Aspects de la mise en œvre du droit en arbitrage

Autor(en): **Kaufmann-Kohler, Gabrielle**

Objekttyp: **Article**

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

Band (Jahr): **107 (1988)**

PDF erstellt am: **23.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-895930

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Aspects de la mise en œuvre du droit en arbitrage

par GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER

Introduction

Mise en œuvre du droit: on pourrait disserter longtemps sur les aspects dogmatiques de cette notion [1]. On pourrait aussi suivre les développements des sociologues sur l'«implementation» de la norme [2]. Nous tenterons une approche beaucoup plus pragmatique [3]. Notre hypothèse de travail est que le droit est mis en œuvre par le biais de l'arbitrage. Nous nous demanderons donc *comment en pratique* l'arbitre met en œuvre le droit. En d'autres termes, nous nous pencherons sur le fonctionnement, la dynamique du processus arbitral.

Parce que ce rapport est établi à l'occasion d'un congrès qui a pour objet premier l'étude de la mise en œuvre du droit par la justice ordinaire, nous aborderons la question sous l'angle des différences entre le fonctionnement de l'arbitrage et de la justice étatique. Il ne s'agit pas pour autant de faire une comparaison point par point, ni de porter des jugements de valeur. Il s'agit plutôt de dégager l'image de l'arbitrage en utilisant le miroir de la justice étatique.

Les dimensions de ce rapport imposent de se fixer certaines limites. Première limite: nous nous restreindrons aux aspects du fonctionnement de l'arbitrage qui – de manière nécessairement un peu subjective – nous paraissent les plus importants et négligerons les autres. Ce faisant, nous n'échapperons pas à certaines

[1] Voir p. ex. BERGEL, Théorie générale du droit, Paris 1985; MORAND, L'action du droit. Prolégomènes pour une étude de la mise en œuvre des lois, in: Festschrift Huber, Berne 1981, p. 93.

[2] En lieu et place de beaucoup d'autres: E. BLANKENBURG, La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur la mise en œuvre (le concept «d'implementation»), Droit et société 1986, p. 59.

[3] L'approche plus pratique que théorique implique que seules certaines références parmi les plus utiles seront citées, sans aucune prétention d'exhaustivité.

généralisations. Si celles-ci sont indispensables à la synthèse, elles ne devraient pas faire oublier la variété de l'institution.

Deuxième limite: nous examinerons l'arbitrage commercial international seulement, au détriment de l'arbitrage interne. En effet, la problématique de l'un et de l'autre ne se confond pas. Il fallait donc ou bien les traiter séparément, ce qui eut été superficiel, ou alors choisir. Notre choix s'est porté sur l'arbitrage international en raison de l'essor considérable qu'il a connu ces dernières décennies et des évolutions que cela a entraîné, évolutions dont témoigne notamment le chapitre 12 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)[4].

Troisième limite: en raison du contexte de ce rapport, nous nous concentrerons sur le fonctionnement de l'arbitrage international en droit suisse. Cela étant, nombre d'aspects évoqués sont indépendants du droit applicable à l'arbitrage.

Comment fonctionne le processus arbitral par comparaison á la justice civile? Pour répondre à cette question, nous partirons de deux constatations somme toute assez banales. Premièrement, l'arbitre est choisi par les parties. Deuxièmement, ce qui est bien évidemment lié, l'arbitre n'est pas intégré à un système judiciaire étatique au même titre qu'un juge[5].

I. L'arbitre est choisi par les parties

En arbitrage lorsque le litige survient, le tribunal n'existe pas encore. Tant que la clause arbitrale est bien rédigée, l'absence d'organe préconstitué ne crée pas de difficultés particulières. En revanche, elle se fera sentir si la clause est imprécise ou lacunaire. Que fera par exemple un demandeur face à un défendeur

[4] Malgré l'entrée en vigueur de la LDIP, nous nous référerons occasionnellement au Concordat intercantonal sur l'arbitrage (CIA), ce en raison de l'art. 176 al. 2 LDIP et parce que les tribunaux trancheront peut-être certaines questions laissées ouvertes dans la LDIP par analogie avec les solutions retenues en application du CIA. En outre, selon la réponse que la jurisprudence donnera aux problèmes posés par le régime transitoire, l'ancien droit pourrait continuer de s'appliquer à nombre de situations existantes (sur le droit transitoire, voir en particulier les exposés de BROGGINI, ROSSEL, POUDRET, WENGER, BLESSING, in Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage 1988, p. 275).

