Le grief d'arbitraire est cependant restreint et la violation manifeste du droit au sens de l'art. 393 let e CPC concerne le droit matériel, à l'exclusion du droit de procédure³³.

Ce motif de recours de l'arbitraire n'est pas à disposition dans la LDIP, la notion s'en rapprochant le plus étant la compatibilité avec l'ordre public (art. 190 al. 2 let. e LDIP). Une distinction est faite entre l'ordre public matériel et l'ordre public procédural³⁴. Il y a violation de l'ordre public procédural lorsque des principes fondamentaux sont violés, de telle sorte que la sentence apparaît incompatible avec les valeurs reconnues d'un État de droit³⁵. Seule la violation des règles essentielle pour assurer la loyauté de la procédure peuvent constituer une violation de l'ordre public procédural³⁶. Il y a violation de l'ordre public matériel lorsque des principes juridiques du droit de fond sont violés au point de ne plus

²⁹ ATF 142 III 360 consid. 4.1.2 ; 134 III 186 consid. 6.1 et les références citées.

³⁰ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 139.

³¹ Arrêt du TF 4A_540/2018 du 07.05.2019, consid. 1.1.

³² Arrêt du TF 4A_143/2015 du 14.07.2015 consid. 1.2.

³³ Arrêt du TF 4A_143/2015 du 14.07.2015 consid. 2.1.

³⁴ Arrêt du TF 4P.196/2003 du 07.01.2004 consid. 5.1.

³⁵ Arrêt du TF 4A_143/2015 du 14.07.2015 consid. 2.1 ; ATF 128 III 191 consid. 4a;

³⁶ ATF 126 III 249 consid. 3b.

être conciliables avec l'ordre juridique et le système de valeurs d'un État de droit³⁷, par exemple : la fidélité contractuelle, la bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit³⁸. La notion d'ordre public se retrouve également en droit interne, plus précisément en droit des obligations, puisqu'il y est relevé qu'un contrat qui serait contraire à l'ordre public n'est pas admissible (art. 19 al. 2 CO).

iv. Pacta sunt servanda

Ce principe de droit des contrats est universellement reconnu³⁹. En matière d'arbitrage, ce principe se décline comme suit : un tribunal arbitral qui refuse d'appliquer une clause toute en admettant qu'elle lie les parties ou, à l'inverse, qui fait appliquer une clause dont il considère qu'elle ne lie pas les parties viole le principe de fidélité contractuelle⁴⁰. Les conséquences de ce principe sont d'une part que les parties doivent en principe s'en tenir au contenu du contrat⁴¹ et que le juge ou l'arbitre doit également s'en tenir au contenu du contrat, et ce même s'il devait trouver le résultats choquant⁴². Une violation de ce principe est contraire tant à l'ordre public⁴³ qu'à l'interdiction de l'arbitraire⁴⁴.

La doctrine est partagée sur la possibilité de modifier la convention d'arbitrage après-coup, lorsque cette possibilité n'est pas prévue par le contrat lui-même⁴⁵. Une partie de la doctrine estime en effet que suivant le principe *pacta sunt servanda*, les parties doivent se tenir à ce qu'elles ont convenu. A notre avis, c'est la volonté réelle des parties qui doit toujours être déterminante, même lorsque cette volonté est différente de son sens formel⁴⁶. Il serait contraire aux règles de bonne foi d'imposer aux parties un droit dont elles ne veulent pas ou plus⁴⁷.

A notre sens, il est correct de conférer au contrat une certaine souplesse et capacité d'adaptation. Une clause spécifique traitant précisément de la

³⁷ Arrêt du TF 4P.196/2003 du 07.01.2004 consid. 5.1.

³⁸ ATF 128 III 191 consid. 6b; ATF 120 II 155 consid. 6a.

³⁹ CoSR2012 – BESSON/THOMMESEN, art. 33, n. 39.

⁴⁰ Arrêt du TF 4P.71/2002 du 22.10.2002, consid. 3.2.

⁴¹ TERCIER/PICHONNAZ, n. 935.

⁴² TERCIER/PICHONNAZ, n. 936.

⁴³ Arrêt du TF 4P.196/2003 du 07.01.2004 consid. 5.1; ATF 128 III 191 consid. 6b.

⁴⁴ Arrêt du TF 4A_143/2015 du 14.07.2015 consid. 1.1.

⁴⁵ CoSR2012 – JERMINI/GAMBA, art. 15, n. 6.

⁴⁶ STEINHAUER, n. 523.

⁴⁷ *Idem*.

modification de contrat est évidemment préférable, mais elle fait parfois défaut. Dans un chantier de construction, les choses peuvent changer à ce point qu'une adaptation du contrat est souvent nécessaire. De plus, tout au long de la vie d'un chantier, il n'est pas rare que plusieurs années après la signature du contrat, les personnes physiques, représentants les parties (maître de l'ouvrage, chef de projet de l'entreprise, chef de projet du planificateur, direction de projet) aient complètement changé. Une non-adaptation du contrat par application du principe *pacta sunt servanda* pourrait alors, en application du principe de la *clausula rebus sic stantibus*, constituer un abus de droit⁴⁸.

v. Le principe de la bonne foi

L'arbitre est tenu de se conformer au principe de la bonne foi⁴⁹. En matière contractuelle également, les parties sont également tenues de respecter le principe de la bonne foi⁵⁰.

Le principe de forclusion découle également du principe de la bonne foi. Une partie doit invoquer un vice de procédure dès qu'il en a connaissance, au risque de commettre un abus de droit⁵¹. Ce principe s'applique par exemple lors de la demande de récusation d'un arbitre (*infra* II).

vi. L'indépendance et l'impartialité des arbitres

Parmi les nombreuses qualités que doivent posséder les arbitres, il y en a deux, liées uniquement à leur statut, qui sont indispensables au bon fonctionnement procédural de l'arbitrage : l'indépendance des arbitres et l'impartialité des arbitres. La jurisprudence a considéré qu'un arbitre doit présenter les mêmes garanties d'indépendance et d'impartialité qu'un juge étatique, au risque de se voir retenir à raison le grief de désignation irrégulière du tribunal (art 190 al. 2 let. a LDIP ou art. 393 let. a CPC)⁵². L'impartialité est un donnée psychologique subjective, tandis que l'indépendance est plus aisément objectivable. C'est pourquoi les auteurs de

⁴⁸ STEINHAUER, n. 603.

⁴⁹ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 356 ; CoRo CPC-SCHWEIZER, art. 365, n. 7.

⁵⁰ TERCIER/BIERI/CARRON, n. 174.

⁵¹ ATF 113 Ia 67; JdT 1987 I 384 (rés.).

⁵² ATF 142 III 521 consid. 3.1.1.

la LDIP ont omis la notion d'impartialité et ont mis seulement l'accent sur la notion d'indépendance⁵³, ce qui est à notre sens regrettable.

Dans un litige bipartite avec un TA à trois arbitres, il est usuel, en tous les cas en matière de litige dans la construction, que chaque partie nomme son propre arbitre. Prenons l'exemple d'un litige entre un entrepreneur et un ingénieur ; l'entrepreneur se tournera probablement vers un arbitre avec de l'expérience en entreprise tandis que l'ingénieur se tournera plutôt vers un ingénieur spécialisé, voire un prof. d'une école d'ingénieurs. Dans ce cas qui n'a rien d'inusuel, la neutralité des arbitres partisans est difficile à garantir⁵⁴ et la neutralité du TA sera finalement assurée par son président, investi du pouvoir de trancher en cas d'égalité des voix⁵⁵. Les qualités et compétences de l'arbitre unique ou du président sont donc décisives pour permettre d'atteindre une solution juste et équitable au litige⁵⁶.

4. Les besoins dans le monde de la construction

Dans le monde de la construction, les litiges, qu'ils s'agissent de simples désaccords ou de différends profonds, font quasiment partie du quotidien de la vie de chantier. Ces litiges portent souvent sur des questions techniques d'une certaine complexité et qui, par suite, requièrent une expertise particulière pour tenter de les résoudre⁵⁷, par exemple lorsqu'il s'agit de savoir si une recette de béton proposée par l'entreprise est compatible avec les propriétés spécifiées par l'ingénieur. Les litiges peuvent également porter sur des questions purement juridiques, par exemple lorsqu'il s'agit de savoir si l'on est en présence d'une modification de commande.

a) Au niveau international

En matière de litiges commerciaux et économique, l'arbitrage international est très répandu depuis fort longtemps, au point d'être même considéré comme le **moyen**

⁵³ CoCPC-SCHWEIZER, art. 363, n. 7 ss.

⁵⁴ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 55, qui juge irréaliste d'attendre d'un arbitre partisan la même impartialité que ce que l'on exige par exemple d'un magistrat.

⁵⁵ BELLET, p. 409.

⁵⁶ CoSR2012 – BÜHLER/FEIT, art. 7, n.9

⁵⁷ EHLE, *Construction*, p. 194.

ordinaire de résolution de litige⁵⁸. Les litiges dans le domaine du droit de la construction représentaient en 2005 14.4% de toutes les affaires soumise à l'arbitrage selon la CCI⁵⁹. Il est d'ailleurs relevé qu'à l'échelle mondiale, pratiquement tous les contrats type dans le domaine de la construction ont intégrés des clauses d'arbitrage⁶⁰.

b) En Suisse

Dans le secteur de la construction au niveau international, la Suisse est l'un des pays où le plus grand nombre de procédures d'arbitrage se déroulent et cela concerne tant les ingénieurs que les entrepreneurs et fournisseurs⁶¹. Paradoxalement, l'arbitrage en droit interne est peu répandu. Il est par exemple relevé que SIA propose dans ses contrats-type le choix entre tribunal civil et TA alors que la KBOB ne propose même pas la voie de l'arbitrage⁶².

Selon les statistiques reçues de la part de la SIA, depuis l'an 2000, un total de 58 procédures ont été terminées, dont une seule selon la nouvelle norme SIA 150 :2018. 6 procédures SIA 150 sont en cours, dont 4 selon la nouvelle norme SIA :2018 et 3 autres procédures sont encore dans la phase préliminaire⁶³. Par année, le service juridique de la SIA répond à environ 60-70 demandes concernant cette norme, alors qu'au final sur les dix-neuf dernières années, une moyenne de **trois procédures par an** sont achevées⁶⁴. Malgré le nombre restreint de procédure, c'est le règlement qui a le plus de succès au niveau suisse dans le domaine de la construction⁶⁵.

⁵⁸ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 263.

⁵⁹ BROWN-BERSET, p. 272.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ EHLE, *Construction*, p. 193 ; SCHERER/EHLE/MOSS, n. 1.

⁶² Voir KBOB, Différences entre le contrat de mandataire de la KBOB et celui de la SIA (RPH 102/103/105/108 [2014]), Décembre 2016, https://www.kbob.admin.ch/dam/kbob/fr/dokumente/Publikationen/Planer/Vergleich_Planervertrag_KBOB_rev_LHO_SIA_20170406_f.pdf.download.pdf/Vergleich_Planervertrag_KBOB_rev_LHO_SIA_20170406_f.pdf, consulté le 16.08.2019.

⁶³ Selon information du prof. Blaise Carron lors de l'entretien du 05.07.2019, cela veut dire que le TA n'a pas encore été constitué.

⁶⁴ Selon information du prof. Blaise Carron lors de l'entretien du 05.07.2019, la comptabilisation d'une procédure achevée l'est soit par le prononcé d'une sentence arbitrale, soit parce que l'affaire est rayée du rôle.

⁶⁵ Affirmation du prof. Blaise Carron lors de l'entretien du 05.07.2019.

B. Trois règlements comme points d'appui

La norme SIA 150 :2018 sera présentée en détail ci-après (*infra* II). Les autres règlements auxquels il est fait référence et qui serviront de points d'appuis tout au long de ce travail sont brièvement introduits aux trois sous-chapitres suivants.

1. La norme SIA 150 :1977

La précédente version de la norme SIA 150 date de 1977. Les seules informations en relation avec la norme SIA 150 :1977 proviennent du Bulletin technique de la Suisse romande, qui indique notamment :

« La directive SIA 150 [...] remplace le trop succinct règlement d'arbitrage n° 150 (1954), trop imprécis quant à la procédure à appliquer. La directive SIA 150 a été élaborée à l'aide du concordat sur la juridiction arbitrale du 27 mars 1969 et en considération des codes de procédure cantonaux. [...] Les 49 articles représentent une garantie pour une procédure ordonnée et correcte devant le tribunal arbitral de la SIA. En outre, par rapportée l'ancienne, cette nouvelle réglementation permet aux non-juristes d'avoir plus facilement un aperçu sur les prescriptions de procédure et leur observation »⁶⁶.

La norme SIA 150 :1977 est donc déjà une adaptation d'un règlement SIA plus ancien, datant de 1954. Une recherche plus approfondie des règlements SIA avant 1977 concernant l'arbitrage dans la construction n'a pas été menée dans le cadre de ce travail de recherche.

Il convient avant tout ici de relever que la SIA 150 :1977 a donc été élaboré sur la base du CIA de 1969. Dans la même logique, il apparaît que le règlement SIA 150 :2018 devenait nécessaire au vu de l'entrée en vigueur de la LDIP en 1989, puis du CPC en 2011.

2. Les Swiss Rules 2012

Le règlement suisse d'arbitrage international Swiss Rules 2012 représente la seconde édition d'une première version de 2004, dont l'objectif principal était de

⁶⁶ SIA, p. 54.

fournir un règlement d'arbitrage institutionnel unique, en remplacement et en harmonisation des six règlements proposés par les six chambres de commerces et d'industrie existantes en Suisse⁶⁷. Un autre objectif était également de promouvoir l'arbitrage institutionnel⁶⁸. Le règlement de 2004 était édicté sur la base du règlement UNCITRAL⁶⁹ en vigueur et reprenait les pratiques modernes dans le domaine de l'arbitrage international⁷⁰. La révision de 2012 a poursuivi deux objectifs ; tout d'abord, il s'agissait de s'adapter à la version mise à jour en 2010 du règlement UNICTRAL et ensuite, il s'agissait d'améliorer le premier règlement de 2004 avec le recul de sept ans d'expérience⁷¹. Il est précisé que les Swiss Rules, comparés à d'autres règlement institutionnels, repose sur une administration plus légère que par exemples les ICC Rules⁷². Comparés à d'autres règlements, les SR 2012 sont propices à des durée de procédure plus expéditives⁷³ et à des coûts plus restreints⁷⁴. Les SR 2012 sont destinées avant tout à l'arbitrage international⁷⁵.

Le règlement SR 2012 est présenté comme suit par la SCAI :

« Le Règlement suisse d'arbitrage international a été rédigé avec soin afin d'être un outil efficace, flexible et économiquement avantageux pour des affaires internationales de droit civil comme de common law, ainsi que pour les affaires internes. Les parties sont libres de désigner leur(s) arbitre(s), de sélectionner le droit applicable, la langue de la procédure, le siège de l'arbitrage, et leur propre représentant, en Suisse ou à l'étranger. Si le siège de l'arbitrage est en Suisse, les parties pourront bénéficier des nombreux avantages qu'offre le droit suisse de l'arbitrage. Le Règlement révisé est entré en vigueur le 1er juin 2012. »⁷⁶.

⁶⁷ CoSR2012 – BESSON/THOMMESEN, introduction, n. 1 à 3.

⁶⁸ CoSR2012 – BESSON/THOMMESEN, introduction, n. 4.

⁶⁹ CoSR2012 – BESSON/THOMMESEN, introduction, n. 4; BRUNNER, n. 4.

⁷⁰ CoSR2012 – BESSON/THOMMESEN, introduction, n. 4.

⁷¹ CoSR2012 – BESSON/THOMMESEN, introduction, n. 8.

⁷² CoSR2012 – BESSON/THOMMESEN, introduction, n. 47; BRUNNER, n. 28.

⁷³ BRUNNER, n. 34, qui cite une étude de 2009 démontrant que la durée moyenn d'une procédure selon règlement ICC est de 16 à 24 mois tandis qu'une procédure selon les SR 2012 dure en moyenne 6 mois en procédure sommaire et 12 mois en procédure normale ; TERCIER, *Urgence*, p. 191, mentionne qu'il faut retenir une durée moyenne d'arbitrage selon CCI de deux ans et 4 mois.

⁷⁴ BRUNNER, n. 40 ss.

⁷⁵ BRUNNER, n. 4.

⁷⁶ Site internet de la SCAI: <https://www.swissarbitration.org/Arbitrage/Le-Reglement-et-les-lois-arbitrage>, consulté le 10.06.2019.

3. Le règlement relatif aux Dispute Boards de la CCI (2015)

Un DAB est un organe instauré contractuellement entre les parties et le DAB dès le début du projet. Le DAB suit le déroulement du projet de manière régulière⁷⁷. En cas de désaccord, le DAB rend une décision à laquelle les parties doivent se soumettre, en tout cas jusqu'à l'éventuelle décision d'une autorité compétente, sous peine de violation de leur contrat⁷⁸. Ce mode de résolution de litige est de plus en plus utilisé, notamment en matière de litige dans la construction.

Le règlement relatif aux Dispute Boards 2015 est présenté comme suit par la CCI :

« Un « dispute board » est un organe permanent généralement mis en place à la signature ou au commencement de l'exécution d'un contrat à moyen ou long terme afin d'aider les parties à éviter ou à surmonter tout désaccord ou différend pouvant survenir dans le cours de leur relation contractuelle. Fréquents dans les projets de construction, les dispute boards se rencontrent aussi dans d'autres domaines [...]. Depuis son introduction en 2004, ce règlement a été largement utilisé partout dans le monde. Dix ans après son entrée en vigueur, une révision a été entreprise afin de l'adapter à l'évolution des pratiques et aux exigences actuelles. »⁷⁹.

C. Les bases légales en Suisse

Le présent travail est volontairement délimité au droit de l'arbitrage tel qu'il est pratiqué en Suisse. Les dispositions contenues dans la norme SIA 150 :2018 suivent ou devraient à tout le moins s'appuyer sur les dispositions légales des trois dispositions légales présentées aux sous-chapitres qui suivent. En préambule, il est indiqué que la CIA, abrogée avec l'entrée en vigueur du CPC 2011, donnait à son art. 1 al. 3 une liste exhaustive des dispositions impératives. Cela conférait à cette loi un caractère rigide, voire même contraire aux besoins dans l'arbitrage international ou institutionnel⁸⁰. Cette manière de faire n'a pas été reprise ni dans

⁷⁷ BROWN-BERSET, p. 277.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Site de la CCI ; <https://iccwbo.org/publication/2015-dispute-board-rules-french-version/>, consulté le 29.07.2019.

⁸⁰ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 31.

la LDIP, ni dans le CPC. La majorité des articles concernant l'arbitrage dans le CPC et la LDIP sont de droit dispositif.

1. La LDIP

La LDIP est entrée en vigueur le 1er janvier 1989. Elle consacre son chapitre 12 à l'arbitrage international (art. 176 ss LDIP). Au moment de l'élaboration de la LDIP, il a été clairement mis en évidence que l'arbitrage international prenait une importance croissante dans l'ensemble des pays du monde⁸¹. Il a également été souligné que les dispositions légales existantes en Suisse en matière d'arbitrage international pouvaient poser des problèmes au niveau de leur constitutionnalité et qu'en matière d'arbitrage interne, les lois cantonales et le concordat ne répondaient pas toujours aux besoins de l'arbitrage international moderne⁸². L'enjeu principal de la LDIP, qui peut être étendu à l'enjeu principal de l'arbitrage en général, est de concilier le fait qu'**un arbitrage doit en même temps satisfaire au principe d'autonomie des parties et garantir la sécurité du droit**⁸³. De l'avis de certains, le chapitre 12 de la LDIP est remarquablement bien formulé⁸⁴. Son caractère succinct⁸⁵ démontre la volonté claire de laisser autant que possible la place à l'autonomie des parties⁸⁶.

2. Le CPC

Le CPC est entré en vigueur le 1er janvier 2011, 22 ans après l'entrée en vigueur de la LDIP. Le CPC édicte les règles en matière de procédure civile devant les tribunaux cantonaux et remplace ainsi les vingt-six codes cantonaux préexistants⁸⁷. Le CPC accorde également une partie entière dédiée à l'arbitrage interne (Partie 3, art. 353 ss CPC), qui vise à renforcer le droit de l'arbitrage en Suisse⁸⁸.

⁸¹ CONSEIL FÉDÉRAL, *FF 1983 LDIP*, p. 442.

⁸² CONSEIL FÉDÉRAL, *FF 1983 LDIP*, p. 443.

⁸³ CONSEIL FÉDÉRAL, *FF 1983 LDIP*, p. 445.

⁸⁴ Pour TSCHANZ, p.61, il s'agit de l'une des meilleures loi d'arbitrage au monde ; pour LALIVE, cf. LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 259, le texte est « novateur ».

⁸⁵ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 272.

⁸⁶ *Idem*, p. 272 s.

⁸⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, *FF 2006 CPC*, p. 6842.

⁸⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, *FF 2006 CPC*, p. 6844.

Parmi les objectifs de l'unification de la procédure civile, la volonté de pouvoir offrir des procédures efficaces, donc rapides, se heurtent au risque de proposer une justice de moindre qualité⁸⁹. L'entrée en vigueur de la LDIP en 1989 a montré que la Suisse se devait de mettre à jour son (ses) code(s) de procédure civile pour rester à niveau dans le domaine de la procédure civile internationale, y compris dans le domaine de l'arbitrage interne⁹⁰. L'arbitrage interne, dicté jusque-là sur la base du CIA, devait se calquer davantage sur l'arbitrage international⁹¹. Il ne s'agit guère d'un choix parlementaire, mais bien plus d'une obligation Constitutionnelle découlant directement de l'obligation faite à la Confédération des respecter le droit international et les traités internationaux. Dans sa partie 3 relative à l'arbitrage, le CPC a repris, quasiment à l'identique, bon nombre des articles de la LDIP. Il est d'ailleurs relevé que cela serait contraire au principe d'égalité de traitement d'obtenir des sentences différentes dans deux procédures distinctes du simple fait qu'une des parties est domicilié à l'étranger ou ne l'est pas⁹².

Le droit de l'arbitrage est un droit indépendant du droit étatique de la procédure civile. Le message souligne ce point : « *en principe, on ne saurait tirer aucune conclusions pour la procédure d'arbitrage des règles applicables aux tribunaux étatiques* »⁹³. Les parties à un arbitrage peuvent certes trouver une source d'inspiration dans le CPC, mais l'autonomie du TA reste la règle et l'on ne saurait en aucun cas affirmer que le CPC trouve à s'appliquer de manière subsidiaire⁹⁴.

3. Le Code des Obligations

Si les deux sous-chapitres précédents traitent directement de l'arbitrage, il est nécessaire de garder à l'esprit le mécanisme à la base de toute procédure arbitrale reste la liberté contractuelle des parties. Une convention d'arbitrage est un contrat au sens de l'art. 1 CO. Les autres règles de la partie générale du code des obligations s'appliquent également que cela soit pour la conclusion du contrat

⁸⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *FF 2006 CPC*, p. 6850 s.

⁹⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, *FF 2006 CPC*, p. 6853-6855 s.

⁹¹ CONSEIL FÉDÉRAL, *FF 2006 CPC*, p. 6858.

⁹² CONSEIL FÉDÉRAL, *FF 1983 LDIP*, p. 7000.

⁹³ CONSEIL FÉDÉRAL, *FF 2006 CPC*, p. 6999.

⁹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, *FF 2006 CPC*, p. 6999 s.

ou pour des questions d'interprétation⁹⁵. Les articles de la partie spéciale, en particulier pour les contrats de mandat (art. 394 ss CO) et d'entreprise (art 363 ss. CO), trouvent également à s'appliquer, parfois de manière subsidiaire, dans les relations contractuelles entre les diverses parties impliquées dans une procédure d'arbitrage.

II. La norme SIA 150 :2018

Ce chapitre constitue le corps de ce travail de recherche et présente tant les raisons de la révision de la norme SIA 150 :2018 que son contenu (y compris celui de son annexe), en s'appuyant lorsque jugé pertinent sur des comparaisons avec les autres règlements présentés (*supra* I).

A. Les objectifs de la révision

La première séance préparatoire du groupe de travail « *Commission SIA 150* » a eu lieu en août 2012. Le projet a été mis en consultation en mars 2016⁹⁶. De l'avis d'un membre de la commission, les résultats de la consultation n'étaient toutefois pas intéressants et n'ont par conséquent pas été mis à disposition de l'auteur⁹⁷.

Les faiblesses de la SIA 150 :1977 était le renvoi à des textes abrogés, la procédure ad hoc qui devaient entièrement être mise en œuvre par les parties, une procédure somme toute coûteuse et un rôle du juge étatique trop important⁹⁸.

Au final, il est retenu que le facteur déclencheur du processus de révision tient simplement au côté désuet de l'ancienne norme SIA 150 :1977⁹⁹.

⁹⁵ MÜLLER, n. 3361.

⁹⁶ Informations données lors de la formation SIA 150 suivie le 15.11.2017.

⁹⁷ Avis personnel de M. Walter Maffioletti, lic. iur. Zurich, membre de la commission SIA 150 :2018 en tant que représentant du Bureau SIA, le 11.06.2019.

⁹⁸ Informations données lors de la formation SIA 150 suivie le 15.11.2017.

⁹⁹ CO118- HÜRLIMANN, art. 37 SIA 118, n. 8.5; Affirmation confirmée selon entretien du 05.07.2019 avec le Prof. Blaise Carron.

B. Le contenu et la présentation

1. Partie 1 – Dispositions préliminaires

i. Champ d'application

Le contenu de l'article premier rappelle la liberté contractuelle qu'ont les parties pour décider de renvoyer leur litige à un TA. En effet, la norme SIA 150 :2018 s'applique lorsqu'une convention d'arbitrage y renvoie (art. 1 al. 1 SIA 150 :2018). À l'instar de la SIA 150 :1977 et des SR 2012 et conformément à l'art. 178 al. 1 LDIP ou art. 358 CPC, la convention d'arbitrage doit être passée par écrit ou en la forme textuelle.

a) L'intégration au contrat

Le terme « *convention d'arbitrage* » (art. 1 al. 1 SIA 150 :2018) ne signifie pas, ou plus¹⁰⁰, un document séparé traitant de l'arbitrage. Il peut s'agir d'une clause d'arbitrage spécifique dans le texte du contrat¹⁰¹. Par exemple, dans le contrat-type SIA 1001/1¹⁰², une clause spécifique¹⁰³ sous forme de case à cocher, permet aux parties de choisir le type de tribunal à saisir : soit le tribunal ordinaire, soit le TA selon la norme SIA 150 (dernière édition respective), avec dans ce dernier cas, un second choix qui s'ouvre, celui d'appliquer ou non de l'annexe de la norme SIA 150 (procédure de constat urgent).

La distinction entre clause compromissoire et compromis (*supra* I) n'a pas été reprise dans la norme SIA 150 :2018, alors qu'elle figure expressément à l'art. 3 SIA 150 :1977. De même, une clause compromissoire type figure dans les SR 2012, en préambule. Cette distinction n'a pas de portée juridique propre et par souci de simplification probablement, la norme SIA :2018 a abandonné cette distinction. Le seul point essentiel est d'établir expressément la volonté des parties d'exclure la juridiction étatique compétente¹⁰⁴.

¹⁰⁰ KARRER, p 837, qui explique qu'à l'époque, sans citer de date précise, un contrat d'arbitrage ne pouvait se trouver que sous la forme d'une convention séparée, c'est-à-dire d'un compromis arbitral.

¹⁰¹ KARRER, p. 837.

¹⁰² 2^{ème} édit. 01.07.2019, intitulé « *Contrat de mandataire / de direction des travaux* ».

¹⁰³ Clause n° 12, intitulée « *Droit applicable, résolution des conflits et for* ».

¹⁰⁴ Arrêt du TC Fribourg 101 2017 42 du 01.06.2017, consid. 3a.

Un règlement tel que la norme SIA 150 (éd.1977 ou éd. 2018) ou les SR 2012 peut être intégré à un contrat par le biais d'une clause figurant expressément dans le texte du contrat. Lorsqu'il en est ainsi, le règlement en question fait partie du contrat et suit les mêmes règles que celles régissant les conditions générales¹⁰⁵. De nombreux règlements émanant de la SIA suivent d'ailleurs ce type d'intégration, par exemple la norme SIA 118¹⁰⁶ ou encore le règlement SIA 102¹⁰⁷. En revanche, une clause d'arbitrage qui ne se trouverait que dans des conditions générales n'est pas suffisante pour lier valablement les parties¹⁰⁸.

Il n'est pas étonnant que la SIA renvoie à ses propres dispositions et ce point ne sera pas discuté plus en détail. En revanche, le fait d'admettre un échange de manifestation de volonté réciproque et concordante des parties simplement avec une case à cocher peut, à notre avis, être discutable en l'espèce. Si le contrat est passé avec un maître de l'ouvrage rompu aux contrats dans le domaine de la construction ou de la planification, il n'y a rien à redire. En revanche, si le contrat est passé entre un particulier, par exemple souhaitant construire sa maison et s'attachant les services d'un architecte, alors l'on peut raisonnablement se demander si ce particulier comprend réellement la portée de cette case à cocher, c'est-à-dire s'il connaît réellement la différence entre tribunal arbitral et tribunal ordinaire. Il est permis d'en douter. Il conviendra dans ce cas, en cas de contestation, d'appliquer les règles usuelles en matières d'interprétation des contrats.

La présence d'une clause pathologique dans un contrat est une problématique récurrente. Dans une affaire fribourgeoise¹⁰⁹, un contrat comportait une clause stipulant que « *Tout litige ou différent sera subordonné à la norme SIA n° 150 (arbitrage)* » et plus loin « *les tribunaux du canton de Fribourg sont compétents pour juger tout litige qui n'aurait pas pu être réglé à l'amiable ou soumis à un compromis d'arbitrage* ». Le tribunal saisi, qu'il soit arbitral ou étatique, est compétent pour décider de sa propre compétence¹¹⁰. Si deux clauses différentes

¹⁰⁵ TERCIER/BIERI/CARRON Blaise, n. 218.

¹⁰⁶ Norme SIA 118 : « *Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction* ».

¹⁰⁷ Norme SIA 102 : « *Règlement concernant les prestations et honoraires des architectes* ».

¹⁰⁸ TSCHANZ, p.63.

¹⁰⁹ Arrêt du TC Fribourg 101 2017 42 du 01.06.2017 = DC 2017 p. 390 (rés.).

¹¹⁰ ATF 121 III 495 consid. 6.

sont contradictoires, c'est la *lex arbitri* du siège, c'est-à-dire les règles de droit étatique privé qui donneront la voie à suivre¹¹¹. Dans le cas fribourgeois, le tribunal étatique a jugé d'une part que la clause relative à la SIA 150 constituait non pas une obligation mais une possibilité et d'autre part, en cas de doute¹¹², le contrat devait s'interpréter en défaveur de son rédacteur (*in dubio contra stipulatorem*). Il est relevé que si la cause avait dû être jugée par le TA instauré (maladroitement) par la clause litigieuse, celui-ci aurait dû parvenir aux mêmes conclusions.

b) L'applicabilité de la procédure de constat urgent (Annexe SIA :2018)

Les parties ont également la liberté de décider de l'applicabilité de la procédure de constat urgent (art. 1 al. 3 SIA 150 :2018). En l'absence d'indication, la procédure de constat urgent est donc réputée non applicable. Cette solution a pour avantage de ne pas forcer la main des parties quant à l'utilisation d'un outil dont on ne mesure pas encore la pertinence. Le risque – évident – d'une clause « opting in » est que la procédure de constat urgent ne rencontre aucun succès, faute d'application. Un consentement présumé par le biais d'une clause « opting out » permettrait sans aucun doute une application drastiquement plus étendue de la procédure de constat urgent. Ce constat a déjà été fait par les clauses d'arbitrage d'urgence de la CCI, qui propose dorénavant la solution « opting out » pour l'arbitrage d'urgence¹¹³.

ii. Notification et délais

La norme SIA 150 :2018, de même que les SR 2012, précisent de quelle manière sont calculés les délais et adoptent la même convention indiquant que le délai commence à courir le lendemain de la notification (art 2 al. 2 SIA 150 :2018 et art. 2 al. 2 SR 2012), ce qui est - heureusement - la même convention que celle du CPC. La possibilité d'envoyer des documents par voie électronique dans les deux règlements est autant soulignée qu'appréciée et témoigne d'une volonté de mettre à niveau ces règlements avec les possibilités de communication existants depuis

¹¹¹ KARRER, p 848.

¹¹² ROUILLER, p. 525.

¹¹³ TERCIER, *Urgence*, p. 188 s, qui relaie l'information selon laquelle il n'y a eu que 9 demandes en 9 ans pour l'arbitrage d'urgence de la CCI lorsque l'arbitrage d'urgence était décidé par une clause « opting in ».

– déjà – une génération. Tant le calcul du délai que (évidemment) l’envoi de documents par courriel ne figuraient pas dans la norme SIA 150 :1977. Les clarifications apportées en matière de notification sont donc bienvenues et certains autres auraient pu être intégrées dans des alinéas supplémentaires, comme par exemple la confirmation que le cachet postal fait foi, la preuve de l’envoi en matière de courrier électronique ou la manière de déterminer le respect du délai lors d’un paiement.

iii. Litispendance

Le début de la litispendance intervient à la réception de la demande de notification d’arbitrage au bureau de la SIA (art. 3 al. 1 SIA 150 :2018). Ceci respecte le caractère impératif tant de l’art. 372 CPC que l’art. 181 LDIP. La norme SIA 150 :1977 et les SR 2012 ne divergent pas sur ce point.

2. Partie 2 – Tribunal Arbitral

i. Siège

Dans la norme SIA 150 :1977, le siège du TA se trouve, sauf convention contraire (art. 10 al. 1 SIA 150 :1977) ou à défaut (art. 10 al. 2 SIA 150 :1977), en Suisse. Dans la norme SIA 150 :2018, l’article a été remanié afin de proposer une plus grande souplesse, puisque le siège est proposé en Suisse ou dans un autre pays (art. 4 al. 1 SIA 150 :2018). Les SR 2012 ne proposent même pas que le siège soit en Suisse et souligne que ce sont les parties qui le désignent (art. 16 al. 1 SR 2012). Si la désignation du siège n’est pas claire ou incomplète, alors les SR 2012 confèrent le pouvoir de déterminer le siège à la Cour¹¹⁴ qui peut demander au TA de déterminer le siège (art. 16 al. 1 SR 2012). Ceci diffère de ce qui est prévu par la SIA 150 :2018, puisqu’en cas de désignation peu claire ou incomplète, la détermination du siège est uniquement du ressort que du TA (art. 4 al. 2 SIA 150 :2018). Le règlement ne confère pas au bureau de la SIA la possibilité de fixer lui-même le siège, ce qui témoigne que le règlement SIA 150:2018 est d’un degré d’institutionnalisation moindre que le règlement SR 2012.

¹¹⁴ Cour d’arbitrage de la SCAI.

ii. Tribunal Arbitral

De manière générale, les dispositions légales indiquent que la composition du TA, c'est-à-dire le nombre d'arbitres et la procédure de nomination des arbitres, est laissé à la libre disposition des parties (art. 360 al. 1 et art. 361 al. 1 CPC ; art. 179 al. 1 LDIP).

a) Le nombre d'arbitre

La norme SIA 150 :2018 poursuit encore cette liberté donnée par le CPC et la LDIP puisque le nombre d'arbitre est laissé à la libre disposition des parties (art. 5 al. 1 SIA 150 :2018). Si les parties n'ont pas fait usage de cette liberté, c'est le bureau SIA qui décide, en privilégiant en général un arbitre unique. Ce nombre peut être porté à trois si lorsque le litige est complexe et/ou si la valeur litigieuse n'impose pas un tribunal à trois membres (art. 5 al. 2 SIA 150 :2018). Lorsque les parties n'ont pas convenu du nombre d'arbitres et que le montant du litige ne dépasse pas 250'000 CHF, alors l'arbitre sera unique (art. 5 al. 2 SIA 150 :2018).

La SIA 150:1977 préconise que le nombre d'arbitres par défaut du TA doit être de trois (art. 5 al 2 SIA 150 :1977), sans égards au montant de la valeur litigieuse. Il est d'ailleurs relevé ici qu'il ne figure aucune référence à un montant de valeur litigieuse à aucun endroit de la norme SIA 150 :1977. La solution adoptée par la SIA 150 : 1977 est non seulement rigide mais également coûteuse. Une jurisprudence fribourgeoise¹¹⁵ dans un litige qui s'élevait à une dizaine de milliers de francs a d'ailleurs mis en exergue la lourdeur de la procédure SIA 150 :1977, valablement intégrée au contrat mais sans que les parties ait convenues de soumettre le litige à un arbitre unique. Dès lors, le juge d'appui n'a pu que constater la validité de la convention, son incapacité à nommer lui-même un arbitre unique et l'obligation de constituer un tribunal composé de trois membres. Un commentaire de cet arrêt a suggéré que la directive SIA 150 soit modifiée un introduisant une valeur litigieuse en dessous de laquelle le litige puisse être tranché par un seul arbitre¹¹⁶.

Les SR 2012 proposent que le tribunal soit constitué d'un ou de trois membres, décidé par la Cour, si les parties n'ont pas convenu autrement (art. 6 al. 1 SR

¹¹⁵ Arrêt non publié du TC Fribourg du 03.10.2011, commenté par TERCIER in DC 2000 p. 145.

¹¹⁶ *Ibidem*.

2012). En règle générale, la Cour choisira un arbitre unique, sauf si la complexité et/ou la valeur litigieuse ne justifie de soumettre l'affaire un tribunal constitué de trois membres (art. 6 al. 2 SR 2012). Si le montant de la valeur litigieuse ne dépasse pas 1'000'000 CHF, la procédure accélérée s'applique (art. 6 al. 4 SR 2012) et par suite, le tribunal sera composé d'un membre, sauf convention contraire (art. 42 al. 2 let. e SR 2012).

Les solutions adoptées par le règlement SIA 150 :2018 et les SR 2012 sont très proches et privilégient toutes deux un TA d'un juge unique si les parties n'ont rien convenu autrement et si le montant ne dépasse pas une certaine valeur. Ces solutions sont souples, laissés à la libre disposition des parties, s'inscrivent dans la tendance générale de l'arbitrage et augmentent à notre sens l'attractivité de l'arbitrage.

b) La nomination des arbitres

Lorsque les parties ont convenu d'un arbitre unique ou si le Bureau a décidé que le litige devait être porté devant un arbitre unique, les parties procèdent ensemble dans les 30 jours à sa nomination (art. 6 al. 1 SIA 150 :2018). Si les parties ne s'entendent pas, l'arbitre est nommé par une institution indépendante désignée par la SIA ou par la SIA elle-même si les parties en conviennent (art. 6 al. 2 SIA 150 :2018). Lorsque les parties ont convenu d'un tribunal à trois membres ou si le Bureau a décidé que le litige devait être porté devant tribunal de trois membres, chaque partie nomme un membre dans les 30 jours (art. 6 al. 3 SIA 150 :2018). Si une partie, après un délai supplémentaire, ne désigne pas d'arbitre, alors le membre est nommé par une institution indépendante désignée par la SIA (art. 6 al. 3 SIA 150 :2018). Les deux membres ainsi nommés sont invités à désigner leur président (art. 6 al. 3 SIA 150 :2018). Si les parties ne s'entendent pas, le président est nommé par une institution indépendante désignée par la SIA ou par la SIA si les parties en conviennent (art. 6 al. 3 SIA 150 :2018). Dans le cas d'une affaire multipartite, les membres du TA sont nommés par une institution indépendante désignée par la SIA, à moins que toutes les parties conviennent que cela soit par la SIA elle-même (art. 6 al. 4 SIA 150 :2018).

La procédure de nomination ainsi décrite est tout à fait similaire dans les SR 2012, à ceci près que si les parties ne s'entendent pas, c'est la Cour qui nomme le ou

les arbitres (art. 7 et 8 SR 2012). Il n'y a donc pas d'institution indépendante qui intervient dans la procédure selon les SR 2012.

Dans la SIA 150 :1977, les parties désignent elles-mêmes l'arbitre unique (art. 6 al. 2 SIA 150 :1977) et la SIA ne désigne l'arbitre unique qu'à la demande des parties (art. 6 al. 2 SIA 150 :1977). En cas de désaccord de l'une des parties, c'est le juge désigné par l'instance cantonale compétence du lieu du for qui a pour tâche de désigner l'arbitre unique. Lors d'un collège arbitral, le principe prévalant dans le domaine de l'arbitrage, c'est-à-dire que chaque partie désigne elle-même un arbitre et que ces deux arbitres ainsi désignées choisissent eux-mêmes le président, s'applique (art. 7 al. 1 SIA 150 :1977). La SIA prête son concours si une partie le demande (art. 7 al. 3 SIA 150 :1977). Si, après un délai supplémentaire, le défendeur n'a pas désigné son arbitre, ou si les deux arbitres n'ont pas désigné de président, alors c'est également le juge civil qui nomme le ou les membres manquants (art. 7 al. 5 SIA 150 :1977).

Cette intervention du juge émanant d'un tribunal civil (juge d'appui) n'est plus prévue ni par selon la norme SIA 150 :2018 ni selon les SR 2012. Il reste cependant toujours la possibilité, en cas de désaccord de l'un des parties sur la composition du TA par une institution qu'elle soit, de demander de l'aide au juge d'appui pour compléter le TA. Dans tous les cas, il apparait cependant important et même préférable de laisser les parties choisir elles-mêmes leur expert¹¹⁷.

iii. L'expert technique

a) Le rôle de l'expert

Le TA peut s'adjoindre un expert technique dans la procédure arbitrale, lequel sera soumis, par analogie, aux mêmes devoirs et règles de récusation que pour les arbitres (art. 12 al. 1 SIA 150:2018). En outre, il est précisé que l'expert technique a voix consultative et qu'il a le droit à une indemnité adéquate (art. 12 al. 2 SIA 150:2018).

La norme SIA 150 :1977 mentionne que le TA fait appel à un expert lorsqu'il ne possède pas lui-même les connaissances spéciales nécessaires à la résolution d'un point spécifique, tandis que la norme SIA 150 :2018 laisse le TA décider

¹¹⁷ LALIVE, *arbitrage ad hoc*, p. 308.

librement. Cette manière de procéder permet au TA instauré selon SIA 150 :2018 de s'affranchir de la question de savoir s'il est oui ou non suffisamment compétent pour résoudre le point litigieux et il n'a ainsi plus à se justifier s'il refuse de s'adjoindre les services d'un expert technique.