[5] Cela dit, sans entrer dans la controverse théorique de l'origine du pouvoir de l'arbitre (volonté des parties ou attribution de l'Etat) et sans nier que la mission de l'arbitre est juridictionnelle de par sa nature, ni que l'arbitre peut être considéré «intégré» dans la mesure où il est soumis au contrôle des tribunaux et bénéficie de leur concours.

qui refuse de nommer un arbitre lorsque la clause arbitrale ne prévoit ni le siège du tribunal arbitral[6] ni une procédure de constitution subsidiaire? A quelle autorité judiciaire d'appui s'adressera-t-il? En Suisse en tout cas, il a peu de chances d'accéder à une autorité judiciaire, puisque la compétence de l'autorité dépend de la fixation du siège en Suisse[7]. Devra-t-il alors intenter une action ordinaire et opposer l'inexécutabilité de la clause arbitrale à une éventuelle exception d'arbitrage[8]? Et, si le respect des droits élémentaires des parties n'est pas garanti au for ordinaire, pourra-t-il invoquer une sorte de for de nécessité ailleurs, soit pour une action ordinaire, soit pour la nomination des arbitres[9]?

Ces questions, que notre propos n'est pas de résoudre ici, démontrent combien, en raison de l'absence d'organe préconstitué, l'arbitrage est dépendant de l'efficacité de la clause arbitrale. Cette dépendance se retrouve d'ailleurs dans divers autres contextes. Elle se manifeste ainsi notamment par l'absence de possibilité d'appel en cause et d'intervention de tiers[10], ainsi que de jonction de procédures[11] sans l'accord de toutes les parties en cause, toutes choses possibles en procédure ordinaire.

[6] Nous envisageons ici l'absence d'indication non seulement d'une ville, mais également d'un pays. De manière similaire mais atténuée, la désignation de la Suisse sans précision de lieu crée également des difficultés; voir not. LALIVE, The New Swiss Law on International Arbitration; Arbitration International 1988, p. 7 note 14; BLESSING, The New International Arbitration Law in Switzerland—A Significant Step Towards Liberalism, Journal of International Arbitration 1988, pp. 21–22; ANDREAS BUCHER, Le nouvel arbitrage international en Suisse, Bâle et Francfort 1988, p. 29.

[7] Cela découle des art. 176 al. 1 LDIP et 1 al. 1 CIA (pour la LDIP, voir aussi not. BLESSING, précité, p. 22 et, pour le CIA, JOLIDON, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Berne 1984, p. 99). A noter que si le siège n'est pas fixé en Suisse selon les modalités des art. 176 al.3 LDIP ou 2 CIA, le juge étatique ne saurait le fixer unilatéralement (pour le CIA, voir JOLIDON, précité, p. 95; pour la LDIP, cela ressort implicitement des commentaires à l'art. 176 al. 3, voir not. les auteurs cités à la note précédente et LALIVE, Le chapitre 12 de la loi fédérale sur le droit international privé: L'arbitrage international, in: Le nouveau droit international privé suisse, Lausanne 1988, p. 210; TSCHANZ, Le nouveau droit suisse de l'arbitrage international, Revue de droit des affaires internationales 1988, p. 438.

[8] Sur la base de l'art. 7 lettre b LDIP ou d'une règle de droit étranger similaire, selon où se trouve le for ordinaire.

[9] Sur la base de l'art. 3 LDIP ou d'une règle smilaire de droit étranger.

[10] Voir l'art. 28 CIA, qui n'est pas repris expressément par la LDIP, mais dont la solution semble rester valable (TSCHANZ, op. cit. [note 7], p. 442).