Les SR 2012 fondent également le caractère facultatif de la nomination d'un ou de plusieurs experts mais précisent cependant que ceci se fait « *après consultation des parties* » (art. 27 al. 1 SR 2012). Cette absence de précision dans la norme SIA 150 :2018 est sans conséquence. En effet, le renvoi, par analogie, au devoir de divulgation et acceptation de la fonction (art. 7 SIA 150 :2018) précise que l'expert technique doit confirmer aux parties l'acceptation de sa fonction. Les parties se voient dès lors offrir la possibilité de se prononcer sur la nomination de l'expert par application, par analogie toujours, des règles sur la récusation. L'éventualité d'une nomination unilatérale et obligatoire d'un ou plusieurs experts par le TA est donc écartée et contreviendrait d'ailleurs, à notre sens, au respect du principe du droit d'être entendu.

Dans une procédure étatique, l'expert est amené à ne se prononcer que sur des questions de fait¹¹⁸, de manière d'ailleurs exagérément hermétique, à notre avis, la différence entre les questions de faits et de droit étant parfois extrêmement ténues¹¹⁹. La procédure arbitrale en revanche n'impose pas de distinction entre fait et droit et l'expert peut donc se prononcer sur ces questions indépendamment de sa nature juridique¹²⁰.

L'expert technique déterminé selon SIA 150 :2018 ne fait pas partie du TA et n'a qu'une voix consultative. L'expert n'est donc ni arbitre, ni expert-arbitre et jouit donc une position particulière dans la procédure¹²¹. Dès lors, il est autorisé à ne se concentrer que sur des aspects purement techniques, sans risquer de se perdre dans les considérations procédurales¹²². À notre sens, il serait toutefois souhaitable qu'au moins un des membres du TA possède des connaissances techniques suffisamment avancées pour, sinon juger, au moins apprécier de la

¹¹⁸ PICHONNAZ, p. 360.

¹¹⁹ Du même avis, ZUFFEREY, p. 9 s, qui indique que « *la ligne de démarcation n'est pas toujours facile à déterminer* ».

¹²⁰ ZUFFEREY, p. 10.

¹²¹ GÖKSU, SIA 150, p. 5.

¹²² EHLE, SIA 150, p. 901, GÖKSU, SIA 150, p. 6.

qualité de l'expertise technique. En effet, la compétence technique d'un TA est l'un des avantages le plus souvent mis en exergue d'un TA par rapport à un tribunal étatique. Dès lors, un TA est souvent constitué d'un ou plusieurs experts techniques¹²³ et il serait à notre sens dommage de ne pas profiter de cette opportunité spécifique à l'arbitrage¹²⁴.

b) La relation entre l'expert et le tribunal

Dès que l'expert est nommé, une relation contractuelle se crée entre le TA et l'expert. La nature de cette relation contractuelle est controversée. Il peut s'agir d'un mandat, d'un contrat d'entreprise, d'un contrat mixte¹²⁵ d'un contrat de travail¹²⁶. Cette qualification a son importance pour déterminer les règles en matière de responsabilité contractuelle de l'expert¹²⁷.

La SIA 150:1977 mentionne le terme « *mandat* » (art. 37 al. 2 SIA 150 :1977) et les SR 2012 également (art. 27 al. 2 SR 2012). Il n'est cependant pas exclu que le contrat puisse, dans les faits, être d'une autre nature (art. 18 CO). La norme SIA 150:2018 ne fournit aucun élément de réponse à ce sujet, ce qui nous paraît adéquat. En effet, la qualification du contrat dépend avant tout de la ou des questions à trancher. Par exemple, une vérification statique de la capacité portante d'un pont s'apparente à un contrat d'entreprise tandis qu'une estimation de coûts relève du mandat.

À relever que pour les arbitres, la qualification de mandat doit dans tous les cas être nuancée, puisqu'une fois le tribunal saisi, celui-ci doit trancher et rendre une sentence. Par conséquent, la répudiation ou révocation en tout temps (art. 404 CO) ne peut trouver à s'appliquer dans le cas d'un contrat arbitrage¹²⁸.

c) La responsabilité de l'expert

¹²³ ZUFFEREY, p. 5; POUDRET p. 615, pour qui il est important que des ingénieurs fassent partie d'un tribunal arbitral lorsqu'il s'agit de questions techniques dans le domaine de la construction par exemple.

¹²⁴ Du même avis, POUDRET, p. 615.

¹²⁵ CoSR2012 – OETIKER, art. 27, n. 13.

¹²⁶ CoSR2012 – OETIKER, art. 27, n. 13.

¹²⁷ CoSR2012 – OETIKER, art. 27, n. 13.

¹²⁸ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 179.

La responsabilité des experts est une thématique qui gagne en importance¹²⁹. En pratique du droit de la construction, les experts sont généralement ceux des parties (experts partisans) et les experts nommés par le tribunal (experts judiciaires) sont plutôt l'exception et sont instaurés à la demande des parties et lorsque le TA le juge pertinent¹³⁰.

Le droit d'être entendu doit cependant être respecté dans la procédure, cette garantie étant toutefois de la responsabilité du TA et non de l'expert technique ou judiciaire¹³¹. Il existe donc un risque, quand une autonomie trop grande est donnée à l'expert sans contrôle strict de la part du TA, que l'expert technique (ou judiciaire) viole l'égalité entre partie ou le droit d'être entendu.

L'expert technique dans une procédure arbitrale peut aussi bien se prononcer sur des questions de faits que sur des questions de droits, eu égard à la mission que lui aura confiée le TA. Il est à relever que tant l'expert technique que les éventuels autres experts judiciaires nommés par le TA sont inclus dans l'exclusion de responsabilité de l'art. 43 SIA 150 :2018.

iv. Le secrétaire juridique

La SIA 150:2018 prévoit que le TA peut s'adjoindre les services d'un juriste faisant office de secrétaire juridique (art. 11 al. 1 SIA 150 :2018) et qui possède même une voix consultative (art. 11 al. 2 SIA 150 :2018). Le fait que le secrétaire possède une voix consultative est une nouveauté par rapport à ce qui prévalait selon la SIA 150 :1977 (art. 9 SIA 150 :1977). La possibilité de nommer un secrétaire existe aussi dans les SR 2012 et ses qualifications juridiques ne sont pas précisée. Par contre, il apparaît plutôt que son rôle n'est limité qu'à des tâches strictement administratives¹³². Dans les faits, le secrétaire du TA assume une grande partie, sinon l'essentiel du travail menant au final à la finalisation de la sentence¹³³.

¹²⁹ ZUFFEREY, p. 4.

¹³⁰ SCHERER/EHLE/MOSS, n. 73.

¹³¹ EHLE, SIA 150, p. 902; PLOUDRET p. 613.

¹³² CoSR2012 – JERMINI/GAMBA, art. 15, n. 19.

¹³³ CoCPC-SCHWEIZER, art. 366, n. 10.

Le rôle dévolu à l'éventuel secrétaire juridique est ainsi plus important dans la norme SIA 150 :2018 que dans les deux autres règlements. La possibilité donnée au TA constitué selon la SIA 150 :2018 de bénéficier d'un appui tant administratif que rédactionnel, permettant ainsi d'alléger leurs tâches, tout en conférant une voix consultative, c'est-à-dire que le secrétaire doit se sentir impliqué, est à notre sens un point positif de la SIA 150 :2018.

v. Modification de la composition du TA

La modification du TA peut faire suite à la récusation, à la révocation ou au remplacement d'un arbitre.

a) La récusation

Selon la norme SIA 150:2018, la récusation intervient sous deux hypothèses envisageables, soit lorsqu'un arbitre ne correspond pas aux exigences convenues (art. 8 al. 2 let. a SIA 150 :2018) ou soit lorsqu'il y a des doutes sur son indépendance ou son impartialité (art. 8 al. 2 let. b SIA 150 :2018). Ces deux hypothèses sont alternatives.

Si la seconde hypothèse relative à l'indépendance et à l'impartialité de l'arbitre est reprise tant dans la norme SIA 150:1977 (art. 8 al. 2 SIA 150 :1977) que dans les SR 2012 (art. 9 al. 1 SR 2012), la première hypothèse, de nature strictement contractuelle, est une singularité de la SIA 150 :2018, qui s'inscrit cependant pleinement dans le cadre des possibilités données par la loi (art. 367 al. 1 let a ou b CPC ; art. 180 al. 1 let a ou b LDIP). Cette hypothèse indique qu'un arbitre qui ne respecte pas les exigences convenues entre les parties peut être récusé. Il serait cependant étonnant que les parties nomment un arbitre qui ne possède pas les qualifications convenues et qu'elles le récusent ensuite pour cette raison. Il est mentionné en outre que les arbitres doivent s'engager à travailler rapidement (art. 8 al. 2 SIA 150 :2018). Cette condition est également une singularité de la SIA 150 :2018. Par rapport aux autres règlements étudiés, la SIA 150 :2018 introduit donc un nouveau motif de récusation, qui est le non-respect des exigences convenues entre les parties, parmi lesquelles figure la rapidité du travail de l'arbitre.

Le délai de 10 jours pour la demande de récusation (art. 8 al. 4 SIA 150 :2018) est plus court que celui de 15 jours selon les SR 2012 (art. 11 al. 1 SR 2012). La

norme SIA 150 :1977 mentionne comme délai « immédiatement » (art. 12 al. 1 SI 150 :1977). À notre sens, cette précision dans la norme mise à jour est bienvenue pour éviter tout litige sur la notion de «immédiatement».

S'agissant des demandes de récusation des juges, le TF applique *mutatis mutandis* les mêmes principes qu'il s'agissent de juges publics ou de membres de tribunaux arbitraux¹³⁴. La demande de récusation doit se conformer au délai indiqué dans le règlement d'arbitrage choisi par les parties, sous peine de forclusion¹³⁵.

b) La révocation

Il n'y a pas d'article relatif à la révocation d'un arbitre dans la SIA 150 :1977. Cette possibilité figure cependant dans les SR 2012, où c'est la Cour qui est dotée du pouvoir de révoquer un arbitre, suite à un avertissement écrit des autres arbitres (art. 12 al. 1 SR 20120). Dans la SIA 150 :2018, c'est le tribunal étatique qui peut révoquer un arbitre, à la demande d'une partie. Le degré d'institutionnalité de la SIA est donc ici également moindre que celui de la SCAI.

c) Le remplacement

La norme SIA 150:2018 présente l'avantage de prévoir de manière plus précise comment doit se faire le remplacement d'un arbitre, point sur lequel la norme SIA 150 :1977 était plutôt avare, se restreignant de dire que le remplacement d'un arbitre se faisait de la même manière que la nomination (art. 12 al. 3 SIA 150 :1977), ce qui a par ailleurs été maintenu dans la nouvelle version (art. 10 al. 1 SIA 150 :2018). Le principe de base est donc ce sont les parties qui nomme les remplaçants et ce principe est également celui instauré par les SR 2012 (art. 13 al. 1 SR 2012).

La norme SIA 150 :2018 va maintenant plus loin, puisqu'elle explicite les règles à suivre lorsqu'il n'est pas possible de suivre la même procédure que pour sa nomination initiale Dans ce cas de figure, c'est soit une institution indépendante désignée par la SIA, soit, si les parties en conviennent, la SIA elle-même qui nomme le nouvel arbitre (art. 10 al. 2 SIA 150 :2018). À ce titre, elle instaure un

¹³⁴ Arrêt du TF 4P.196/2003 du 07.01.2004 consid. 3.1.

¹³⁵ Arrêt du TF 4P.196/2003 du 07.01.2004 consid. 3.2.

degré d'institutionnalité qui n'existait pas 1977¹³⁶, mais qui reste moindre par rapport au SR 2012, qui ne prévoient pas que l'arbitre de remplacement puisse être nommée par une autre institution que la SCAI.

Lors du remplacement d'un arbitre, les SR 2012 prévoient que la procédure reprend là où elle s'était arrêtée lorsque l'arbitre remplacé a cessé d'exercer (art. 14 SR 2012). Il en est conclu que durant la durée de remplacement, les délais sont suspendus alors que, de manière étonnante à notre avis, la SIA 150 prévoit que les délais continuent à courir durant la procédure de remplacement (art. 10 al. 4 SIA 150 :2018). Ce point risque d'être difficilement conciliable pour le nouvel arbitre, qui n'aura qu'un délai restreint pour s'emparer de l'affaire, en particulier si la durée nécessaire à trouver un remplaçant est importante.

3. Partie 3 – Procédure arbitrale

i. Généralités

Les **dispositions générales** de procédure (art. 13 SIA 150 :2018) consacrent plusieurs principes juridiques important, dont cinq sont mentionnés ci-après :

Le principe de la **liberté contractuelle** est mis en avant, en indiquant qu'il est possible de déroger à la SIA 150 :2018 par convention expresse (art. 13 al. 1 SIA 150 :2018). De manière générale, le principe de la liberté contractuelle est beaucoup plus étendu et rappelé dans la norme SIA 150:2018 que dans la norme SIA 150:1977, laquelle était très rigide. La liberté contractuelle est également bien représentée dans les SR 2012, sans toutefois y avoir le privilège de figurer dans les dispositions générales (art. 14 SR 2012).

Les principes procéduraux que sont **l'égalité de traitement et le droit d'être entendu** sont rappelés (art. 13 al. 3 SIA 150 :2018). Ces principes, essentiels (*supra* I), sont également repris en bonne place dans les autres normes (art. 15 al. 1 SIA 150 :1977 et art. 15 al. 1 SR 2012). Bien que ces deux principes soient présents et évidemment applicables, l'on peut simplement s'étonner du fait que dans la SIA 150 :2018, ces deux principes aient été relégués à l'al. 3 des dispositions générales, après le principe de la liberté contractuelle. Peut-être faut-il

¹³⁶ TSCHANZ, p.60.

y voir une volonté délibérée de la part des auteurs de la norme SIA 150 :2018. Il n'en demeure pas moins que les trois principes cités sont de caractères impératifs et d'importances équivalentes.

Le principe de la **bonne foi** ne figure dans aucune des normes SIA 150, tandis qu'il figure dans les SR 2012 (art. 15 al. 7 SR 2012). Ce principe, impératif en droit suisse (art. 2 CC), aurait à notre sens mérité d'être rappelé ici, à tous le moins à l'attention des non-juristes. En effet, les professionnels de la construction n'ont, à notre avis, pas assez le réflexe de s'appuyer sur ce principe¹³⁷ lors de la gestion de différends sur un chantier de construction et une piquûre de rappel dans un règlement SIA de ce type n'est en tout cas pas superflue. Ce principe englobe tant le principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) que son corollaire l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) et possède une portée universelle également dans le droit d'arbitrage¹³⁸. Le principe de la bonne foi s'applique autant au tribunal qu'aux parties¹³⁹.

Le principe de **recherche d'accord à l'amiable** fait partie des dispositions générales à l'attention du TA (art. 13 al. 7 SIA 150 :2018). La tentative de conciliation était déjà présente dans l'ancien règlement SIA 150 (art. 21 al. 1 qui renvoie à l'art. 22 al. 1 SIA 150 :1977). La recherche de règlement à l'amiable est également présente dans les SR 2012, mais cette recherche repose uniquement sur la volonté des parties et le TA n'est donc pas naturellement investi de cette tâche si les parties n'ont pas expressément donné leur accord (art. 15 al. 8 ; art. 33 al. 2). En ce sens, la volonté d'accord à l'amiable est sensiblement moins prononcée dans les SR 2012 que dans les règlement SIA, que ce soit celui de 1977 et – surtout - celui de 2018. Cette recherche d'accord à l'amiable, particulièrement recherchée en droit la construction, est saluée.

ii. Langue

L'art. 14 SIA 150 :2018 fournit un nombre de précisions importantes concernant le choix de la langue. En premier lieu, ce sont les parties qui la déterminent par convention et si elles n'ont rien convenu, c'est le TA qui décide (art. 14 al. 1 SIA

¹³⁷ Par ailleurs également absent dans la norme SIA 118.

¹³⁸ CoSR2012 – JERMINI/GAMBA, art. 15, n. 24 s.

¹³⁹ CoSR2012 – JERMINI/GAMBA, art. 15, n. 26.

150 :2018). Dès que le choix de la langue est arrêté, la langue vaut pour les mémoires et débats qui s'en suivent (art. 14 al. 1 SIA 150 :2018). Toutefois, si un mémoire ou un titre sont déposés dans une autre langue, le TA peut ordonner une traduction (art. 14 al. 1 SIA 150 :2018). Les alinéas 1 et 2 sont en ce sens contradictoires, puisque l'al. 1 fixe la langue de la procédure à suivre, mais l'al. 2 prévoit les cas de figure lorsque la langue de la procédure n'est pas respectée. Il est donc à priori envisageable de fournir des documents dans une autre langue. La conséquence d'un non-respect de la langue choisi par le tribunal n'est ainsi pas clairement exprimée.

La solution adoptée par la SIA 150 :2018 est similaire à ce qui prévaut dans les SR 2012 (art. 17 SR 2012). En revanche, cela diffère sensiblement de ce qui était prévu jusque-là. En effet, la norme SIA 150 :1977 prévoit que si les parties n'ont pas convenu autrement, la langue de la procédure est la langue officielle du siège du TA (art. 17 al. 1 SIA 150 :1977). Il est autorisé de fournir des documents probatoires dans n'importe laquelle des langues officielles suisses, le tribunal pouvant exiger une traduction (art. 17 al. 1 SIA 150 :1977). Les documents en d'autres langues doivent être traduits, et le tribunal peut exiger une traduction certifiée conforme (art. 17 al. 3 SIA 150 :1977).

Le choix de la langue de l'arbitrage est un élément essentiel d'une procédure arbitrale. C'est même l'un de ses avantages par rapport à une procédure étatique¹⁴⁰. Si les parties n'ont rien convenu, il importe que le TA en décide rapidement¹⁴¹. En pratique, il apparaît que le formalisme procédural n'est pas de mise, et qu'il est fréquent que le TA et les parties conviennent que des documents établis dans d'autres langues puissent être admises, avec ou sans traduction¹⁴². Cela découle à notre sens du principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit.

iii. Conférence d'organisation

L'une des nouveautés de la SIA :2018 réside dans la conférence d'organisation (art. 15 SIA 150 :2018). Cette conférence est obligatoire et doit se dérouler dans

¹⁴⁰ DERAIS Yves, p. 789.

¹⁴¹ DERAIS Yves, p. 791.

¹⁴² DERAIS Yves, p. 793.

les 30 jours, avant l'échange d'écriture. Une grande souplesse dans la manière de tenir la conférence est relevée, puisque celle-ci peut se tenir non seulement sous forme de séance, mais également par téléphone ou par « *des moyens similaires* » et il faut sans doute y comprendre par exemple par des vidéoconférences ou d'autre moyens (peut-être encore inconnus) que la technique pourra mettre à disposition dans le futur. Cette conférence a pour objectifs notamment de fixer le calendrier de la procédure, de discuter de la rémunération des membres et éventuels secrétaire juridique ou expert technique (art. 15 al. 1 SIA 150 :2018). Il n'y a pas de règle juridique obligeant de fixer le calendrier de la procédure mais il apparait évident que tant les parties que les arbitres peuvent mieux s'organiser avec un tel calendrier¹⁴³. Cette conférence d'organisation instaurée selon SIA 150 :2018 n'est pas à comparer à la première audience selon l'art. 21 al. 3 SIA 150 :1977, puisque les objectifs y sont ici différents et concernent la détermination des faits pertinent et contestés. Il n'existe pas d'article spécifique dans les SR 2012 qui s'apparente à la conférence d'organisation de la SIA 150 :2018. L'art. 15 al. 3 SR 2012 propose néanmoins que le TA prépare un calendrier prévisionnel « *au début de la procédure et après avoir consultations des parties* ». Le but de cet clause est de recherche à accélérer la procédure¹⁴⁴.

Un autre objectif de la conférence d'organisation est la tentative de régler le litige à l'amiable (art. 15 al. 2 SIA 150 :2018). L'accord des parties est nécessaire pour cette tentative, ce qui ne la rend finalement que facultative.

iv. Échanges d'écritures

La norme SIA 150:2018 indique les échanges d'écritures suivants : le mémoire en demande (art. 16 SIA 150 :2018), le mémoire en défense et éventuellement la demande reconventionnelle (art. 17 SIA 150 :2018) et la réponse à la demande reconventionnelle (art. 17 SIA 150 :2018). Il y a donc un maximum de **quatre échanges d'écritures** avant les débats d'instruction. Les délais de ces échanges d'écritures sont fixés par le TA et doivent généralement intervenir dans les 30 jours.

¹⁴³ GÖKSU, *SIA 150*, p. 6.

¹⁴⁴ CoSR2012 – JERMINI/GAMBA, art. 15, n. 16.

La norme SIA 150 :1977 propose les mêmes échanges d'écritures, avec des titres peu différents : la demande (art. 25 SIA 150 :1977), la réponse (art. 26 SIA 150 :1977) avec, en même temps l'éventuelle reconvention (art. 27 SIA 150 :1977) et finalement la réplique et la duplique (art. 28 SIA 150 :1977), soit également un maximum de quatre échanges d'écritures, dans un délai fixé par le tribunal mais sans proposition de la part de la SIA 150 :1977.

Les SR 2012 diffèrent quelque peu des deux versions de la norme SIA 150. En effet, les SR 2012 proposent un mémoire en demande (art. 18 SR 2012) ainsi qu'un mémoire en défense (art. 19 SR 2012) contenant l'éventuelle demande reconventionnelle et ne présentent ensuite que les « *Autres Écritures* » (art. 22 SR 2012), qui sont fixées par le TA. Les deux normes SIA 150 démontrent ainsi un degré de formalisme plus important concernant les échanges d'écritures.

i. Faits nouveaux

Selon la SIA 150:2018, les parties ont l'occasion d'invoquer des faits nouveaux après le premier échange d'écritures, sans indiquer de restrictions (art. 20 SIA 150 :2018). C'est le TA qui est seul souverain pour décider jusqu'à quel moment les parties peuvent en invoquer dans la procédure sans avoir à justifier pourquoi n'avoir pu les produire plus tôt (art. 21 SIA 150 :2018). Il est ensuite précisé que les faits nouveaux peuvent être invoqués lors de la réplique orale des débats principaux (art. 23 al. 2 SIA 150 :2018) et la partie adverse se voit alors accorder le droit, avant sa duplique, d'avoir la possibilité d'étudier les faits nouveaux de manière appropriée, induisant ainsi une probable suspension de l'audience (art. 23 al. 2 SIA 150 :2018). Relevons que cette solution est analogue à ce que préconise le CPC (art. 229 al. 2 CPC)¹⁴⁵.

La solution que préconise la SIA 150:1977 est moins libérale, autorisant certes les faits nouveaux, mais stipulant que la partie qui s'en prévaut doit en supporter les frais qui en résulte si elle est en faute (art. 29 al. 5 SIA 150 :1977) et qu'elle ne peut modifier ses conclusions que si les faits n'ont pu être invoqués plus tôt (art. 29 al. 3 SIA 150 :1977).

¹⁴⁵ GÖKSU, *SIA 150*, p. 7.

Les Swiss Rules n'ont pas d'article spécifique concernant les moyens de preuves et faits nouveaux. Au cours de la procédure, une partie peut cependant modifier ou compléter ses chefs de demandes avec l'approbation du TA, qui peut refuser en raison du retard, du préjudice que cela occasionne à l'autre partie ou de toute autres circonstances (art. 20 al. 1 SR 2012). Cet article permet d'éviter les manœuvres dilatoires¹⁴⁶. Il est précisé qu'en règle générale, tant le demandeur que le défendeur sont réputés avoir joint à leur mémoire en demande ou en défense tous les documents et autres preuves sur lesquels ils se fondent (art. 18 al. 3 et art. 19 al.2 SR 2012) et qu'ensuite, c'est uniquement le TA qui décide de la force probante des preuves (art. 24 al. 2 SR 2012) et qui peut demander aux parties des éléments supplémentaires (art. 24 al. 3 SR 2012).

Il en est conclu que les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont, par principe, pas tolérés avec les SR 2012 pour les chefs de demande déjà existant et qu'ils ne concernant qu'une éventuelle modification des chefs de demande. À ce titre, la SIA 150 :2018 est beaucoup plus tolérante avec l'apport de faits nouveaux, peut-être au risque de peut-être trop perdre un peu de rigueur au niveau procédural.

ii. Moyens de preuve

Dans l'ancienne norme SIA 150 :1977, les moyens des preuves étaient clairement mentionnés et indiqués séparément (art. 32 SIA 150 :1977). Ils étaient constitués des titres (art. 34 SIA 150 :1977), des témoins (art. 35 SIA 150 :1977), de l'inspection (art. 36 SIA 150 :1977), de l'expertise (art. 37 SIA 150 :1977) et de l'interrogatoire des parties (art. 39 SIA 150 :1977). La norme SIA 150 :1977, de manière très similaire à ce que propose le CPC¹⁴⁷, instaure un *numerus clausus* des moyens de preuves, tout en indiquant cependant que le TA apprécie librement les preuves (art. 33 SIA 150 :1977).

Dans la norme SIA 150 :2018, il n'existe qu'un seul article sur la preuve (art. 24 norme SIA 150 :2018) et n'y a pas *de numerus clausus*, à l'instar des SR 2012, qui sont par ailleurs encore beaucoup plus concis sur ce sujet (art. 24 SR 2012).

¹⁴⁶ CoSR2012 – BERGER/PFISTERER, art. 20, n. 10.

¹⁴⁷ Art. 168 CPC, les moyens de preuves indiqués sont les mêmes que ceux indiqués à l'art. 32 SIA 150 :1977, seul les renseignements écrits (art. 190 CPC) sont mentionnés en plus dans le CPC.

Dans les trois règlements, le TA apprécie librement les preuves (art. 24 al. 4 SIA 150 :2018 ; art. 33 SIA 150 :1977 ; art. 24 al. 2 SR 2012). Cette libre appréciation découle de la liberté contractuelle (art. 19 al. 1 CO) qu'on les parties de décider de l'issue du litige¹⁴⁸ et ne doit pas être confondue avec le pouvoir d'appréciation du tribunal¹⁴⁹. La libre appréciation des preuves est un principe devenu fondamental dans les procédures modernes¹⁵⁰.

iii. Mesures provisionnelles

La norme SIA 150 :1977, antérieure tant à la LDIP qu'au CPC, stipulait explicitement que « *Le TA n'a pas le pouvoir d'ordonner des mesures provisionnelles.* » (art. 20 al. 1 SIA 150 :1977), se conformant ainsi aux règles du CIA¹⁵¹. Depuis, la possibilité offerte à un TA de pouvoir traiter de mesures provisionnelles est l'une des grandes nouveautés de la norme SIA 150 :2018. Elle se fonde au niveau national sur l'art. 374 al. 1 CPC et au niveau international sur l'art. 183 al. 1 LDIP. Ces deux dispositions précisant que le TA peut ordonner les mesures provisionnelles en l'absence de convention contraire. Cette possibilité permet de rendre le droit de l'arbitrage plus attrayant¹⁵². Elle est également proposée à l'art. 26 al. 1 SR 2012. La procédure d'urgence selon art. 43 al. 8 SR 2012 s'apparente à une mesure provisoire. L'une des caractéristiques des mesures provisoires est l'allègement du principe du droit d'être entendu de la partie n'ayant pas saisi le tribunal¹⁵³.

Les Swiss Rules mentionnent que le TA peut se prononcer sur des demandes en réparations de dommages émanant d'une mesure provisoire injustifiée (art 26 al. 4 SR 2012). Le TA doit le faire pendant la procédure arbitrale en cours¹⁵⁴. Sur ce point, la norme SIA 150:2018 va plus loin et prévoit la possibilité que le TA astreigne la requérante à fournir des sûretés appropriées (art. 25 al. 2 SIA 150 :2018). Ce pouvoir du TA est salué, il permet d'éviter qu'une partie tente de bloquer un litige en posant des mesures provisoires injustifiées. Cependant, cette

¹⁴⁸ STEINHAUER, n. 578.

¹⁴⁹ STEINHAUER, n. 416.

¹⁵⁰ Message CPC, p. 6924.

¹⁵¹ Art. 26 CIA: les tribunaux judiciaires sont seuls compétents.

¹⁵² CONSEIL FÉDÉRAL, *FF 2006 CPC*, p. 6998.

¹⁵³ CoSR2012 – OETIKER, art. 26, n. 16.

¹⁵⁴ CoSR2012 – OETIKER, art. 26, n. 25e.

manière de faire impose de quantifier immédiatement le préjudice, afin d'évaluer le montant des sûretés.

iv. Droit applicable

La formulation de l'article relatif au droit applicable est très similaire entre la SIA 150 :2018 et les SR 2012. Le TA tranche le litige selon le droit convenu par les parties ou, à défaut, avec les règle de droit avec lesquelles le litige présente le lien le plus étroit (art. 29 al. 1 SIA 150 :2018 et art. 33 al. 1 SR 2012). Le lien le plus étroit est un élément objectif, sans lien avec la volonté des parties¹⁵⁵. Les terme « règle de droit » implique que le droit choisi n'est pas forcément un droit national¹⁵⁶.

La SIA indique dans les deux éditions de la norme SIA 150 que les parties peuvent statuer en équité si cela a été expressément convenu (art 29 al. 2 SIA 150 :2018 ou art. 43 SIA 150 :1977) tandis que les Swiss Rules ont repris le terme « *amiable compositeur* » ou « *ex aequo et bono* » (art. 33 al. 2 SR 2012), qui diffère peu, l'équité offrant toutefois plus de largesse à l'arbitre que l'amiable composition¹⁵⁷.

La possibilité de statuer en équité est un aspect particulier et important du droit de l'arbitrage. Les tribunaux arbitraux ont eux seuls la possibilité de s'écarter des règles de droit et de statuer en équité. L'équité en droit de l'arbitrage n'est pas à comprends au sens de l'art. 4 CC mais confère au TA un pouvoir beaucoup plus large¹⁵⁸. Il apparait que le nombre d'arbitrage *ex aequo et bono* est peu utilisé, aussi bien en Suisse que dans la monde¹⁵⁹.

L'arbitre amené à statuer en équité n'est pas tenu d'appliquer un droit dispositif quelconque mais doit apporter une solution qui paraisse équitable et conforme à la justice en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèces¹⁶⁰. L'arbitre serait même libre de ne pas appliquer le droit impératif, à l'exception de celui

¹⁵⁵ CoSR2012 – BESSON/THOMMESEN, art. 33, n. 21.

¹⁵⁶ CoSR2012 – BESSON/THOMMESEN, art. 33, n. 22 ss, qui explique qu'il peut s'agit par exemple des principes UNIDROIT.

¹⁵⁷ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 172.

¹⁵⁸ CoRo CPC-SCHWEIZER, art. 381, n. 12.

¹⁵⁹ HIRSCH, p. 184.

¹⁶⁰ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 173.

ayant trait à la garantie de l'ordre public¹⁶¹. Cette liberté ne concerne que les questions de fond et ne peut concerner les règles impératives de procédure¹⁶². L'arbitre autorisé à statuer en équité possède une très grande liberté d'appréciation. Cette autorisation doit émaner des parties. Tant la LDIP que le CPC sont muets sur l'obligation de préciser ce point dans le texte du contrat. Dès lors, il peut en être déduit que les parties peuvent en convenir ultérieurement¹⁶³.

v. Défauts

L'art. 26 SIA 150 :2018 précise quelles sont les règles qui s'appliquent en cas de défaut de l'une des parties. Cette précision, absente dans la version SIA 150 :1977, est également présente dans les Swiss Rules (art. 28 SR 2012), en des termes très similaires, voire même identiques¹⁶⁴ pour certains passages. Pour autant que le doute subsistait encore, il est ici certain que la comparaison mot pour mot de ces deux articles démontrent une fois pour toute que les SR 2012 ont servi de modèle pour l'élaboration de certains articles de la norme SIA 150 :2018.

vi. Exception d'incompétence

L'exception d'incompétence figure explicitement dans la norme SIA 150 :1977 et doit être soulevée dans la réponse (art. 26 al. 1 let. a SIA 150 :1977). Dans les SR 2012, l'exception d'incompétence figure également (art. 21 SR 2012) et il est précisé que le TA est habilité à statuer sur ce point.

La norme SIA 150:2018 n'a pas jugé nécessaire de prévoir un article spécifique concernant l'exception d'incompétence. En effet, le pouvoir accordé au TA de pouvoir statuer sur sa propre compétence est devenu un standard international¹⁶⁵. En effet, il appartient au tribunal, qu'il soit arbitral ou étatique, de statuer sur sa propre compétence¹⁶⁶. La non reprise de cette indication dans la SIA 150 :2018 est sans conséquence et permet d'éviter une redondance inutile.

¹⁶¹ ATF 107 Ib 63 = JdT 1983 I 230 consid. 2b ; LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 401; HIRSCH, p. 185.

¹⁶² LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 173.

¹⁶³ LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 402.

¹⁶⁴ Art. 26 al. 4 SIA 150 :2018 et art. 28 al. 3 SR 2012 sont identiques, à l'exception du début.

¹⁶⁵ CoSR2012 – BERGER/PFISTERER, art. 21, n. 5.

¹⁶⁶ ATF 121 III 495 consid. 6c.

4. Partie 4 – Sentence arbitrale

La partie 4 de la norme SIA 150:2018 relative à la sentence arbitrale s'est étoffée par rapport aux dispositions qui figuraient dans la SIA 150:1977 et diffère de manière assez sensible aux dispositions des SR 2012. Les points principaux sont décrits ci-après.

i. Délibération

Dans la norme SIA 150:2018, un arbitre peut refuser de participer à une délibération ou à une décision (art. 28 al. 1 SIA 150 :2018), sauf s'il en a été convenu autrement. À l'inverse, la norme SIA 150:1977 oblige tous les arbitres à s'exprimer et voter (art. 42 al. 2 SIA 150 :1977) tandis que les SR 2012 ne précisent rien de particulier sur ce point, excepté que le tribunal décide conformément au contrat, tout en tenant compte des usages (art. 33 al. 3 SR 2012). Il en est conclu que, sans autres précisions contractuelles, seule la norme SIA 150:2018 offre la possibilité pour un arbitre de refuser de participer à une délibération ou à une décision.

Tant la norme SIA 150 :2018 (art. 28 al. 2 SIA 150 :2018) que les SR 2012 (art. 31 al. 1 SR 2012) précisent que les décisions sont prises à la majorité des voix ou, en l'absence de majorité, par le président seul. Dans la norme SIA 150 :1977, il est relevé que cette précision n'est pas donnée. Cependant, le tribunal est par défaut composé de trois arbitres ou, si convenu, un seul arbitre (art. 5 al. 23 SIA 150 :1977) et chaque membre à l'obligation de voter, ce qui confère dans tous les cas la certitude de ne pas avoir d'égalité de voix.

Dans la norme SIA 150 :2018, il est relevé que le cas, peu probable, où le président refuse de participer à une délibération ou à une décision, alors le risque d'égalité des voix existe. Dès lors, il devrait être précisé dans la SIA 150:2018 que le président à l'obligation de voter, à tout le moins en cas d'égalité des voix.

ii. Contenu de la sentence

Le contenu de la sentence selon la norme SIA 150 :2018 appelle deux commentaires particuliers décrits ci-après.

- a) L'absence de mentions de l'expert et du secrétaire

Il apparaît que ni l'éventuel expert technique, ni l'éventuel secrétaire juridique, n'ont à figurer dans la sentence (art. 31 al. 1 let a à g SIA 150 :2018). La sentence doit informer sur la composition du TA (art. 31 al. 1 let a SIA 150 :2018) mais, comme précisé *a contrario* (art. 5 SIA 150 :2018), ni l'expert technique, ni le secrétaire n'en font partie. L'expert n'a pas voix délibérative mais consultative (art. 12 al. 2 SIA 150 :2018). Cependant, l'expert joue un rôle clé dans tout tribunal, et même si un TA devrait en principe contenir des membres qui possèdent des qualités techniques que n'ont pas les juristes, il n'est certainement pas exclu que l'expert technique joue un rôle décisif dans l'issue du litige et que les arbitres vont suivre son avis¹⁶⁷. Dans tous les cas, quelle que soit le rôle joué par l'expert technique, son identité doit à notre sens absolument figurer dans le contenu de la sentence arbitrale afin de respecter le principe de l'égalité de traitement. Le même commentaire peut être fait à l'encontre du secrétaire juridique.

Dans la norme SIA 150:1977, le nom du secrétaire juridique devait figurer dans le contenu de la sentence (art. 44 al. 1 let. a). Quant à l'expert, les parties pouvaient récuser l'expert (art. 37 al. 5 SIA 150 :1977), ce qui signifie dès lors que son identité était divulguée. Les SR ne contiennent pas d'article spécifiques détaillant le contenu de la sentence.

b) La signature de la sentence

Dans la SIA 150 :2018, la signature du président suffit (art. 31 al. 2 SIA 150 :2018) alors que le principe de base dans la SIA 150 :1977 (art. 44 al. 1 let. i SIA 150 :1977) et dans les SR 2012 (art. 32 al. 4 SR 2012) est que tous les arbitres signent. Dans ces deux derniers règlements, une absence de signature de l'un des arbitres doit être justifiée (art. 44 al. 3 SIA 150 :1977 et art. 32 al. 4 SR 2012). Dès lors, il apparaît que la solution adoptée par la SIA 150 :2018 confère certes plus de responsabilité au président, mais permet également d'alléger la procédure ou de la raccourcir en évitant de devoir envoyer la sentence par courrier dans un tournoi de signatures.

L'absence de signature des autres membres du TA est cependant un élément singulier. La reconnaissance internationale des sentences arbitrales étant l'une des caractéristiques fondamentales de l'arbitrage, il est nécessaire de rendre la

¹⁶⁷ EHLE, *SIA 150*, p 901s.

sentence compatible avec les différentes lois régissant l'arbitrage à travers le monde. À notre connaissance et dans les limites du cadre délimité dans ce travail de recherche, il apparaît que certaines lois internes exigent la signature de tous les membres du TA¹⁶⁸. Dès lors, la solution adoptée par la SIA 150 :2018 est problématique pour une reconnaissance dans un autre pays.

5. Partie 5 – Frais

i. Généralités

Les articles de la SIA 150:2018 proposent quelques différences par rapport à la norme SIA 150 :1977.

Aux termes de l'art. 36 SIA 150 :2018, la demanderesse doit avancer au bureau de la SIA 1'000 CHF de frais d'enregistrement, non remboursables. Ces frais d'enregistrement n'existent pas dans la norme SIA 150 :1977. Le sort des dépens est à la libre appréciation du TA (art. 39 al. 1 SIA 150 :2018) alors que les dépens sont dans tous les cas mis à la charge de la partie perdante dans la norme SIA 150:1977.

Dans un cas faisant suite à une procédure arbitrale selon SIA 150:1977, la jurisprudence a tout d'abord confirmé l'applicabilité de l'art. 19 SIA 150 :1977 et a ensuite, de portée plus générale, conclu à l'impossibilité d'un jugement par défaut lorsqu'une partie n'avance pas le frais en procédure arbitrale, les seules issues possibles étant soit que l'autre partie avance la totalité des frais, soit qu'elle renonce à l'arbitrage¹⁶⁹.

Il est en outre relevé que les SR 2012 proposent en annexe B de leur règlement un règlement détaillé des frais, avec notamment, un tableau de barème des frais fixant les frais du tribunal (honoraires et frais administratifs) en fonction de la

¹⁶⁸ Canada: art. 31 al. 1 de la Loi sur l'arbitrage commercial (L.R.C. (1985), ch. 17 (2e suppl.)) : <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-34.6/page-2.html>, consulté le 25.08.2019 ; art. 1480 du Code de procédure civile – France: article 1480 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000023450754&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20190825>, consulté le 25.08.2019

¹⁶⁹ Arrêt du TC Valais Jan-Pierre Magnin et Marc Leuba c. Daniel Francioli du 14.06.1993 consid. 2a = RVJ 1993 p. 232 ss.

valeur litigieuse¹⁷⁰. Une telle annexe fait défaut dans les normes SIA 150, c'est aux parties et aux arbitres de convenir librement du montant des honoraires.

La solution préconisée par la SIA 150 :2018 s'inspire largement de la solution des SR 2012 (art. 41 SR 2012) et est compatible avec la jurisprudence précitée. Les SR 2012 diffèrent sur deux points : les parties versent chacun exactement la même somme (art. 41 al. 1 SR 2012), c'est-à-dire la moitié en cas de litige bipartite, alors que la SIA 150 :2018 pose uniquement cette présomption (art. 40 al. 2 SIA 150 :2018). En cas de défaut de paiement, le TA peut ordonner la suspension ou la clôture de la procédure (art. 41 al. 4 SR 2012), ce qui n'équivaut donc pas à une sentence (art. 40 al. 4 SR 2012 *in fine*).

6. Partie 6 – Autres dispositions

a) Procédure simplifiée

La norme SIA 150:2018 propose une nouveauté par rapport à sa prédécesseur de 1977 : la procédure simplifiée. Cette procédure, régie entièrement à l'art. 41 SIA 150 :2018 propose que lorsque la valeur litigieuse est inférieure à 250'000 CHF ou si les parties en conviennent, une procédure dite « simplifiée » s'applique.

Les différences par rapport à la procédure normale sont :

- Il ne se déroule en général qu'un seul échange d'écriture (art. 41 al. 1 let. a SIA 150 :2018) ;
- Il n'est organisé qu'une seule audience lorsque les parties n'ont pas convenu que le litige doit être tranché sur pièces (art. 41 al. 1 let. b SIA 150 :2018) ;
- La sentence arbitrale doit être rendue en six mois (art. 41 al. 1 let.c SIA 150 :2018) ;
- La motivation du TA est sommaire (art. 41 al. 1 let. d SIA 150 :2018) ;
- Cette procédure simplifiée peut être adaptée en cours de procédure s'il s'avère que la complexité du processus empêche la réalisation d'une procédure simplifiée.

¹⁷⁰ Cette annexe B détaille les frais d'enregistrement et avances, les honoraires et frais administratifs, les frais, la gestion des avances et les taxes et frais applicables aux honoraires. Un tableau détaillé indique les barèmes d'honoraire de l'arbitre (ou des trois arbitres) et des frais administratifs.

Cette procédure simplifiée est relativement proche de la procédure dite « accélérée » proposée à l'art. 42 des SR 2012. Les différences entre les deux procédures sont ténues et il est probable que les Swiss Rules ont influencé de manière prépondérante le texte de la procédure simplifiée selon la norme SIA 150:2018. Parmi les différences, il convient de citer le montant du litige plus élevé dans les SR 2012, puisque celui-ci s'élève à 1'000'000 CHF contre 250'000 CHF dans la SIA 150:2018. Sauf convention contraire, l'affaire est soumise à un arbitre unique dans les SR 2012, alors que pour la SIA 150 :2018, c'est « en tout état de cause » et lorsque le litige est inférieur à 250'00 CHF qu'il est soumis à un arbitre unique (art. 5 al. 2 SIA 150 :2018). La SIA 150 :2018 cherche donc à réduire les coûts de la procédure lorsque le litige est d'une importance moindre et c'est à notre sens un aspect positif.

b) Exclusion de responsabilité

La CCI a réintroduit une clause d'exclusion de responsabilité dans son règlement d'arbitrage en 1997¹⁷¹ et jusque-là, seule une minorité de règlement d'arbitrage prévoyait une telle clause¹⁷². La responsabilité était exclue, sauf en cas de faute délibérée¹⁷³, conférant ainsi une immunité partielle aux arbitres. Cette exception en cas de faute légère n'est d'ailleurs même plus présente dans le règlement actuellement en vigueur¹⁷⁴, où l'immunité est totale, sauf si la loi applicable interdit une telle limitation des responsabilités.