[11] Certaines procédures prévoient toutefois une possibilité de jonction de deux instances arbitrales, dite aussi consolidation; ainsi le récent art. 1046 Code

Au-delà de ces aspects d'ordre plus technique, trois questions nous semblent mériter réflexion. Tout d'abord, quels sont les critères du choix des arbitres? Ensuite, quel impact ce mode de constitution a-t-il sur l'indépendance des arbitres? Enfin, quelle influence ce mode de constitution a-t-il sur le processus décisionnel au sein du tribunal arbitral?

Dans l'examen de ces trois aspects, nous admettrons que le tribunal est composé de trois arbitres et constitué selon le schéma le plus usuel, à savoir que chaque partie nomme un arbitre, et que ceux-là élisent le président, ce qui permet généralement aux parties d'avoir indirectement leur mot à dire dans la désignation du président. Mutatis mutandis certaines des considérations qui suivent peuvent toutefois également s'appliquer à d'autres modes de constitution, notamment à la nomination du président par un tiers, et au cas de l'arbitre unique.

A. Les critères du choix

Si le choix d'un arbitre est avant tout fonction des circonstances spécifiques du litige et de considérations tactiques, il n'en reste pas moins que certains paramètres devraient généralement être pris en considération. Parmi ceux-là, nous rangerons, tout d'abord, les affinités entre partie et arbitre ou au contraire la neutralité de l'arbitre, ensuite, les compétences professionnelles et, enfin, la personnalité de l'arbitre.

1. Affinités – neutralité

Les parties choisiront souvent comme *coarbitre* une personne avec laquelle elles ont certaines affinités, cela dit sans aucune connotation négative de partialité. De telles affinités résulteront le plus souvent d'une nationalité ou d'une culture commune. Grâce à ces affinités, les parties disposeront au sein du tribunal d'une personne qui – sans nécessairement partager leur position – la comprendra et pourra l'expliquer. Lorsqu'un

de procédure civile néerlandais. Sur la consolidation et l'arbitrage multipartite, voir not. récemment KASSIS, L'arbitrage multipartite et les clauses de consolidation, Droit et pratique du commerce international 1988, p. 221; Comité français de l'arbitrage, L'arbitrage et les tiers, Revue de l'arbitrage 1988, p. 431; BRANSON/WALLACE, Court-Ordered Consolidated Arbitrations in the United States: Recent Authority Assures Parties the Choice, Journal of International Arbitration 1988, p. 89.

arbitrage met en présence des parties et des arbitres d'origines très différentes, c'est là un élément qui peut donner aux parties un sentiment de sécurité non négligeable.

Lors du choix du *président,* c'est plutôt l'inverse qui se produira. En effet, les parties arrêteront leur choix en fonction non de l'existence, mais de *l'absence* d'affinités, soit de la neutralité du candidat. Dans un article paru en 1984, PIERRE LALIVE a fort bien mis en évidence les multiples facettes de la neutralité [12]. La neutralité va au-delà de l'impartialité ou de l'indépendance, sur lesquelles nous reviendrons. Elle résulte de facteurs tels l'appartenance à une religion, à une idéologie, à un environnement social et politique, à un pays industrialisé ou au contraire en voie de développement; elle découle aussi d'une certaine ouverture d'esprit dans les domaines politique et économique aussi bien que juridique, tous facteurs qui se recoupent souvent mais non nécessairement avec la nationalité de l'arbitre.

2. Compétences professionnelles

Dans ce deuxième critère nous distinguerons quatre éléments, à savoir les qualités de juriste, la perception des problèmes commerciaux, les capacités de gestionnaire de l'arbitrage et la disponibilité.

a. Qualités de juriste

Il va sans dire qu'il faut que l'arbitre soit bon juriste (nous laissons ici de côté l'hypothèse de l'arbitre non juriste), c'est-à-dire qu'il ait les facultés d'analyse et de synthèse qui lui permettent de repérer les vrais problèmes et de les résoudre. Dans ce contexte, on pourra notamment tenir compte de sa spécialisation.

En outre, lorsque le litige met en cause des systèmes juridiques différents – ce qui implique souvent aussi des conceptions procédurales divergentes – il est important que l'arbitre ait un horizon juridique assez vaste pour les appréhender correctement. Pour cela, une formation de droit comparé lui sera d'une grande aide.