L'exclusion de responsabilité, qui constitue le dernier article de la norme SIA 150:2018, est nouveau. Il est constaté que cet article a été repris en des termes quasiment identiques par rapport aux SR 2012 (art. 45 al. 1 SR 2012). La SCAI propose un arbitrage institutionnalisé et exclut toute responsabilité dans les limites de la liberté contractuelle (art. 100 al. 1 *a contrario*). La SIA a donc choisi de reprendre cette solution (art. 43 SIA 150 :2018) et de suivre la tendance de limitation de responsabilité en droit de l'arbitrage tout en s'appuyant sur droit suisse en matière de restriction de responsabilité, puisqu'il n'est pas possible de

¹⁷¹ LALIVE, *Irresponsabilité*, p. 421 s, cette clause a été adoptée par le Conseil de la CCI le 27 avril 1977.

¹⁷² LALIVE, *Irresponsabilité*, p. 422.

¹⁷³ Art. 34 du règlement d'arbitrage de la CCI de 1997.

¹⁷⁴ Art. 41 du règlement d'arbitrage de la CCI entré en vigueur le 1^{er} mars 2017.

s'exonérer de sa responsabilité pour faute grave (art. 100 al. 1 CO *a contrario*). En droit interne, cette limitation de responsabilité ne manquera probablement pas, à notre sens, d'être considéré comme un handicap à l'adoption de la directive *in corpore* pour des parties peu familières avec les pratiques usuelles en arbitrage international de la construction.

C. La procédure de constat urgent (annexe SIA 150 :2018)

La procédure de constat urgent, figurant séparément et comme annexe à la norme SIA 150 :2018, est présentée et discutée en détail dans les sous-chapitres suivants.

1. Une brève introduction

La procédure de constat urgent est sans doute la plus grande innovation de la norme SIA 150:2018¹⁷⁵. Elle permet aux parties, uniquement lorsqu'elles ont expressément convenu de l'appliquer, de demander une procédure de constat urgent selon l'annexe de la norme SIA 150:2018¹⁷⁶. Les articles du constat ont été remis à zéro, ce qui témoigne d'une volonté de bien séparer la norme SIA 150 :2018 et son annexe, mais qui peut amener à des incertitudes tant les éléments figurant dans l'annexe doivent être lus et compris dans l'esprit des 43 autres articles de la norme SIA 150 :2018. Par la suite, les références aux art. de l'annexe seront libellées comme suit, par exemple pour le premier article : art. 1 Annexe SIA 150 :2018.

Cette procédure permet à chaque partie, uniquement dans des cas urgents, de saisir le bureau de la SIA afin qu'un arbitre unique rende une décision relative à un litige naissant (art. 2 al. 1 Annexe SIA 150 :2018). La décision, de nature constatatoire, est à rendre dans les 30 jours (art. 3 al. 2 Annexe SIA 150 :2018) et à des coûts limités à 20'000 CHF (art. 4 al. 1 Annexe SIA 150 :2018). L'urgence

¹⁷⁵ Du même avis: EHLE, *SIA 150*, p. 902 ; GÖKSU, *SIA 150*, p. 9 ; il s'agirait même d'une « *première mondiale !* » selon les dires du Prof. Blaise Carron lors de la formation SIA 150 du 15.11.2017.

¹⁷⁶ EHLE, *SIA 150*, p 905 ; GÖKSU, *SIA 150*, p. 10. qui regrettent tous deux que la SIA n'ait prévu la procédure de constat urgent que comme option et qu'elle ne s'applique pas automatiquement.

doit être rendue vraisemblable par la demanderesse (art. 1 al. 5 Annexe SIA 150 :2018). Elle est cependant présumée si l'activité de construction a déjà commencé et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'elle s'achèvera dans les six prochains mois (art. 1 al. 5 Annexe SIA 150 :2018). Cette procédure s'apparente à une procédure sommaire selon CPC¹⁷⁷.

Il est relevé que ni la norme SIA 150 :1977 ni les SR 2012 ne proposent d'articles spécifiques concernant à des décisions constatatoires, mise à part la constatation de nullité d'un contrat (art. 21 al. 2 SR 2012).

Les quatre sous-chapitres qui suivent reprennent les titres des articles de la procédure de constat urgent

2. Champ d'application

La ou les décisions constatatoires à rendre par l'arbitre chargé du constat urgent concernent l'une ou plusieurs des questions mentionnées à l'art. 1 a let. a à f Annexe SIA 150 :2018. Cette liste est exhaustive et les questions concernent les interrogations suivantes :

i. L'existence et le droit à une modification de commande

La première question à laquelle l'arbitre doit répondre est la suivante (art. 1 al. 1 let. a Annexe SIA 150 :2018) :

« a) de savoir s'il existe, selon le contrat déterminant et dans le cas concret, un droit unilatéral de modification de commande de la part du maître et, le cas échéant, si une instruction concrète du maître ayant commandé une prestation de construction (planification, direction des travaux, exécution) peut être considérée comme l'exercice de ce droit; »

Cette première question à trancher, celle d'une **modification de commande**, est courante sur un chantier de construction et les conséquences pour la suite du projet sont importantes, tant au niveau financier et délais qu'au niveau de l'ambiance générale entre les parties. Si l'on est en présence d'une modification de commande, alors le droit à l'adaptation de la rémunération (art. 1 al. 1 let. b

¹⁷⁷ GÖKSU, SIA 150, p. 9.

Annexe SIA 150 :2018) et celle du droit à la prolongation des délais (art. 1 al. 1 let. c Annexe SIA 150 :2018) peuvent se poser. Dans la négative, aucun droit n'en découle.

Par exemple, dans un contrat d'entreprise intégrant la norme SIA 118¹⁷⁸, le maître à seul le pouvoir de modifier unilatéralement la commande, pour autant que le caractère général de l'ouvrage ne s'en trouve pas modifié (art. 84 al. 1 SIA 118). En pratique, il est souvent difficile de déterminer si il existe réellement une modification de commande ou si cela fait encore partie des prestations contractuelles¹⁷⁹.

ii. Les effets de la modification de commande

Lorsqu'il est répondu positivement la première question (art. 1 al. 1 let. a Annexe SIA 150 :2018), deux questions sont - cumulativement ou alternativement - à trancher et concernent les effets de la modification de commande.

La première question concerne les implications financières de la modification de commande et se décline comme suit (art. 1 al. 1 let. b Annexe SIA 150 :2018) :

«b) de savoir si l'exercice d'un droit unilatéral de modification de commande de la part du maître entraîne dans le cas concret un droit à l'adaptation de la rémunération et, le cas échéant, selon quelle méthode les prix fermes convenus (prix unitaires, prix forfaitaires, prix globaux) doivent être adaptés à la prestation modifiée; »

Il s'agit avant tout d'apprécier le droit à l'**adaptation de la rémunération** suite à une modification de commande. C'est une question de droit et il revient à un juge de la trancher et non à un expert¹⁸⁰.

Le calcul du montant de l'adaptation de la rémunération est plus fastidieux et n'est, à juste titre, pas compris dans le constat à effectuer par l'arbitre. D'une part, dès que le droit et la méthode sont fixés par l'arbitre, il est possible, voire même probable, qu'un expert, par exemple un économiste de la construction, un

¹⁷⁸ « Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction »

¹⁷⁹ Arrêt du TF 4D_63/2013 du 18.02.2014 consid. 2.2.

¹⁸⁰ Arrêt du TF 4A_156/2018 du 24.04.2019 consid. 6.3.

ingénieur expérimenté ou un entrepreneur, évalue ce montant. Les compétences demandées sont donc différentes.

La seconde question concerne les implications en matière de délais de constructions et est formulée ainsi (art. 1 al. 1 let. c Annexe SIA 150 :2018) :

c) de savoir si l'exercice d'un droit unilatéral de modification de commande de la part du maître entraîne dans le cas concret un droit à l'adaptation du temps à disposition pour la prestation et, le cas échéant, de quelle manière mesurer cette adaptation (y compris la question de savoir à partir de quand une peine conventionnelle convenue dès l'échéance du délai ou du terme pour effectuer la prestation est due);

Un raisonnement analogue à celui de la rémunération peut être effectué. Le fait d'accorder ou non une **prolongation des délais** est donc également une question de droit. En outre, la question posée entre parenthèses relative à l'applicabilité d'une peine conventionnelle est à traiter par convention et les compétences d'un juriste sont à notre avis également nécessaires.

iii. La violation d'une incombance de la part du maître

La question à laquelle l'arbitre doit répondre est la suivante (art. 1 al. 1 let. d Annexe SIA 150 :2018) :

« d) de savoir si le maître a violé une incombance de collaborer et, le cas échéant, si à cause de cela, le prestataire a droit à une prolongation du temps à disposition pour la prestation (y compris la question de savoir à partir de quand une peine conventionnelle convenue dès l'échéance du délai ou du terme pour effectuer la prestation est due); »

C'est un constat double qui est en premier lieu celui d'une **violation d'une incombance** du maître de l'ouvrage et, ensuite, en cas de réponse positive, le constat subséquent du **droit à la prolongation du temps à disposition**. Ce sont là également des questions de droit, ou à tout le moins, des questions d'interprétation du contrat, pour lesquelles un juriste formé offrira indéniablement des meilleures perspectives pour parvenir à une décision conforme au droit par rapport à un non-juriste.

iv. Un cas d'inexécution

L'arbitre doit ici constater si l'on est en présence d'un cas d'inexécution et quels en sont les effets (art. 1 al. 1 let. e Annexe SIA 150 :2018) :

« e) de savoir si l'on est en présence d'un cas d'inexécution qui habilite une partie à suspendre provisoirement la fourniture de sa prestation envers la partie en défaut; »

Cette question relative à un **cas d'inexécution** est à notre sens d'une pertinence accrue. En effet, il n'est pas rare au cours d'un projet, que le prestataire ne se fasse par payer immédiatement la prestation qui manifestement constitue une modification de commande. Il s'agit là également d'une question de droit.

v. La violation du contrat

Le constat à apporter concernant la violation du contrat est formulé de la manière suivante : (art. 1 al. 1 let. f Annexe SIA 150 :2018) :

f) de savoir si la fourniture d'une prestation de construction (planification, direction des travaux, exécution) a eu lieu en violation du contrat.

La question de savoir s'il y a **violation du contrat** est également une question éminemment juridique.

i. Synthèse

Les divers constats auxquels l'arbitre doit répondre, alternativement voire cumulativement, sont de nature on ne peut plus pertinentes dans les litiges en droit de la construction. À notre sens, ces questions constituent les questions essentielles auxquelles fait déjà face par exemple le directeur des travaux qui se réfère au contrat de construction sur un chantier ou le chef de projet qui suit son contrat de planificateur qui le lie au maître de l'ouvrage. L'arbitre qui tranche ces question donne aux parties une première voie à suivre qui leur permettra, le cas échéant, ensuite d'éventuellement négocier les points qui méritent de l'être¹⁸¹.

¹⁸¹ TERCIER, *Urgence*, p. 192.

Les décisions sont des constatations. En procédure civile, une action en constatation de droit exige un intérêt digne de protection à la constatation immédiate de la situation de droit¹⁸². L'action en constatation de droit est subsidiaire par rapport aux actions condamnatoires ou formatrices¹⁸³ et il n'est pas possible de demander un avis au tribunal lorsqu'il est possible de demander directement une condamnation¹⁸⁴. L'intérêt de la procédure de constat urgent selon SIA 150 :2018 par rapport à une procédure étatique est donc de permettre des actions en constatations de droit sans pour autant, du moins dans un premier temps, demander une action condamnatoire.

3. Procédure

Les deux points suivants, jugés particuliers, méritent à notre sens d'être mis en évidence.

i. L'arbitre nommé par le bureau SIA

Le bureau de la SIA nomme un **spécialiste de la construction** en tant qu'arbitre chargé du constat urgent et nomme également un juriste de formation qui officiera comme secrétaire de l'arbitre (art. 2 al. 2 Annexe SIA 150 :2018). Ce binôme est institué par le bureau SIA sans que les parties puissent en convenir autrement. L'arbitre doit donc avoir comme seule qualification d'être un spécialiste de la construction, peu importe ses connaissances juridiques. Le bureau lui attache les services d'un juriste en tant que secrétaire de l'arbitre, sans préciser expressément quelles sont ses tâches, en particulier si celui-ci a un devoir de vérifier le bienfondé juridique de la décision de constat urgent. L'arbitre décide lui-même de sa compétence (art. 2 al. 2 Annexe SIA 150 :2018), dirige la procédure à sa libre appréciation et veille à l'égalité de traitement et au droit d'être entendu des parties (art. 2 al. 3 Annexe SIA 150 :2018).

ii. Le délai de 30 jours

L'arbitre possède un **délai de 30 jours** pour rendre la décision de constat urgent à partir du moment de la notification du dossier. Dans des cas particulièrement

¹⁸² Arrêt du TF 4A_145/2013 du 04.09.2013 consid. 2.2.

¹⁸³ Arrêt du TF 6B_10151/2018 du 19.12.2018 consid. 8.

¹⁸⁴ ATF 135 III 378 consid. 2.2.

complexes ou pour d'autres raisons jugées impératives, le Bureau peut prolonger de 15 jours le délai (art. 2 al. 4 Annexe SIA 150 :2018) à la demande du TA ou de l'arbitre, ce qui amène le délai à un total de 45 jours non prolongeable. La décision rendue n'a pas besoin d'être motivée, mais si une partie le demande dans les 10 jours, l'arbitre doit motiver sa décision par écrit et dans les 30 jours dès la réception de la requête (art. 2 al. 4 Annexe SIA 150 :2018).

4. Effets de la décision de constat urgent

La décision de constat urgent a l'effet d'une sentence finale pour autant qu'une partie n'engage pas une procédure arbitrale selon norme SIA 150 dans les 30 jours suivant la notification écrite de la motivation de la décision du constat urgent, soit en demandant une décision constatatoire contraire à la décision de constat urgent soit en réclamant un jugement condamnatore différent (art. 3 al. 1 Annexe SIA 150 :2018).

Il est bien précisé que la procédure de constat urgent ne permet que des constatations (art. 3 al. 3 Annexe SIA 150 :2018) et que si ces constatations condamnent une partie à une obligation de faire ou de ne pas faire, ces constatations n'ont pas de valeur contraignante (art. 3 al. 3 Annexe SIA 150 :2018). Le caractère contraignant des décisions est limité uniquement aux constatations émanant directement des décisions (art. 3 al. 3 Annexe SIA 150 :2018). L'absence de valeur contraignante dans une décision de constat urgent n'enlève en rien le caractère définitif de la décision.

5. Frais de la procédure et dépens

Les honoraires de l'arbitre chargé du constat urgent et de son secrétaire peuvent atteindre un montant entre 2'000 CHF et 20'000 CHF étant entendu que le montant de 20'000 CHF ne peut être dépassé que dans des circonstances exceptionnelles (art. 4 al. 1 Annexe SIA 150 :2018).

Le montant de 20'000 CHF au maximum proposé pour l'arbitre et son secrétaire semble peu élevé et ne permettront en aucun cas à ces deux personnes de gaspiller leurs heures. En effet, l'arbitre étant un spécialiste de la construction, il est admis qu'il bénéficie d'une certaine autorité dans son domaine, que cela soit

de par son expérience ou ses connaissances ou les deux. Le juriste officiant comme secrétaire est par ailleurs réputé, par définition comme ayant, par définition achevé ses études de droit. Un montant de 20'000 CHF à disposition pour la rémunération de ces deux personnes équivaut à 80h à 250 CHF/heure, ou 100h à 200 CHF/heure ou encore 125h à 160 CHF/heure. Le temps à disposition pour diriger l'ensemble de la procédure, calculé sur la base des honoraires, est donc court.

6. La comparaison avec les DAB 2015

i. Deux méthodes distinctes

Les champs d'application entre celui de l'annexe SIA 150 :2018 et le règlement relatif aux Disputes Boards ne sont pas comparables puisqu'il s'agit de deux modes de résolutions de litiges différents. La procédure de constat urgent selon annexe SIA 150 :2018 est un arbitrage alors que la résolution de litige selon la DAB 2015 s'apparente à une conciliation. Il est même rappelé à l'art. 1 al. 2 du règlement DAB 2015 que : « *[l]es disputes Boards ne sont pas des tribunaux arbitraux et leurs conclusions n'ont pas force exécutoire* ». Cette différence ne sera pas discutée plus en détail dans la comparaison. Le point commun entre ces deux modes de résolutions de litige est que les parties conviennent de leur mode de résolutions de litige, et du règlement qui les accompagne, au moment de la conclusion du contrat.

Un DB est généralement constitué au moment où les parties concluent leur contrat. (art. 3 al. 1 DAB 2015). Il s'agit d'un DB lié contractuellement aux parties (art. 10 al. 1 DAB 2015), et fonctionnant en principe de manière permanente sur la base de visites et des réunions régulières pour rester informé de l'exécution du contrat et des éventuels désaccords (art. 12 al. 1 DAB 2015). Il s'agit là d'une différence essentielle entre le DAB, qui intervient sans qu'il y ait nécessaire de litige, ni même de désaccord, et l'arbitre unique selon le procédé de constat urgent, qui intervient uniquement lorsqu'un litige surgit. Lors de soumissions formelles, les DAB rendent des décisions concernant des différends (art. 5 al. 1 DAB 2015). La comparaison entre les deux types de procédures débute donc à partir de la soumission formelle.

ii. Les similitudes

a) Des pouvoirs étendus

L'arbitre chargé de la procédure de constat urgent selon SIA 150 :2018 possède des pouvoirs étendus : il décide lui-même de sa compétence (art. 2 al. 2 Annexe SIA 150 :2018) et dirige la procédure à sa libre appréciation (art. 2 al. 3 Annexe SIA 150 :2018). Les pouvoirs du DB sont précisés expressément dans le règlement DAB 2015. Même s'il est indiqué que la procédure est régie par le règlement et qu'en l'absence d'accord partie, le pouvoir accordé au DB est décrit selon une liste exemplative, il apparaît dans les faits que le DB jouit également d'une grande liberté dans la direction de la procédure et dans l'émission des conclusions (art. 15 DAB 2015). La seule différence, de taille, est que dans le DAB 2015, les parties peuvent convenir des pouvoirs du DB, alors qu'aucune liberté contractuelle n'est à la disponibilité des parties concernant les pouvoirs de l'arbitre chargé du constat urgent selon annexe SIA 150 :2018.

b) Impartialité et indépendance

L'impartialité et l'indépendance d'un DB est expressément mentionné (art. 8 al. 1 DAB 2015). L'annexe de procédure de constat urgent s'applique en complément à la norme SIA 150 :2018. Dès lors, l'impartialité et l'indépendance (art. 8 al. 1 SIA 151 :2018) font (ou devraient faire) aussi partie des qualités intrinsèques indispensables à l'arbitre unique.

c) La soumission de questions

Dans les DB, la demande est soumise par une partie à l'autre partie et au DB et doit contenir une liste de questions libres émanant de la partie faisant la demande (art. 19 al 2 point 2 DAB 2015). Le fait de poser des questions à l'arbitre est donc similaires dans les deux procédures, à la différence que les questions sont pré-formulées pour l'Annexe SIA 150 :2018 (art. 1 al. 1 let. a à f Annexe SIA 150 :2018).

a) La recevabilité des conclusions

Tant dans la procédure de constat urgent que dans le règlement relatif aux Disputes Boards, les conclusions émises par la ou les personnes amenées à en

trancher sont recevables dans la suite de la procédure, quelle qu'elle soit. (art. 27 DAB 2015 et art. 3 al. 1 Annexe SIA 150 :2018).

i. Les différences essentielles

Les différences essentielles entre la procédure de constat urgent selon SIA 150 :2018 et le règlement DAB 2015 sont décrites ci-dessous. Les sous-titres sont à comprendre en se plaçant du point de vue de la procédure de constat urgent proposée par l'annexe SIA 150 :2018.

a) La motivation de l'urgence

La motivation de l'urgence (art 1 al. 5 et art. 2 al. 1 let. a Annexe SIA 150 :2018) est une particularité de la SIA 150 :2018. Il s'agit même d'une condition d'applicabilité de la procédure de constat urgent, laissant d'ailleurs à ce titre penser que la procédure présente quelques similitudes avec des mesures provisionnelles.

b) Un seul arbitre

Dans la procédure de constat urgent, il n'y a qu'un seul arbitre, désigné par le bureau SIA (art. 2 al. 2 Annexe SIA 150 :2018) alors que le Dispute Board sera composé de trois membres en l'absence de convention entre les parties (art. 7 al. 1 DAB 2015). C'est donc uniquement lorsque les parties ont en convenu ainsi que le DAB sera composé d'un seul membre, nommé d'un commun accord par les parties (art. 7 al. 2 DAB 2015). Si les parties n'ont pas réussi à nommer le membre unique, alors le Centre nommera le membre à la demande de l'une ou l'autre des parties (art. 7 al. 3 DAB 2015).

c) L'absence d'obligation d'échange d'écriture et d'audience

Dans la procédure de constat urgent, il n'y a pas de réponse obligatoire des parties, seul l'arbitre, qui dirige la procédure, peut requérir des parties qu'elles répondent elles-mêmes aux questions préformulées. Dans la procédure DAB, la défenderesse a 30 jours pour fournir la réponse. (art. 20 al. 1 DAB 2015) et une audience est obligatoirement effectuée, à moins que les parties n'en décident autrement (art. 21 al. 1 DAB 2015). Le choix est donc laissé à l'initiative des parties, et non du DB. Il y a donc, dans la DAB 2015, la possibilité pour le

défendeur de s'exprimer avec la réponse et pour les deux parties la possibilité de s'exprimer lors de l'audience obligatoire.

d) Un délai à 30 jours au lieu de 90 jours

L'arbitre chargé du constat urgent doit rendre sa décision dans les 30 jours (art. 3 al. 1 Annexe SIA 150 :2018), soit en un délai trois fois plus court que la conclusion émise par le DAB qui est donc de 90 jours au plus tard après la saisine (art. 19 al. 2 DAB 2015). Le délai est deux fois plus long si l'on admet en plus les 15 jours supplémentaires en cas à la demande d'une partie ou de l'arbitre chargé du constat urgent. Le délai selon procédure DAB peut lui être prolongé d'un maximum 20 jours, avec l'accord des parties (art. 22 al. 1 DAB 2015).

e) Le montant déterminé des frais et dépens

Les frais de la procédure de constat urgent pour l'arbitre et son secrétaire sont compris entre 2'000 et 20'000 CHF. En outre, l'arbitre chargé du constat urgent rend une décision séparée concernant les dépens selon art. 39 SIA 150 :2018.