En revanche, il n'est pas toujours nécessaire que l'arbitre soit issu du pays dont le droit matériel est applicable. En effet, d'une part, le litige se limite souvent à des questions de fait et

[12] LALIVE, On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration, in: Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international, Zurich 1984, p. 23.

d'interprétation de contrat. D'autre part, lorsque tel n'est pas le cas, un arbitre expérimenté et intelligent saura appliquer un droit qui n'est pas le sien de manière satisfaisante.

b. Perception des problèmes commerciaux
Pour rendre de bonne justice, il faut que l'arbitre soit réceptif aux aspects commerciaux du litige, qu'il ait un certain bon sens commercial lui permettant de saisir les implications commerciales et économiques du problème qui lui est soumis, de même que les répercussions commerciales et financières de ses décisions.

c. Aptitudes de gestionnaire de la procédure
Un arbitrage est une entreprise qui se gère. Nous reviendrons plus loin sur ce concept de gestion, qui requiert un subtil dosage de fermeté et de souplesse. Les aptitudes de l'arbitre à gérer la procédure, fonction de son expérience, de sa formation et de sa personnalité, constituent donc un paramètre du choix que l'on aurait tort de négliger.

d. Disponibilité
Toutes les compétences du monde ne serviront à rien si l'arbitre pressenti n'a pas le temps de les mettre à profit. Si'il n'y a pas en arbitrage d'encombrement ou de surcharge des tribunaux, problèmes majeurs en justice ordinaire, il peut y avoir surcharge de l'arbitre. Or, il est dans le pouvoir des parties de l'éviter. En sélectionnant un arbitre, on tiendra donc compte de sa disponibilité. Son agenda lui permettra-t-il de fixer des audiences dans des délais raisonnables? Aura-t-il le temps et la volonté d'étudier personnellement un dossier volumineux, ardu, rébarbatif même [13]?

L'énumération de ces qualités fait surgir la question de la formation de l'arbitre. Si le juge étatique exerce ses fonctions à plein temps, l'arbitre, lui, est un juge à temps partiel, parfois même tout à fait occasionnel. Sa formation «sur le tas» est dès lors beaucoup plus aléatoire. Il faut donc l'assurer par d'autres moyens, tels séminaires, cours complémentaires, etc.

[13] HAFTER, Gespräche zwischen Schiedsgericht und Parteien – ein Beitrag zur Technik der Führung von Schiedsgerichten, Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international, Zurich 1984, p. 205.

3. Personnalité

Plus peut-être que sa neutralité et en tous cas autant que ses compétences professionnelles, la personnalité de l'arbitre, en particulier du président, est importante. Les parties veulent-elles un pragmatique non formaliste ou plutôt un esprit théorique et rigoureux? Un «fonceur» ou un réfléchi? Un décideur qui aura tendance à trancher le litige ou un négociateur qui tentera la transaction? Quelqu'un qu'elles pourront influencer ou qui s'imposera? Ce sont là autant de questions qui, au moment du choix, méritent mûre réflexion.

Plus les litiges se compliquent parce que les transactions dont ils surgissent deviennent plus complexes, plus l'arbitrage devient un procédé hostile, plus le contrôle des arbitres par les tribunaux diminue, plus les domaines arbitrables s'étendent et se diversifient, plus les qualités professionnelles et personnelles décrites prennent de l'importance.

B. Influence du choix par les parties sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres

Dans de nombreux arbitrages, tous les trois arbitres adoptent des positions parfaitement indépendantes. Dans d'autres, toutefois, le fait que les parties ont choisi les arbitres, en particulier les coarbitres, a des conséquences sur l'indépendance et l'impartialité – termes que nous utiliserons sans distinction [14] – des personnes choisies. Ce n'est qu'à ces procédures-là que nos considérations s'appliquent.

On constate ces dernières années une nette augmentation des procédures de récusation [15]. Cette multiplication est due en partie à «l'hostilisation» croissante de l'arbitrage. En effet, une demande de récusation, même tout à fait infondée, est un moyen dilatoire relativement efficace. Mais on aurait tort de n'y voir qu'une tactique de plaideur de mauvaise foi. Il faut au contraire se demander si ce phénomène ne rélève pas un vrai problème, ce que confirmerait d'ailleurs l'intérêt accru que la déontologie de l'arbitre suscite dans les milieux de l'arbitrage. Les règles déon-

[14] Voir note 21 ci-dessous.