Le règlement DAB propose en annexe un barème des frais pour les droits d'enregistrement, non remboursables, qui fixe les montants minimaux et parfois maximaux pour la nomination d'un membre du DB (art. 1 Annexe DAB 2015 – 3'000 \$ par membre), une demande éventuelle de récusation (art. 2 Annexe DAB 2015 – min. 3'000 \$ et max. 10'000 \$, imputables aux frais liées à la décision), une demande d'examen d'une décision (art. 2 Annexe DAB 2015 – min. 3'000 \$ et max. 10'000 \$, imputables aux frais liés à la décision) et une demande de fixation des honoraires des membres du DB (art. 4 Annexe DAB 2015 – 3'000 \$ par membre). Il s'ensuit que la procédure DAB coutera au strict minimum 9'000 \$ de frais d'enregistrement, hors honoraires des membres du DAB. Au final, il apparaît que la procédure DAB coûte sensiblement plus chère. Par exemple pour un projet de 2 ans, si les trois membres du DAB se réunissent en présence des parties un seul jour par semestre, cela équivaut déjà à des honoraires d'approximativement 20'000 CHF¹⁸⁵, sans compter les frais d'enregistrement et sans qu'il n'y ait encore de litige.

f) L'absence de motivation de la décision

¹⁸⁵ 3 membres x 2 jours/an x 8.5 heures/jours x 2 ans x 200 CHF/heure = 20'400 CHF.

Le contenu des décisions du DAB doit être motivée (art. 24 al. 1 DAB 2015), contrairement aux décisions de l'arbitre unique selon procédure de constat, qui n'a pas à motiver sans décisions sauf si une partie le requiert (art. 2 al. 4 Annexe SIA 150 :2018).

i. La synthèse

La comparaison des deux méthodes fait apparaître un paradoxe évident : la procédure de constat urgent fait partie intégrante d'une procédure arbitrale mais laisse une liberté et une marge de manœuvre sensiblement plus grande dans la manière de résoudre le litige que dans le règlement relatif aux Disputes Board, qui est une méthode de conciliation et qui devrait dès lors jouir d'un formalisme moins important. Il apparaît que la procédure selon DAB 2015 insiste de manière plus importante sur le respect du droit d'être entendu des parties que la procédure de constat urgent selon norme SIA 150 :2018.

Il est cependant relevé que l'annexe de procédure de constat urgent présente d'indéniables atouts pour poursuivre l'objectif de résoudre rapidement et à moindre coût un litige.

7. Le respect des principes fondamentaux

Cependant, à notre sens, la procédure de constat urgent telle que formulée dans la norme SIA 150 :2018 est problématique sur deux points qui ne permettent pas de garantir certains principes fondamentaux du droit de l'arbitrage ou du droit en général.

ii. L'arbitre nommé par le bureau SIA et sa compatibilité avec l'ordre public

a) Les compétences juridiques de l'arbitre ?

Le choix d'un arbitre est sans doute l'un des éléments les plus importants de l'arbitrage. Un adage connu et reconnu en arbitrage dit. « *tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage* »¹⁸⁶. En outre, la possibilité laissée aux parties de choisir elles-

¹⁸⁶ LALIVE, *Dérives*, p. 589.

mêmes leurs arbitres est l'une des caractéristiques autant essentielle qu'attractive de l'arbitrage¹⁸⁷.

Dans la procédure de constat urgent, la SIA a choisi de nommer unilatéralement l'arbitre, qui sera un spécialiste de la construction (art. 2 al. 2 Annexe SIA 150 :2018). Il se voit adjoindre les services d'un « *juriste de formation* » dont le rôle exact n'est malheureusement pas précisé. Il n'est pas non plus défini ce qu'est un « *spécialiste de de la construction* ». Il apparaît clair que l'arbitre n'est pas une juriste (puisqu'on lui en affuble un) mais qu'il est issu directement du monde de la construction, par exemple un architecte, un ingénieur, un entrepreneur ou un maître de l'ouvrage.

En respect du principe de l'égalité de traitement et du droit d'être entendu, cet arbitre doit s'assurer que chaque partie ait suffisamment eu l'occasion de s'exprimer sur les requêtes et motivations de la partie adverse l'arbitre (art. 2 al. 2 Annexe SIA 150 :2018). La vérification de ces deux principes éminemment juridiques, qui seraient plutôt l'apanage d'un juriste, sont mis sous la tutelle d'un spécialiste de la construction.

Les parties ont décidé du droit applicable et dans l'hypothèse qu'elles n'ont pas expressément décider de pouvoir statuer en équité, alors ce sont les dispositions légales choisies qui s'appliquent. Pour l'ensemble des décisions constatatoires (art. 1 al. 1 let a à f de l'Annexe SIA 150 :2018), les questions posées sont des questions de droit auxquelles la réponse approprié est oui ou non et il apparaît, là également, qu'un juriste qualifié en droit de la construction, présentera indéniablement de meilleures garanties pour répondre – juridiquement – de la manière la plus juste par rapport à un spécialiste de la construction.

L'ensemble des points qui sont discutés ci-dessus mettent en évidence le risque que la décision émise par l'arbitre ne soit pas dotée de la plus grande rigueur juridique, mettant ainsi à mal, sinon la sécurité du droit, à tout le moins la qualité de la sentence.

b) L'indépendance de l'arbitre ?

¹⁸⁷ GUNTER, p. 259.

Le bureau de la SIA nomme le spécialiste de la construction qui officiera en tant qu'arbitre (art. 2 al. 2 Annexe SIA 150 :2018). Aucune référence à la récusation de l'arbitre ne figure dans l'Annexe de constat urgent. La norme SIA 150 :2018 est applicable à la procédure de constat urgent « *en tenant compte des différences prévues pour [la procédure de constat urgent]* » (art. 1 al. 3 SIA 150 :2018). Il apparaît donc, selon notre compréhension, que les parties n'ont pas mot à dire ni sur la qualité de l'arbitre ni sur la récusation de celui-ci.

Dès lors, imaginons le cas tout à fait plausible que le litige concerne un particulier en tant que maître de l'ouvrage et un architecte, supposé membre SIA, comme auteur de projet et direction des travaux au sujet de la construction d'une villa familiale. Dans l'hypothèse d'une procédure de constat urgent, est-ce que l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre est garantie si celui-ci est, par exemple, un autre architecte, également membre SIA ?

La norme SIA 150 :2018 est un produit SIA qui a été adopté par la commission centrale des règlements de la SIA¹⁸⁸ et à ce titre, il ne saurait être affirmé que cette norme est neutre et indépendante et qu'elle ne favorise en aucun cas les membres SIA. En faisant référence aux statuts de la SIA¹⁸⁹, il convient de mentionner un extrait parmi d'autres : « *[la SIA] formule et défend, au niveau national et international, les intérêts professionnels de ses membres; elle fait reconnaître ces intérêts auprès des autorités, des associations, des instituts d'enseignement et de l'opinion publique. Elle effectue des tâches ciblées de relations publiques et de lobbying* »¹⁹⁰. La présomption de favoriser les membres SIA existe, en particulier dans les normes non techniques, et les statuts ne permettent pas d'infléchir cette idée.

Il est toutefois rajouté ici deux freins à cette présomption : tout d'abord, le groupe de travail chargé de la rédaction de la norme SIA 150 :2018 est composé d'un président architecte, de huit membres, dont deux ingénieurs, un architecte et cinq juristes et un représentant du bureau SIA, lui aussi juriste, soit en tout six

¹⁸⁸ L'adoption a eu lieu le 8 février 2017.

¹⁸⁹ éd. 2014, http://www.sia.ch/fileadmin/content/bilder/SIA_allg/100_Statuten_f.pdf consulté le 2 août 2019.

¹⁹⁰ art. 3 let. d) des statuts SIA éd. 2014.

juristes¹⁹¹ sur un total de dix membres. Généralement, les juristes ne sont pas membres SIA. Sur la base de la composition du groupe de travail, il est donc possible que la norme SIA 150 :2018 ait été rédigé dans l'optique d'être la plus neutre possible et la mieux acceptée du côté des juristes, qui soit dit en passant, pourront aussi tout à fait bénéficier aussi des retombées - économiques - de cette norme, tant la présence d'un juriste qualifié en droit de la construction semble s'imposer dans la constitution du TA. Le second frein à la présomption est l'autorité dont jouit la norme SIA 118. Bien que celle-ci soit également un produit SIA, elle est issue d'un processus de consultation très large et intégrant largement les revendications des autres parties de la construction (maîtres de l'ouvrage, entrepreneurs) qui fait qu'au final, cette norme s'est imposée dans le domaine de la construction en suisse auprès de tous les acteurs et possède un statut quasi-juridique.

Malgré les deux freins évoqués ci-avant, la norme SIA 150 :2018 se présente tout de même comme un produit SIA qui a potentiellement comme objectif de défendre l'intérêt de ses membres.

c) Une clause pathologique ?

Par analogie à ce qui prévaut à l'intégration de conditions générales dans un contrat, un règlement d'arbitrage n'aura de portée entre les parties que s'il est valablement intégré au contrat¹⁹². Les clauses du contrat individuel priment un règlement d'arbitrage¹⁹³. En cas de contestions du contenu du contrat, on recherchera d'abord la réelle et commune intention des parties et on appliquera les règles usuelles en matière d'interprétation¹⁹⁴. Il s'agit d'abord de rechercher la volonté réelle (interprétation de fait) et si cela n'est pas possible, la volonté subjective (interprétation de droit) selon le principe de la confiance¹⁹⁵.

¹⁹¹ L'un des juristes, par ailleurs non membre SIA, a effectué une première formation comme ingénieur, toutefois, cela fait plusieurs dizaines d'années qu'il n'exerce plus cette profession et il semble correct de ne le considérer que comme juriste.

¹⁹² TERCIER/PICHONNAZ, n. 869.

¹⁹³ TERCIER/PICHONNAZ, n. 876, toujours par analogie entre l'intégration d'un règlement d'arbitrage par rapport à l'intégration de conditions générales.

¹⁹⁴ TERCIER/PICHONNAZ, n. 877.

¹⁹⁵ STEINHAUER, n. 279 s.

La clause, en l'occurrence le passage qu'il convient d'étudier est le suivant (art. 2 al. 2 Annexe SIA 150 :2018) :

« 2 Sauf s'il n'existe manifestement pas de convention d'arbitrage valable au sens de la norme SIA 150 ou pas de convention valable sur l'applicabilité de la procédure de constat urgent, le Bureau nomme, dans les 5 jours suivant la réception de la requête, des frais d'inscription et de l'avance de frais, un spécialiste de la construction en tant qu'arbitre chargé du constat urgent. Le Bureau nomme en outre un juriste de formation en tant que secrétaire de l'arbitre. L'ouverture du dossier par le Bureau n'a aucun effet préjudiciel quant à la compétence de l'arbitre chargé du constat urgent. Celui-ci décide lui-même de sa compétence ».

Le texte est clair, et aucun autre article de la procédure de constat urgent ne vient selon notre interprétation tempérer le caractère unilatéral de la nomination de l'arbitre par le bureau SIA.

Dans une convention d'arbitrage, une clause est pathologique lorsqu'elle est incomplète, peu claire ou contradictoire¹⁹⁶. Il faut distinguer plusieurs cas de clauses pathologiques, c'est-à-dire de clauses qui violent les principes généraux¹⁹⁷.

Les clauses **illicites ou immorales** sont des clauses dont le contenu est contraire à la loi ou aux bonnes mœurs et qui sont nulles (art. 19 et 20 CO)¹⁹⁸. S'agissant de l'illicéité, une telle clause doit être contraire à une norme impérative de l'ordre juridique suisse. Les bases légales sur lesquelles repose le règlement SIA 150 :2018 sont principalement le CPC (art. 353 ss), la LDIP (art. 176 ss) et le CO (partie générale). La grande majorité de ces articles sont de droit dispositif. En outre, le règlement SIA 150 :2018 se caractérise par une grande liberté laissée aux parties de convenir (sauf précisément pour cette nomination). Finalement, l'absence d'indépendance de l'arbitre n'est qu'une présomption qui plus est dans un cas d'espèces précis (celui où l'arbitre est membre de la SIA). Compte tenu de ce qui précède, il est affirmé que la clause n'est pas illicite en soi.

¹⁹⁶ Arrêt du TF 4A_136/2015 du 15.09.2015 consid. 2.2.2 ; ATF 130 III 66 consid. 3.1;

¹⁹⁷ TERCIER/PICHONNAZ, n. 878.

¹⁹⁸ TERCIER/PICHONNAZ, n. 879.

Les **clauses insolites** sont des clauses qui ne peuvent être identifiées que lors d'une acceptation globale d'un règlement lorsque l'attention de la partie n'a pas été spécialement attirée sur cette clause et lorsque cette clause modifie de manière essentielle le contrat et crée un déséquilibre entre les parties¹⁹⁹. L'intégration du règlement SIA 150 :2018 intervient, en principe, sous forme d'acceptation globale. Il est en effet admis que les parties ne vont ni lire en détail ni parapher page par page le règlement. Dès lors et étant donné que l'alinéa litigieux n'est pas particulièrement mis en évidence, il reste à savoir si cette clause modifie de manière essentielle le contrat et crée un déséquilibre entre les contractants²⁰⁰. Dans l'exemple du particulier qui construit sa maison et qui entre en litige avec son architecte, le particulier, admis maître de l'ouvrage inexpérimenté, constitue la partie faible, qui seule peut invoquer la clause de l'insolite²⁰¹. Il apparaît clair qu'un litige entre une partie faible, non membre SIA, et un architecte membre SIA arbitré par un arbitre membre SIA constitue clairement une situation de nature à faire naître, objectivement, un doute légitime sur l'impartialité de l'arbitre²⁰² et constitue dès lors un motif de récusation sur la base des garanties générales de procédures (art. 30 al. 1 Cst)²⁰³.

Les **clauses abusives** ont été mises sur le devant de la scène juridique avec l'entrée en vigueur 1^{er} juillet 2012 du nouvel article 8 LCD. La notion est proche de celle de clause insolite²⁰⁴ et il faut 3 conditions : un contrat passé avec un consommateur, une disproportion notable et injustifiée et un déséquilibre contraire aux règles de la bonne foi²⁰⁵. Dans l'exemple du particulier construisant une maison, celui-ci peut être considéré comme un consommateur et la clause insolite admise au paragraphe précédent serait également qualifiée de clause abusive.

Les **clauses ambiguës** sont soulevées uniquement en cas de contestations et suivent les mêmes règles d'interprétation que celles inhérentes aux conditions

¹⁹⁹ TERCIER/PICHONNAZ, n. 880

²⁰⁰ ATF 135 III 225 consid. 1.3.

²⁰¹ ATF 109 II 451 = JdT 1984 I p. 470.

²⁰² Arrêt du TF 4P.196/2003 du 07.01.2004 consid. 3.1.

²⁰³ Arrêt du TF 4P.196/2003 du 07.01.2004 consid. 3.1.

²⁰⁴ TERCIER/PICHONNAZ, n. 81.

²⁰⁵ TERCIER/PICHONNAZ, n. 886, 886a et 886 b.

générales²⁰⁶. Parmi ces règles d'interprétation figure le principe de privilégier l'interprétation la moins favorable à la partie qui a rédigé ou imposé le texte : *in dubio contra stipulatorem*²⁰⁷. Ce principe n'est à appliquer qu'en cas de doute²⁰⁸. Lorsque ni les règles générales sur l'interprétation des contrats ni le principe de la confiance ne parviennent à un résultat concluant s'applique alors la règle dite des clauses ambiguës s'applique.

Dans notre cas d'espèce, le doute ne pourrait uniquement concerner le terme « spécialiste de la construction ». Il n'y a rien de particulièrement étonnant de considérer un architecte comme un spécialiste de la construction. Le seul doute subsistant est celui de savoir si le spécialiste de la construction nommé par le bureau SIA sera ou non membre SIA. Dans ce cas de figure, probable, il faut à notre sens admettre la clause comme ambiguë et appliquer le principe *in dubio contra stipulatorem*.

d) Les solutions envisageables

Une solution à mettre en place est de laisser le bureau nommer le spécialiste de la construction si et uniquement **si les parties n'ont pas pu s'accorder** sur la nomination d'un arbitre dans un délai de quelques jours, par exemple 3 ou 5, afin de rester dans le caractère urgent de la procédure ou sinon, dans le même ordre d'idée, **de permettre aux parties de récuser l'arbitre** les parties le souhaitent ou si les parties n'ont pas d'objection quant à la personnalité de l'arbitre (sous peine de forclusion).

iii. Le délai de 30 jours et le respect du droit d'être entendu

Parmi les caractéristiques de la procédure de constat urgent figurent celles de rendre la décision en 30 jours et en moins de 20'000 CHF.

Dans certaines procédures d'arbitrage, il arrive parfois que la durée de la procédure soit un élément plus important que son résultat²⁰⁹. Cette affirmation, même si elle paraît extrême, fait d'emblée surgir la problématique liée à ce délai

²⁰⁶ TERCIER/PICHONNAZ, n. 877.

²⁰⁷ TERCIER/PICHONNAZ, n. 877.

²⁰⁸ TERCIER/PICHONNAZ, n. 951.

²⁰⁹ TERCIER, *Urgence*, p. 185.

de 30 jours tel que proposé par la SIA 150 :2018 : la question qui se pose ici est-ce qu'un délai si court permet tout de même de garantir une décision de qualité ?

a) La nécessité de l'urgence ?

Tout d'abord, il s'agit de placer la procédure de constat urgent dans son contexte juridique. Cette procédure s'applique uniquement en cas d'urgence, dont la preuve est laissée à la demanderesse (art. 1 al. 5 Annexe SIA 150 :2018). Dès lors, est-ce que la procédure de constat urgent doit être considéré comme une mesure provisionnelle ? De manière simplifiée, il y a deux sortes de mesures provisionnelles : celles nécessaires à la conduite du procès, en particulier celles nécessaires à la conservation des preuves²¹⁰. Dans le cadre de la norme SIA 150 :2018, cette hypothèse est réglée à l'art. 25 al. 1 SIA 150 :2018. Il s'agit là des mesures d'urgence, c'est-à-dire des « vraies » mesures provisionnelles.

La seconde hypothèse d'une mesure provisionnelle est lorsqu'il s'agit de sauvegarder provisoirement les droits d'une partie²¹¹. Le champ d'application de la procédure de constat urgent s'inscrit dans cette logique-là. Il épouse ainsi plutôt les formes de la preuve-à-futur (art. 158 CPC) que celles des mesures provisionnelles, puisqu'il n'y a pas péril en la demeure et qu'il serait possible d'attendre la décision au fond pour que ces droits soient sauvegardés²¹². La procédure de constat urgent n'est donc pas à considérer comme une mesure provisoire.

Une mesure provisoire doit avoir un effet limité dans le temps, c'est « l'essence même d'une mesure provisoire »²¹³. A titre de comparaison, la procédure d'urgence proposée à l'art. 43 SR 2012 indique que la décision doit être rendue dans les 15 jours (art. 43 al. 7 SR 2012) et que cette décision a les mêmes effets qu'une mesure provisoire (art. 43 al. 8 SR 2012). Durant les 15 premiers mois d'existence des SR 2012, aucun arbitrage d'urgence n'a été demandé²¹⁴.

b) La disponibilité de l'arbitre

²¹⁰ TERCIER, *Urgence*, p. 187.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² JEANDIN, n. 19.

²¹³ CoCPC-SCHWEIZER, art. 158, n.15.

²¹⁴ EHLE, *Emergency Arbitration*, p. 105.