[15] Voir p. ex. ATF 113 I a 407; 111 I a 259; 111 I a 255; 111 I a 72; Sem Jud 1985, p. 465; Sem Jud 1983, p. 541.

tologiques de l'arbitre élaborées récemment par l'International Bar Association en sont une illustration parmi d'autres [16].

Ce qui frappe surtout quand on s'interroge sur ces questions d'indépendance, c'est que les procédures de récusation, même si elles se multiplient, ne constituent que la pointe de l'iceberg. En effet, sous la ligne de flottaison, il y a toutes les situations où un coarbitre est prévenu en faveur de «sa» partie sans que l'autre le sache ou le sache de manière à s'en prévaloir. De ce fait, ces situations n'émergent jamais à la surface. En d'autres termes, elles échappent à toute sanction par le biais d'une procédure de récusation.

On sait qu'en l'état le Tribunal fédéral exige le même degré d'indépendance de tous les arbitres, coarbitres ou président, tout en reconnaissant toutefois qu'en marge de la loi, la pratique s'avère parfois différente [17]. On sait aussi que dans certains ordres juridiques la partialité du coarbitre n'a rien de repréhensible [18]. On n'ignore pas non plus que, selon les cas, la réalité politique laisse peu de marge à la libre appréciation du coarbitre. On sait enfin que certains auteurs affichent un scepticisme peu encourageant quant au concept même d'impartialité du coarbitre [19].

Par conséquent, la partialité des coarbitres est souvent compréhensible. Elle n'en constitue pas moins une entrave au bon déroulement de l'arbitrage, qui peut parfois aller jusqu'à en fausser le résultat final. Que faire alors pour l'éviter? Assurément, il n'y a pas de recette miracle. Cependant, il existe quand même un certain nombre de mesures et règles susceptibles de limiter les risques.

De manière générale, il faut tout d'abord assurer *l'effectivité des procédures de récusation*. Cela signifie que les mécanismes de récusation doivent garantir qu'un arbitre dont l'objectivité est réellement compromise soit récusé, sans pour autant tomber

[16] Publiées notamment in Revue de l'arbitrage 1988, p. 333. Voir en outre HUNTER/PAULSSON, A Code of Ethics for Arbitrators in International Commercial Arbitration?, International Business Lawyer 1985, p. 153, et BRANSON, Ethics for International Arbitrators, Arbitration International 1987, p. 72.

[17] ATF 105 Ia 248.

[18] Ainsi aux Etats-Unis (DOMKE on Commercial Arbitration, édition révisée et mise à jour, Wilmette/Illinois 1988, pp. 310–311) et en Grande-Bretagne (références citées par EUGEN BUCHER, Zur Unabhängigkeit des parteiernannten Schiedsrichters, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe Kummer, Berne 1980, pp. 601–604).

[19] P. ex. SCHLOSSER dans un exposé cité par BUCHER, loc. cit., p. 604.

dans l'excès contraire qui consisterait à récuser pour un oui ou pour un non. Le Tribunal fédéral l'a fort bien souligné dans un arrêt de 1987[20].

Face à ce besoin d'effectivité des procédures de récusation, on peut regretter que la LDIP permette désormais aux parties de confier la récusation à l'organisme de leur choix, à l'exclusion de tout tribunal étatique[21], ce d'autant plus que l'exclusion résultera d'une simple référence à des règles d'arbitrage prévoyant une procédure de récusation. En effet, il n'est pas certain que l'organisme choisi par les parties garantisse l'indépendance de la même manière que le juge ordinaire[22]. S'il est indéniable que l'exclusion des tribunaux étatique évitera des pertes de temps inutiles, on peut toutefois douter de l'opportunité de transiger sur la garantie d'indépendance, essentielle dans toute administration de la justice, au profit d'impératifs de rapidité.