Il n'y a certainement pas beaucoup de spécialistes de la construction qui peuvent, dans les 5 jours (art. 2 a. 2 Annexe SIA 150 :2018) consacrer durant 4 semaines un équivalent-plein-temps supérieur à 50%. Dans la procédure de constat urgent, l'arbitre, choisi en tant que spécialiste, joue également le rôle d'expert afin de conférer à la procédure une plus grande crédibilité. Dès lors, à notre avis, les spécialistes sont à aller chercher parmi le personnel dirigeant ou parmi les personnes les plus expérimentées de bureaux d'architecte ou d'ingénieurs ou chez un entrepreneur. Ce sont en effet eux qui, plus que d'autres, sont confrontés aux problématiques de la construction quotidiennement et qui seront le plus à même de fournir des décisions techniquement de qualité. Afin de permettre également à ces personnes de se rendre aisément disponibles, il faudrait en outre que les conditions financières du mandat d'arbitre soient intéressantes. Avec 20'000 CHF au maximum, y compris les honoraires du secrétaire, ce n'est pas le cas. Le risque apparaît grand que les (bons) arbitres potentiels déclinent les demandes, principalement par manque de disponibilité et accessoirement par manque d'attractivité du mandat. Le risque existe aussi que l'arbitre ne puisse maîtriser lui-même tous les aspects de la procédure et délègue tout ou partie du travail à ses collaborateurs²¹⁵. La qualité des décisions va de pair avec la qualité des arbitres : Il s'ensuit que les conditions proposées par la procédure de constat urgent ne sont pas à mêmes de garantir la plus haute qualité des décisions.

c) Les droits et les devoirs des parties

À notre sens, le délai de 30 jours pour prendre connaissance du dossier, diriger la procédure, garantir que les parties aient eu suffisamment l'occasion de de s'exprimer et rédiger la décision est extrêmement court. En outre, pour que le droit d'être entendu soit respecté, il faut que les parties aient eu la possibilité de se déterminer sur les conclusions de l'expert avant que la sentence ne soit rendue²¹⁶. Ce point ne ressort pas de la procédure de constat urgent. Les parties ont l'occasion de s'exprimer sur les requêtes et motivations de la partie adverse (art. 2 al. 3 Annexe SIA 150 :2018), mais pas sur la décision rendue par l'arbitre. La seule possibilité offerte au partie dès la notification de la décision est de demander la motivation de la décision. Il est précisé que la décision de constat urgent a

²¹⁵ LALIVE, *Dérives*, p. 590.

²¹⁶ POUDRET p. 624.

l'effet d'une sentence finale si une partie n'engage pas de procédure arbitrale subséquente (art 3 al. 1 Annexe SIA 150 :2018). Dès lors, la décision rendue n'est pas une sentence finale. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit à notre sens d'une sentence partielle (ou interlocutoire) au sens de l'art. 30 SIA 150 :2018. Une sentence partielle, au contraire d'une mesure provisoire, doit absolument respecter le droit d'être entendu. De par l'absence donnée aux parties de s'exprimer sur la décision, le **droit d'être entendu**, principe fondamental et impératif de l'arbitrage, n'est **pas respecté dans la procédure de constat urgent**.

d) Les problèmes et les solutions

Il y a donc principalement deux problèmes, ou plutôt deux craintes, l'on ne saurait en effet être affirmatifs.

La première crainte concerne la **qualité de la décision**, à comprendre avant tout comme la qualité juridique de la décision amenée à se transformer en sentence si les parties ne saisissent pas le TA. Une décision rendue en si peu de temps (et si peu d'argent) ne saurait être d'une qualité égale avec, une décision rendue, par exemple, avec deux fois plus de temps et de moyens financiers à disposition. En l'état, la procédure de constat urgent s'apparente à une procédure sommaire qui offre aux parties des décisions brutes²¹⁷. En outre, les décisions constatatoires demandées sont avant tout des questions juridiques, qui doivent être tranchées par un spécialiste de la construction, supposé ne pas avoir la qualification juridique adéquate. Il apparaît que cet état de fait risque de mettre à mal la **sécurité du droit**. Le fait qu'il existe encore la possibilité de saisir le TA n'y change rien. En effet, par analogie au droit civil, un tribunal de première instance ne peut pas prendre de décision contraire au droit sous prétexte qu'il existe encore pour la partie lésée encore en principe d'autres voies de droit disponibles.

La seconde crainte est de réussir à garantir le **droit d'être entendu** dans une procédure aussi courte, qui plus est plus par un non-juriste.

Deux solutions, alternatives ou cumulatives sont envisageables. La première est de **prolonger les délais**, il semble qu'un délai de 60 jours au lieu de 30

²¹⁷ EHLE, *SIA 150*, p 904, qui utilise le terme « rough justice ».

permettrait de mieux garantir le respect du droit d'être entendu et la qualité de la décision. La seconde solution serait de permettre que l'arbitre puisse **statuer en équité** afin de permettre à l'arbitre d'émettre une décision sans devoir se plier aux principes d'égalité entre parties ou du droit d'être entendu. En effet, le pouvoir de statuer en équité permet au TA de s'écarter des règles de droit, même impératives²¹⁸.

8. Une critique de la procédure de constat urgent

La procédure de constat urgent possède l'immense mérite de vouloir régler rapidement et à moindre frais les litiges survenant en matière de construction et pouvant, si ce n'est bloquer carrément le projet à tout le moins le freiner et instaurer une ambiance générale délétère et un climat malsain entre les parties. La procédure de constat urgent n'est pas une mesure provisoire visant à la sauvegarde des preuves, puisque les réponses aux questions pré-formulées ne sont pas de nature à trouver leurs sources dans des éléments qui risquent de disparaître. L'avantage de la procédure de constat urgent est donc plutôt de permettre aux parties, figées sur une question à caractère juridique, d'obtenir une décision, de la mettre de côté et de passer à autre chose.

La procédure de constat urgent a été intégrée en tant qu'annexe au règlement d'arbitrage SIA 150 :2018. L'art. 1 al. 3 SIA 150 :2018 mentionne que les articles du règlement s'appliquent à la procédure de constat urgent « *en tenant compte des différentes prévues* », notion très imprécise qui ne manquera d'ailleurs pas d'être interprétée de différentes manières. Dans la rédaction des articles spécifiques de l'annexe de procédure de constat urgent, il est bien précisé que la personne chargée du constat est « un arbitre » (par exemple art. 2 al. 2 et 3 Annexe SIA 150 :2018). La procédure de constat urgent est donc bien identifiée comme étant un arbitrage. Cependant, **la procédure de constat urgent ne présente ni les caractéristiques, ni les garanties de l'arbitrage**. La comparaison avec les DAB 2015 a permis de souligner le paradoxe que le règlement DAB 2015, c'est-à-dire une conciliation, offre davantage de rigueur juridique que la procédure de constat urgent, identifiée comme étant un arbitrage.

²¹⁸ ATF 107 Ib 63, consid. 2b.

D'ailleurs, l'art. 3 Annexe SIA 150 :2018 nous aide un peu dans cette tentative de démontrer que la procédure de constat urgent n'est en réalité pas, ou ne devrait pas, être considérée comme un arbitrage, puisqu'il est précisé que la décision de la procédure de constat urgent n'est pas une sentence finale au moment de sa notification. De plus, si aucune partie n'engage une procédure arbitrale selon SIA 150 :2018 dans les 30 jours, la décision n'aurait que les effets (art. 3 al. 1 Annexe SIA 150 :2018) d'une sentence, sans être identifiée comme telle. Il est en outre précisé que la procédure de constat urgent ne permet que des décisions sans valeurs contraignantes (art. 3 al. 3 Annexe SIA 150 :2018). Dès lors, **une procédure dont le résultat final n'est pas une sentence et n'a pas de valeur contraignante n'est pas un arbitrage**. La procédure de constat urgent devrait à notre sens être clairement être rattachée au domaine de la conciliation, de manière tout à fait similaire à la procédure DAB. La décision devrait lier les parties qu'en tant que mode de résolutions de litige convenue entre les parties et non en tant que sentence arbitrale. Les solutions proposées de préciser que l'arbitre chargé du constat urgent statue en équité ou de rallonger les délais à 60 jours sont des pistes de réflexion permettant d'atténuer les désavantages et/ou le manque de rigueur juridique de la procédure de constat urgent, mais elles restent, à notre sens, insatisfaisantes. L'ajout d'un alinéa 6 à l'art. 1 Annexe SIA 150 :2018, similaire à l'art. 1 al. 2 DAB 2015, précisant que la procédure de constat urgent n'est pas un arbitrage et que la décision de constat urgent n'est pas une sentence mais une décision qui lie contractuellement les parties serait à notre sens approprié.

D. Quelques aspects particuliers

Les sous-chapitres suivants mettent en évidence des particularités propres à la norme SIA 150 :2018 qui méritent d'être étudiées plus en détail afin d'en saisir pleinement la portée.

1. L'appréciation provisoire du tribunal (art. 19 al. 2 SIA 2018)

Lors des débats d'instructions, c'est-à-dire encore au début de la procédure, une grande nouveauté est apportée à l'art. 19 al. 2 SIA 150 :2018, qui stipule que :

« À l'occasion des débats d'instruction, le TA soumet oralement aux parties une appréciation, provisoire et fondée sur l'examen du dossier, des chances et des risques du procès (y compris des risques relatifs à la preuve), et tente alors de concilier les parties au cours d'une audience informelle. L'appréciation du TA n'est pas mentionnée au procès-verbal et ne lie ni le TA ni les parties de quelque manière que ce soit »

Il s'agit d'une tentative de conciliation forcée, informelle et confidentielle, qui ne figure pas dans les autres règlements étudiés. Cette possibilité nouvelle est bienvenue et accroît indéniablement l'attrait de cette norme SIA 150 :2018²¹⁹. Elle permet au TA de pouvoir tenter la conciliation dans la phase probatoire, à l'instar de la tentative de conciliation obligatoire en procédure civile. Dans les cas clairs, voire même de manière générale, il serait étonnant que l'appréciation provisoire du TA ne change fondamentalement par la suite, à moins d'éléments nouveaux. Bien que l'audience soit informelle, la crédibilité du TA est déjà fortement mise en avant, moins de 30 jours après avoir reçu le mémoire en défense²²⁰. Le fait de pouvoir s'exprimer sur les chances et risques du procès fait penser à une expertise de preuve à futur qui serait conduite par le TA lui-même, donc qui garantirait une plus grande crédibilité qu'une expertise de preuve à futur conduite par un expert.

2. Le fardeau de la preuve (art. 24 al. 1 à 3 SIA 150 :2018)

L'article spécifique aux moyens de preuve précise que *« [c]haque partie doit alléguer au TA les faits sur lesquels elle fonde ses prétentions et indiquer les preuves qui s'y rapportent »* (art. 24 al. 1 SIA 150 :2018). Il ne s'agit donc pas d'une reprise à l'identique de la règle sur la répartition du fardeau de la preuve (art. 8 CC), qui selon le droit suisse est de droit dispositif²²¹, mais d'une règle selon laquelle les prétentions, et non les faits, sont le point de départ. Selon l'esprit de l'article, il ne faut pas prouver, il faut alléguer. Le TA peut également tenir compte de faits qui n'ont pas été allégués, mais qui ressortent des moyens de preuves déposés (art. 24 al. 3 SIA 150 :2018). Si les faits ne sont pas

²¹⁹ Du même avis, GÖKSU, *SIA 150*, p. 6.

²²⁰ GÖKSU, *SIA 150*, p. 6.

²²¹ STEINHAUER, n. 702.

suffisamment prouvés, le TA peut inciter les parties à compléter les faits et à apporter les preuves correspondantes (art. 24 al. 2 SIA 150 :2018). Ce dernier point est important : il induit une réelle **responsabilité du TA** de (pré)juger de la pertinence des preuves en cours de procédure, sous peine de se contredire lui-même lors de la libre appréciation des preuves. Cependant, selon la jurisprudence, le devoir d'examiner et de traiter les problèmes pertinents n'implique pour le TA le devoir de découvrir lui-même les arguments sous-jacent d'un mémoire insuffisamment clair²²². De même, chaque partie doit clarifier l'état de fait pertinent selon son fardeau de la preuve²²³.

De manière générale, les règles sur le fardeau de la preuve semble quelque peu allégé par rapport à ce que prévoit l'art 8 CC²²⁴. La tournure générale de l'art. 24 SIA 150 :2018 ne permet pas à notre sens de mettre clairement en évidence qui supporte l'échec du fardeau de la preuve.

Les SR 2012 sont plus concis concernant les règles de preuves. Les conséquences de l'échec de la preuve sont déterminées selon le droit matériel applicable²²⁵. L'exigence de prouver les faits (art. 24 al. 1 SR 2012) et l'opportunité, selon demande du TA, d'apporter des preuves à tout moment de la procédure (art. 24 al. 3 SR 2012) n'apportent aucune différence par rapport à la SIA 150 :2018.

3. L'expert en tant que témoin (art. 24 al. 4 SIA 150 :2018)

S'agissant des expertises de parties, il est précisé qu'elles sont considérées comme moyens de preuve lorsqu'elle reflète la perception personnelle de l'expert et que celui-ci dépose en tant que témoin (art. 24 al. 4 SIA 150 :2018).

Cet alinéa pose à notre sens un problème de restriction dans la liberté d'alléguer. Selon la jurisprudence, dans une procédure étatique, une expertise privée établie pour une partie ne constitue pas une preuve au sens de l'art. 168 al. 1 CPC mais n'a valeur que de simple allégation de la partie qui s'en prévaut et doit être prouvée si elle est contestée par la partie adverse²²⁶. En procédure étatique

²²² Arrêt du TF 4A_426/2014 du 06.05.2015, consid. 3.2.2.

²²³ Arrêt du TF 4A_237/2010 du 06.10.2010 consid. 3.

²²⁴ GÖKSU, *SIA 150*, p. 8.

²²⁵ CoSR2012 – NATER-BASS/ROUVINEZ, art. 24, n.9.

²²⁶ Arrêt du TF 4A_667/2016 du 03.04.2017 consid. 5.2.2.

toujours, une distinction est faite entre une expertise (art. 168 al. 1 let. d CPC) et un témoignage expertise (art 175 CPC). Cette distinction n'est pas faite, ou n'est pas claire, à l'art. 24 al. 4 SIA 150 :2018. Le témoignage-expertise permet au tribunal de poser des questions à l'expert sur des points spécifiques liés aux connaissances techniques particulière de l'expert²²⁷. Les dépositions écrites des témoins (« witness statements ») sont des titres au sens de l'art. 177 CPC²²⁸. Les expertises privées n'ont pas force probante, mais peuvent apporter des éléments importants et éventuellement mettre en doute les expertises arbitrales²²⁹.

La pratique pour les experts de déposer en tant que témoin, bien qu'elle soit peut-être nouvelle²³⁰, devient courante dans le monde de l'arbitrage²³¹. Il est usuel que les experts soient interrogés, parfois dans une phase « pretrial » ou lors de la « cross-examination »²³². Les SR 2012 stipulent d'ailleurs que des experts-témoins apportent des preuves sous forme de déclaration écrites et qu'ils soient entendu et interrogés par les parties et le TA (art. 25 al. 2 à 4 SR 2012). L'avantage de cette manière de faire est de conférer une force probante plus importante aux expertises de parties dans une procédure arbitrale par rapport à une procédure étatique. De cette manière, la sentence a toutes les chances d'être plus rapide et plus juste²³³. En droit Suisse, un expert déposant son expertise en tant que témoin doit être soumis aux art. 306, 307 et 309 let. a CP et risque une condamnation pénale²³⁴. C'est-à-dire que lorsque le siège du TA est en Suisse, l'avertissement aux experts qu'ils s'exposent à des sanctions pénales s'ils font des fausses déclarations, des faux témoignages ou des faux rapports doit être fait.

Dans la norme SIA 150 :1977, l'expertise est mentionnée dans le numerus clausus des moyens de preuves et il est clairement fait mention des suites pénales en cas de rapport faux (art. 307 CP) de l'expert (art. 37 al. 2 SIA 150 :1977).

²²⁷ VOUILLOZ, p. 350.

²²⁸ VOUILLOZ, p. 353.

²²⁹ HÜRLIMANN, *Der Planer*, p. 614.

²³⁰ GÖKSU, *SIA 150*, p. 8.

²³¹ CoSR2012 – NATER-BASS/ROUVINEZ, art. 25, n. 12.

²³² VOUILLOZ, p. 352.

²³³ GÖKSU, *SIA 150*, p. 9.

²³⁴ CoSR2012 – NATER-BASS/ROUVINEZ, art. 25 n. 33.

Au final, il est souligné qu'en procédure civile, une expertise reste un allégué de partie non exposé à une condamnation pénale, alors que selon ce qui est proposé dans la norme SIA 150 :1977 ou la norme SIA 150 :2018, l'expert d'une partie s'expose à une condamnation pénale, ce qui risque de freiner les ardeurs de certains experts habitués à fonctionner comme experts de parties. Il sera cependant toujours possible pour un expert de refuser de témoigner. Dans ce cas, son expertise restera un simple allégué de partie et la force probante de son expertise sera probablement d'un degré moindre.

III. Une appréciation de la norme SIA 150 :2018

La norme SIA 150 :2018 propose des vraies nouveautés et innovations. Les points forts et points faibles de la norme SIA 150 :2018 sont mis en évidence dans les sous-chapitre suivants, sous l'angle strictement juridique, en s'autorisant çà et là une critique parfois plus détachée juridiquement en adéquation avec le monde de la construction.

A. Les points forts

La norme SIA 150 :2018 est caractérisée par une structure résolument moderne²³⁵. Les plus grands avantages de cette norme sont décrits ci-après.

1. L'autonomie des parties

Selon la SIA, la SIA 150 :2018 réponds aux défis de mise en œuvre plus efficace, notamment par l'introduction d'une procédure institutionnelle légère²³⁶, d'une maîtrise des coûts améliorée, d'une simplicité et d'une rapidité augmentées et finalement d'un réactivité améliorée par le biais du constat urgent²³⁷.

La révision de la norme SIA 150 a permis de dépoussiérer – c'est un euphémisme de le dire – sa vénérable prédecesseur, qui a toutefois mal vieilli dans un monde

²³⁵ EHLE, *SIA 150*, p 896.

²³⁶ EHLE, *SIA 150*, p 896 parle de « *light touch* » *institutionnel arbitration* » ; GÖKSU, *SIA 150*, p. 5 parle de caractère hybride de la norme.

²³⁷ Informations figurant sur les diapositives de la présentation donnée lors de la formation SIA 150 du 15.11.2017.

et une époque où la liberté contractuelle gagne toujours plus en importance. La norme SIA 150 :2018 a donc pu évoluer de manière moderne en laissant, malgré un caractère institutionnel plus relevé que sa prédecesseur, une large place à la liberté contractuelle. Elle se manifeste par les adjonctions du type : « sauf convention contraire », « En l'absence de convention entre les parties », « expressément » et toutes les déclinaisons proches et concernent les points suivants de la norme SIA 150 :2018 : Le champ d'application (art. 1 al. 2 et 3 SIA 150 :2018), le siège (art. 4 al. 1 SIA 150 :2018), le nombre d'arbitre (art. 5 al. 1 SIA 150 :2018), la nomination des arbitres (art. 6 al. 2, 3 et 4 SIA 150 :2018), la récusation d'un arbitre (art. 8 al. 2 et 6 SIA 150 :2018), le remplacement d'un arbitre (art. 10 al. 1 et 2 SIA 150 :2018), les délibérations à huis clos (art. 13 al. 8 SIA 150 :2018), la langue (art. 14 al. 1 SIA 150 :2018), délibérations (art. 28 al. 1 SIA 150 :2018), le droit applicable (art. 29 al. 1 SIA 150 :2018), le contenu de la sentence – faits et motivation (art. 23 al. 1 let e SIA 150 :2018), la procédure simplifiée (art. 41 al. 1 et al 1 let b SIA 150 :2018) de même que la procédure de constat urgent (art. 1 et art. 5 Annexe SIA :2018). En particulier, l'art 13 al. 1 SIA 150 :2018 précise. « *Les parties peuvent déroger à la procédure prévue dans la présente norme par convention expresse* », c'est-à-dire que les parties peuvent déroger par écrit au contenu des articles 13 à 27 SIA 150 :2018.

Selon la SIA 150:1977, la liberté contractuelle s'applique au siège (art. 10 al. 1 SIA 150 :1977), à la langue (art. 17 al. 1 SIA 150 :1977), le droit applicable (art. 4 SIA 150 :2018), le contenu de la sentence (art. 44 al. 3 SIA 150 :1977). L'art. 14 al. 1 SIA 150 :1977 mentionne que « Les parties peuvent aussi y déroger [à la présente directive], si elles en disposent ainsi explicitement. ». il y a beaucoup moins de liberté contractuelle dans la SIA 150 :1977.

La liberté contractuelle est également très présente dans les SR 2012 : le siège (art. 1 al. 2 SR 2012), le champ d'application (art. 1 al. 3 SR 2012), le nombre d'arbitre (art. 3 al. 3 let g in fine, art. 6 al. 1 et 3, art. 7 al. 1 et 2 SR 2012), la nomination (art. 8 al. 1 et 2 SR 2012), les délibérations à huis clos (art. 25 al. 5 SR 2012), les dispositions pour les traduction et enregistrement à l'audience (art. 25 al. 5 SR 2012), la motivation de la sentence (art. 32 al. 3 SR 2012), le droit applicable (art. 33 al. 2 et 2 SR 2012), la répartition des frais (art. 5 al. 4 SR 2012),

la procédure accélérée (art. 42 al. 1 et al. 1 let c, e SR 2012), la procédure d'urgence (art. 43 al. 1 SR 2012) et la confidentialité (art. 44 al. 1 SR 2012).