A titre d'autre mesure, il n'est pas exclu qu'une *meilleure formation des arbitres* dans le domaine déontologique puisse également porter des fruits. Dans ce contexte, il conviendrait notamment d'insister, outre sur les critères d'indépendance, sur l'obligation des arbitres de révéler en début de procédure toute circonstance susceptible d'affecter leur jugement, obligation consacrée par un arrêt du Tribunal fédéral de 1985[23].

[20] Le fait que la preuve de la prévention ne soit pas soumise à des exigences strictes ne signifie pas qu'en cas de doute, il faut récuser (ATF 113 Ia 407/*409*).

[21] Art. 180 al. 3 LDIP, qui modifie l'état du droit actuel tel qu'il résulte de l'ATF 111 Ia 255. A noter aussi que l'art. 180 al. 1 lettre c ne mentionne que l'indépendance, non l'impartialité, concepts pourtant distincts (ainsi ATF 113 Ia 407/*409:* «Richterliche Unparteilichkeit ... ist ... nicht mit richterlicher Unabhängigkeit gleichzusetzen ...») et tous deux applicables en matière d'arbitrage selon la jurisprudence actuelle (ATF précité et références y figurant). S'il est vrai que l'indépendance peut être comprise au sens objectif (absence de biens) et subjectif (indépendance d'esprit), on doit néanmoins se demander si la disparition du concept d'impartialité comme motif de récusation signifie que l'arbitre est soumis à des exigences moins strictes que le juge ou que l'art. 58 de la Constitution fédérale s'applique «au rabais» en arbitrage. Pour les coarbitres, l'affirmative exprimerait un certain réalisme. Elle serait, en revanche, regrettable concernant le président. Sur l'historique du processus législatif ayant mené à la seule mention de l'indépendance, BLESSING, op. cit. (note 6), pp. 38–39; LALIVE, op. cit. (note 6), p. 12.

[22] On pense ici p. ex. à la pratique de la Cour d'arbitrage de la CCI qui tranche sur récusation sans donner connaissance aux parties des motifs de sa décision (Art. 2 ch. 13 al. 2 Règles d'arbitrage CCI).

[23] Sem. Jud. 1985, p. 464.

En outre, pour limiter les effets négatifs d'une éventuelle partialité dans une procédure donnée, le président, s'il s'en rend compte, pourra simplement *ignorer l'avis du ou des coarbitres en cause*. Ce faisant, il risque cependant de se retrouver bien seul, ce qui peut représenter un poids considérable et être contre-productif quant au résultat de l'arbitrage[24]. Par ailleurs, il y a deux situations où une telle mesure sera sans effet: l'obstruction systématique et la prévention «sournoise» parce que larvée. Dans le contexte de la première, remarquons que la LDIP apporte une innovation bienvenue, puisqu'elle permet au président de rendre la sentence seul, à défaut de majorité, et se satisfait de la seule signature de ce dernier[25]. Quant à la seconde, indécelable, elle échappera à la vigilance du président. N'ayant pas de raison de se méfier, il sera d'autant plus exposé aux tentatives de manipulation.

On peut enfin envisager *d'aborder ouvertement la question de l'indépendance* des coarbitres – sans vexer personne – en début de procédure. Cela peut se faire dans une discussion entre arbitres, par l'insertion d'une clause expresse dans l'acte de mission, ou encore par l'incorporation par référence de règles déontologiques telles par exemple celles de l'International Bar Association.

Au-delà, il n'y a guère de remède que d'accepter ce risque d'influence comme une sorte de déficience congénitale, qui constitue le prix à payer pour le privilège de choisir son arbitre.

C. Impact du choix par les parties sur le processus décisionnel au sein du tribunal arbitral

Le fait que les arbitres sont choisis par les parties peut avoir des répercussions sur la dynamique du groupe que constitue le tribunal arbitral et sur le processus décisionnel au sein du tribunal. Nous en relèverons deux aspects.

Premièrement, un tribunal arbitral peut être plus enclin qu'un tribunal étatique à *«couper la poire en deux»*, plutôt qu'à

[24] On nous objectera que le juge de première instance est seul aussi. C'est vrai, mais – pour reprendre les termes du Procureur CORBOZ – il ne donne qu'un «préavis» alors que l'arbitre, lui, rend une décision définitive (CORBOZ, La protection des droits ou la justice en question, RDS 1988 II, p. 171).