Concernant la liberté contractuelle, de manière synthétique, les Swiss Rules et la norme SIA 150 :2018 offrent significativement plus - c'est même un changement de paradigme - de possibilités aux parties de régler certains points dans leur convention. Il apparaît que les SR 2012 et la norme SIA 150 :2018 ont beaucoup de similitudes sur l'autonomie laissée aux parties. Toutefois, la norme SIA 150 :2018 va même encore un peu plus loin dans cette autonomie, ce qui est, à notre avis, sinon un avantage, au minimum un élément attrayant de cette norme.

2. La recherche d'efficience

La norme SIA 150 :2018 se veut résolument tournée vers l'efficience²³⁸. Le principe d'économie de procédure que cela soit en temps ou en coûts, est présent à travers toute une série d'articles.

i. Rapidité de la procédure

a) Procédure arbitrale

De tous les documents étudiés dans le cadre de ce travail de recherche, la norme SIA 150 :2018 est nettement celle qui propose la procédure la plus rapide. C'est également la seule qui intègre formellement le fait qu'un arbitre doit s'engager à travailler rapidement (art. 8 al. 1 SIA 150 :2018).

La procédure arbitrale complète selon SIA 150 dure approximativement 250 jours entre le début de la litispendance (art. 3 al. 1 SIA 150 :2018) jusqu'à la sentence, auxquels il faut encore compter 210 jours supplémentaire pour le délai de recours au TF et le jugement du TF²³⁹. Une procédure arbitrale normale selon SIA 150 :2018 dure ainsi entre 6 et 12 mois, contre 4 à 5 ans²⁴⁰ lorsque la voie choisie est celle des tribunaux ordinaires.

L'ensemble de la procédure selon SIA 150 :1977 est difficile à estimer, en l'absence de délai proposé. Il est d'ailleurs prévu que dans le cas où « [...] la

²³⁸ EHLE, *SIA 150*, p 897; HÜRLIMANN, *SIA 150*, p 8.

²³⁹ Selon une simulation pratique proposée par le Prof. Blaise Carron lors de la formation SIA 150 du 15.11.2017.

²⁴⁰ Estimation du Prof. Blaise Carron lors de la formation SIA 150 du 15.11.2017.

présente directive ne dit rien, les dispositions du Concordat sur l'arbitrage (RO 1969, 1093) sont applicables, ainsi que, par analogie, celles de la loi de procédure civile fédérale (RS 273). ». Le CIA mentionnait que « *Les parties ont la faculté, dans la convention d'arbitrage ou par un accord postérieur, de limiter dans le temps la mission du TA.* »²⁴¹. Il est dès lors anticipé que l'arbitrage selon SIA 150 :1977 ne garantit pas forcément une procédure plus courte que si l'affaire est portée devant un tribunal civil. La différence essentielle est que dans l'arbitrage, il n'y a pas deux instance de recours. Il est donc probable que la durée d'un arbitrage selon SIA 150 :1977 dure entre 1 et 2 ans.

b) Procédure simplifiée ou constat urgent

Selon la norme SIA 150 :2018, la procédure simplifiée doit être rendue dans les 6 mois (art. 41 al. 1 let c SIA 150 :2018). Selon les SR 2012, le délai de la procédure accélérée est également limité à 6 mois, toutefois prolongeable dans des circonstances exceptionnelles (art 42 al. 1 let. d SR 2012). La procédure simplifiée ou accélérée n'existe pas dans la SIA 150 :1977.

Dans la procédure de constat urgent selon l'Annexe SIA 150 :2018, la décision doit être rendue dans les 30 jours, avec une prolongation maximale de 15 jours (art. 2 al. 4 Annexe SIA 150 :2018). Dans la procédure d'urgence selon les SR 2012, la décision doit avoir lieu dans les 15 jours (art. 43 al. 7 SR 2012). Ce délai peut être prolongé par les parties ou la Cour. Une telle décision est cependant une mesure provisoire (art. 43 al. 8 qui renvoi à art. 26 SR 2012). La comparaison est cependant délicate, puisque la procédure d'urgence selon les SR 2012 est une mesure provisionnelle.

c) Limitation des coûts

La procédure d'arbitrage selon SIA 150 :1977 était généralement conduite avec trois arbitres, ce qui contribuait aux coûts relativement élevés de procédure. Un ordre de grandeur de coûts de 80'000 CHF à 120'000 CHF pour une procédure menée selon la SIA 150 :1977 est plausible²⁴². Du point de vue strictement

²⁴¹ Art. 16 al. 1 CIA.

²⁴² Estimation du Prof. Blaise Carron lors de l'entretien du 05.07.2019.

financier, il est probable que certains de ces litiges portés devant un tribunal étatique auraient pu se révéler moins onéreux.

Une procédure moins couteuse est souvent l'un des avantages mis en avant dans la comparaison avec un tribunal civil. Les SR 2012 proposent par défaut que le litige soit porté devant un arbitre unique (art. 6 al. 2 SR 2012) et indique que pour des valeurs litigieuses inférieures à 1'000'000 CHF, la procédure accélérée (art 6 al. 4 qui renvoie à art. 42 SR 2012) s'applique. Ces deux éléments ont été repris dans la norme SIA :2018, qui va encore plus loin dans la recherche d'efficience puisque le seuil pour la procédure simplifiée a été abaissé à 250'000 CHF.

d) Recherche permanente d'accord à l'amiable

Les trois types de règlements prévoient que le litige peut être résolu à l'amiable. Toutefois, la norme SIA 150 :2018 est nettement plus incitative que sa prédécesseur et que les SR 2012.

Les dispositions générales mentionnent que le TA peut tenter en tout temps d'amener les parties à transiger (art. 13 al. 7 SIA 150 :2018). Cette faculté est déjà présente dans la norme SIA 150 :1977 (art. 22 al. 2 SIA 150 :1977). Dans les SR 2012, cette faculté n'est possible qu'avec l'accord des parties (art. 15 al. 8 SR 2012), ce qui peut démontrer que les Swiss Rules, destinés aussi et principalement à des litiges commerciaux avec une probabilité que l'une des parties ou moins soit étrangère ne ressentent pas une motivation aussi forte de régler les litiges à l'amiable. Il s'agit probablement autant d'une question de culture que des us et coutumes du domaine concerné, particulièrement en droit de la construction.

La recherche d'accord à l'amiable est un thème récurrent dans la norme SIA 150 :2018²⁴³. Le TA selon SIA 150 :2018 peut tenter l'accord à l'amiable lors de la conférence d'organisation, c'est-à-dire au tout début du litige, ou encore lors des débats d'instruction, après avoir transmis oralement son appréciation provisoire du litige. Cet aspect constitue probablement l'élément charnière, voire carrément le point de non-retour pour envisager un accord à l'amiable. En effet, une partie qui voit sa cause à priori rejeter en première appréciation par un tribunal et qui n'a

²⁴³ EHLE, *SIA 150*, p. 898.

plus en réserve d'arguments décisifs à faire valoir pourrait plus facilement être tentée de d'arrêter la procédure en acceptant une transaction. Les forces et les faiblesses de chacune des parties sont mise en évidence et peuvent forcer les parties à régler leur litige à l'amiable²⁴⁴.

3. Le dialogue au lieu de l'écriture

La norme SIA 150:2018 privilégie clairement le dialogue à l'écriture. En effet, les débats oraux sont prévus lors de plusieurs étapes de la procédure selon la norme SIA 150 :2018 : lors de la conférence d'organisation (art. 15 SIA 150 :2018), lors des débats d'instruction (art. 19 SIA 150 :2018), lors des débats principaux (art. 23 SIA 150 :2018) et éventuellement encore lors de la clôture de la procédure (art. 27 SIA 150 :2018), le choix de la forme (orale ou écrite) étant laissé au TA.

La norme SIA 150 :1977 ne prévoit pas autant de possibilités aux parties de s'exprimer oralement. Il y a la « *première audience* » de l'art. 21 al. 3 SIA 150 :1977, la tentative de conciliation (art. 22 al. 1 SIA 150 :1977), qui n'est cependant pas obligatoire. L'interrogatoire des parties n'est pas systématique et fait partie uniquement des moyens de preuves à disposition du tribunal pour établir un fait (art. 39 al.1 SIA 150 :1977). Il est donc relevé que la procédure probatoire ne laisse pas aux parties la possibilité de s'exprimer si elles en éprouvent le besoin. La seule possibilité laissée aux parties de plaider est calée à la fin de la procédure probatoire et avant les délibérations (art. 41 al. 1 SIA 150 :1977). Une seule prise de parole est possible, et la duplique est autorisée (art. 41 al. 3 et 4 SIA 150 :1977).

Les Swiss Rules sont beaucoup moins explicites sur le nombre d'audience et sur le contenu de ces audiences, stipulant simplement que « *Le TA notifie aux parties suffisamment à l'avance la date, l'heure et le lieu de toute audience* » (art. 25 al. 1 SR 2012). C'est donc le tribunal qui fixe les audiences, selon le besoin. Il n'existe que deux possibilités aux parties d'exiger une audience. La première c'est de demander à pouvoir interroger l'expert après la remise de son rapport et de faire citer des experts-témoins (art. 27 al. 4 SR 2012). Il s'agit là de l'expression du droit

²⁴⁴ EHLE, SIA 150, p 899.

d'être entendu. La seconde est à la clôture des débats (art. 29 al.2 SR 2012), de manière similaire à ce que propose la SIA 150 :2018.

L'appréciation provisoire soumise oralement par le TA lors des débats d'instructions (art. 19 al. 2 SIA 150 :2018) et la tentative de conciliation, nécessairement orale, qui s'ensuit est un élément fort ou il s'agit avant tout de discuter. La SIA 150 :2018 privilégie donc le dialogue entre les parties, et c'est un point qui nous semble très attractif.

B. Les points faibles

1. Des choix potentiellement problématiques

Certains aspects spécifiques de la norme SIA 150 :2018 ont été mis en évidence (*supra* II) et le caractère imprécis, soit du point de vue strictement juridique, soit simplement dans le déroulement de la procédure, est relevé ci-après. Il s'agit notamment de :

- Les conditions d'applicabilité des art. 1 à 43 SIA 150 :2018 pour la procédure de constat urgent, en « tenant compte des différence » (art. 1 al. 3 SIA 150 :2018).
- La non-suspension des délais en cas de remplacement d'un arbitre ;
- L'acceptation des documents dans une autre langue que celle définie par le TA ;
- L'apport de faits nouveaux sans justifications de la tardiveté ;
- Une risque d'égalité des voix si le président refuse de voter ;
- L'absence d'obligation de signatures des arbitres qui sont simple membres et pas président ou arbitre unique ;
- L'absence d'obligation de mentionner le nom de l'expert technique et du secrétaire dans la sentence ;
- L'exclusion de responsabilité de l'ensemble des participants à la procédure n'étant pas parties au litige.

Ces points ont été mis en évidence (*supra* II) et ne seront plus approfondis ici.

Une nouvelle édition de la norme SIA 150 :1977 était devenu nécessaire au vu du caractère désuet de cette norme. Il serait cependant faux de croire que la norme

SIA 150 :2018 constitue une mise à jour de sa prédécesseur. Dans les faits, et les comparaisons effectuées le démontrent bien (supra II), la norme SIA 150 :2018 est plus proche des SR 2012 que de la norme SIA 150 :1977. A notre sens, il faut considérer que **la norme SIA 150 :2018 est une nouvelle norme**, avec des points d'appui au SR 2012 et qui suit les pratiques et standards modernes en matière d'arbitrage. Comme toute nouvelle norme, celle-ci contient de défauts juvéniles et mineurs que sont, par exemple, les points mentionnés ci-avant. La pratique et, les échéant, la jurisprudence, qu'elle soit arbitrale ou étatique, corrigeront ces imprécisions.

2. Une mise en danger de la sécurité du droit

Les SR 2012 précisent que le règlement d'arbitrage n'est pas applicable lorsque l'une des dispositions est en conflit avec une disposition impérative du droit applicable à l'arbitrage, et que dans ce cas auquel le droit applicable à l'arbitrage prévaut (art. 1 al. 5 SR 2012). Cette précision des SR 2012 n'a pas été reprise dans la norme SIA 150 :2018. Elle n'a pas à l'être, puisque de toute manière, le droit impératif choisi par les parties est évidemment d'un ordre supérieur aux éventuels articles du règlement choisi, qui n'ont force obligatoire qu'au titre de conditions générales faisant partie d'un contrat.

À notre sens, la majorité des divers articles de la norme SIA 150 :2018 s'inscrivent dans la lettre et l'esprit des articles relatifs à l'arbitrage du CP et de la LDIP. Il n'y a pas de contradiction et il n'y a donc pas lieu de déterminer si tel ou tel article pourrait être de droit impératif ou pas.

En revanche, c'est au niveau du respect de certains principes fondamentaux que la norme SIA 150 :2018, plus précisément de son annexe de procédure de constat urgent, que le règlement pose problème avec ses quelques nouveautés. Les points qui affaiblissent la sécurité du droit sont à notre sens :

- La nomination unilatérale du spécialiste de la construction par le bureau SIA (art. 2 al. 2 Annexe SIA 150 :2018) sans possibilités de récusation, ce qui est contraire à l'ordre public procédural ;

- Du délai trop court et des moyens financiers limités pour que l'arbitre puisse rendre une décision de qualité et respectant l'égalité entre partie et le droit d'être entendu des parties ;
- Des doutes sur la qualité juridique dans les réponses aux questions de droit par un arbitre à priori dépourvu de connaissances juridiques.

3. Des éléments manquants ou à préciser

Il y a à notre sens plusieurs éléments qui auraient mérité de figurer dans la norme SIA 150 :2018 afin de conférer une plus grande clarté juridique, en particulier pour les non-juristes qui seront amenés, en tant que membre du TA, ou en tant que parties, à appliquer la norme SIA 150 :2018. Ces éléments sont décrits ci-après.

ii. Clause-type, définitions et références légales

a) Clause-type

Le premier élément est de proposer une clause d'arbitrage type à faire figurer dans un contrat permettant ainsi aux parties de s'affranchir des risques liés à une incertitude rédactionnelle pouvant conduire à une nullité de la clause. En effet, une formulation maladroite et imprécise d'une telle clause peut la rendre pathologique au point d'en conclure à son invalidité²⁴⁵. Les SR 2012 proposent en préambule du règlement une clause compromissoire type, qui a également le mérite de mettre en évidence les points essentiels que doivent définir les parties qui ont convenu que tout litige seraient soumis à l'arbitrage. Ces points sont le nombre d'arbitre, le lieu du siège et la langue de l'arbitrage.

b) Définitions

Les définitions juridiques des principaux termes employés dans le règlement faciliteraient, que ce soit pour les non-juristes, mais également à des juristes d'autres pays, d'autre langues maternelles ou pour lesquels un rafraîchissement serait nécessaires, semblent approprié. Les SR 2012 ne proposent pas à proprement parler de définitions mais des abréviations²⁴⁶. Les règlement DAB

²⁴⁵ Arrêt du TC Fribourg 101 2017 42 du 01.06.2017, consid. d et e.

²⁴⁶ Par exemple, la Swiss Chambers' Arbitration Institution a établi une Cour d'arbitrage, qui sera appelée par la suite du règlement simplement la "Cour".

2015 propose à son art. 1 la signification des abréviations utilisées dans le corps du règlement et à son art. 2 quelques définitions.

c) Les dispositions légales pertinentes

Les dispositions préliminaires de la norme SIA 150 :2018 ne contiennent ni de préambule, ni de définitions. Dans son préambule, la norme SIA 150 :1977 fait une claire référence au CIA²⁴⁷ et à la PCF. Le CIA a été abrogé le 1^{er} janvier 2011 lors de l'entrée en vigueur du CPC alors que la PCF est toujours en vigueur.

Dans la norme SIA 150 :2018, des rattachements aux textes légaux peuvent se faire en rattachant par exemple un article ou un alinéa à sa référence légale. Les risques sont de deux natures : tout d'abord, il faudrait trouver la référence tant au niveau du CPC que de la LDIP. Cet exercice permettrait cependant de pouvoir proposer un document montrant les corrélations entre les trois textes, ce qui pourrait améliorer l'attractivité – à court terme – de la norme SIA 150 :2018. A court terme seulement, parce que le risque existe que ces textes législatifs relativement jeunes évoluent et mettent ainsi en danger l'intégrité de la norme SIA 150 :2018, qui devrait soit évoluer à chaque modification, soit être exposée au danger d'avoir des versions en porte-à-faux avec la législation en vigueur.

Une autre solution, plus simple, serait simplement de mettre en annexes les principaux articles du CPC et de la LDIP en relation avec le droit de l'arbitrage. C'est par exemple le cas avec la norme SIA 118, qui propose dans son texte les références normatives au CO, qui sont insérés directement dans le texte. La SIA 118 propose également un rappel des articles pertinent du code des obligations en relation avec les contrats de construction.

iii. Jonction et interventions dans une procédure multipartite

Les conflits dans la construction concernent souvent plus de deux parties, dans approximativement un tiers des cas²⁴⁸. Un cas classique de litige regroupe généralement le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur et la direction des travaux. Les autres parties, jamais très éloignées sont le planificateur, les sous-traitants de l'entreprise et les tiers, avec ou sans relations contractuelles avec le maître de

²⁴⁷ Abrogé le 1^{er} janvier 2011 lors de l'entrée en vigueur du CPC.

²⁴⁸ JOHNSON, p. 219, qui a reçu ces informations directement de la SCIA pour l'année 2017.

l'ouvrage. D'autres parties sont évidemment toujours possible et sont propres à chaque cas d'espèce.

a) La nomination des arbitres

La norme SIA 150 :2018, comme sa version précédente d'ailleurs, « s'applique [aux parties] lorsqu'un convention d'arbitrage y renvoie » (art. 1 al. 1 SIA 150 :2018). Il ressort du texte et de l'ensemble des articles de la SIA 150 :2018 que le champ d'application du règlement concerne un litige entre deux parties et la norme est presque muette quant aux litiges faisant intervenir plus de deux parties. C'était le cas pour la SIA 150 :1977²⁴⁹. La nomination d'arbitre dans une procédure multipartite est prévue à l'art. 6 al. 4 SIA 150 :2018. De manière étonnante, les parties n'ont pas la possibilité de convenir eux-mêmes de la nomination, cette tâche est déléguée soit à une institution indépendante désignée par la SIA, soit si toutes les parties en conviennent, par la SIA.

b) Consortit  et cumul d'actions

Les SR 2012 ont prévu cette éventualité qui dépasse largement le cadre du probable en édictant un chapitre spécifique « jonction et intervention » doté du seul article 4 et qui prévoit que la Cour peut décider de joindre les causes (art 4 al. 1 SR 2012) ou que le TA décide, après consultation des parties, des interventions de tiers (art 4 al. 1 SR 2012). Cet article confère aux Swiss Rules un caractère particulièrement progressiste²⁵⁰ sur ce sujet et il est regrettable que la norme SIA 150 :2018 n'ait pas os  lui emboit  le pas sur ce terrain.

 tant donnée que la thématique de jonctions et interventions des causes est absente du règlement SIA 150 :2018 le TA devra se tourner vers le droit dispositif du CPC. C'est l'art 376 - Consortit , cumul d'actions et participation de tiers – qui traite imparfaitement la question. La LDIP est muette sur ce sujet²⁵¹., mais l'AP de révision prévoit un article traitant spécifiquement le cas d'une procédure multipartite²⁵².

²⁴⁹ TSCHANZ, p.60.

²⁵⁰ JOHNSON, p. 221.

²⁵¹ JOHNSON, p. 223.

²⁵² JOHNSON, p. 223, qui informe toutefois que la révision en cours prévoit l'introduction d'un nouvel article concernant le cas des procédures multipartites.

Conclusion

La norme SIA 150 :2018 est résolument tournée vers l'autonomie des parties, la recherche d'efficience et la volonté accrue de régler les litiges à l'amiable. Nous ne pouvons que nous réjouir de ces caractéristiques qui conviendront tout particulièrement bien au monde de la construction et de l'immobilier.

La norme SIA 150 :2018 présente l'énorme avantage de proposer aux acteurs de la construction un outil permettant d'obtenir une solution rapide à toutes sortes de litige pouvant survenir sur un projet ou un chantier de construction. Diverses procédures sont possibles, qu'il s'agisse de la procédure dite normale, de la procédure simplifiée ou de la procédure de constat urgent.

La procédure de constat urgent, prometteuse et innovante, comporte toutefois à note sens des risques juridiques importants, que ce soit au niveau du respect de l'ordre public procédural et des garanties de procédure, que ce soit au niveau du respect du droit d'être entendu ou encore que ce soit au niveau de la sécurité du droit. Le diable est dans les détails. Les corrections envisageables pour remédier à cette appréciation sont peu importantes. La première voie serait de modifier certains aspects purement formels tels que l'obligation de l'arbitre chargé du constat urgent de statuer en équité, la fixation d'un délai plus long, par exemple 60 jours au lieu de 30 jours ou encore le fait que l'arbitre puisse être nommé par les parties, ou à tout le moins puisse être récusé par celles-ci.

La seconde voie serait la plus radicale et toucherait l'essence même du règlement, puisqu'il s'agirait de ne pas considérer la procédure de constat urgent comme une procédure d'arbitrage, mais comme une procédure de conciliation.

Cette norme SIA 150 :2018 est encore fraîche. Elle est innovante, et somme toute très prometteuse. Sous réserve de quelques adaptations, il semble que le plus dur sera de convaincre les acteurs du monde de la construction en Suisse à s'en servir. Dès que ce pas sera franchi, il est d'ores et déjà anticipé que cette norme constituera un outil puissant et très apprécié pour la résolution de litige dans le monde de la construction.