[25] Art. 189 al. 2 LDIP, à opposer aux art. 31 al. 2 et 33 al. 2 CIA qui requièrent une décision majoritaire et la signature de la majorité des arbitres. Sur cette innovation, BLESSING, op. cit. (note 6), pp. 66–67, et LALIVE, op. cit. (note 6), p. 15; ANDREAS BUCHER, op. cit. (note 6), pp. 111 et 112.

donner entièrement raison à l'une ou l'autre des parties. S'il est de nombreux cas où personne n'a vraiment raison ni tort, il en est d'autres où une solution tranchée s'impose. Quand les coarbitres s'identifient trop à «leurs» parties, adopter une solution tranchée présuppose de déclencher un affrontement, une confrontation de personnes au sein du tribunal. Pour éviter de donner tort non seulement à une partie, mais aussi à l'un des membres du tribunal, un président qui n'est pas d'envergure à s'imposer aura tendance à rechercher le consensus. A coup de concessions réciproques, le processus décisionnel ressemblera plus alors à un marchandage qu'à une saine administration de la justice [26]. On aboutira ainsi à une sorte de transaction interne au tribunal, qui aura la forme extérieure d'une sentence.

Deuxièmement, parce qu'ils sont choisis par les parties, les arbitres tendent plus souvent que les juges étatiques à assumer des *fonctions de médiateur ou conciliateur.* Si ce phénomène – souvent bienvenu d'ailleurs – peut s'expliquer par une certaine tradition et conception de l'arbitrage [27], il constitue en partie aussi une manifestation – plus franche que la précédente – du souci d'éviter l'affrontement au sein du tribunal.

Il est vrai que, dans une instance collégiale étatique, il y a aussi des confrontations. Toutefois, elles ne nous semblent pas avoir le même poids qu'en arbitrage. D'une part, il est fort improbable qu'un juge étatique se sente redevable à l'égard d'une partie. D'autre part, les confrontations entre membres d'une instance étatique s'insèrent dans un quotidien répétitif, ce qui en atténue généralement la gravité [28].

II. Les arbitres ne font pas partie d'un système de tribunaux étatiques

La non-intégration de l'arbitre à un système judiciaire – seconde constatation autour de laquelle s'articule ce rapport – a des conséquences importantes sur la manière dont est menée une procédure arbitrale. En effet, l'arbitre n'a pas en principe à suivre de règles de procédure civile étatique et, sauf de manière très restreinte, il n'est pas soumis au contrôle d'instances

[26] BREDIN, La loi du juge, in: Le droit des relations économiques internationales, Mélanges Goldman, Paris, pp. 23–24.

[27] Tel n'est, toutefois, pas le cas dans tous les ordres juridiques.

[28] BREDIN, précité, p. 23.

supérieures. Quelle influence ces caractéristiques exercent-elles sur le processus arbitral? Avant tout, comme nous le verrons, elles rendent la procédure arbitrale plus souple que la procédure ordinaire. Or cette souplesse n'est un avantage que si la procédure arbitrale est gérée de manière adéquate.

Souplesse et gestion procédurales: voilà les deux aspects de la non-intégration que nous nous proposons d'examiner. Cela ne saurait faire oublier qu'il en existe d'autres. Ainsi la non-intégration a des répercussions sur la façon dont l'arbitre met en œuvre le *droit de fond*. En effet, l'arbitre, s'il a bien un siège, n'a pas de for au même titre qu'un juge. De ce fait, il n'est pas lié comme le juge par les règles de conflit de lois du siège[29]. Par ailleurs, il lui est loisible de recourir à des règles de droit transnational, alors qu'il est généralement admis qu'un tribunal ordinaire est tenu d'appliquer un droit étatique[30]. En outre, contrairement au juge, l'arbitre n'a pas l'obligation d'appliquer les lois d'application immédiate[31] et l'ordre public[32] du pays du siège[31]. Enfin, par opposition au juge, l'arbitre peut être doté de pouvoirs d'amiable compositeur[33]. Dans quelle mesure ces éléments distinctifs provoquent des différences pratiques entre la mise en œuvre du droit par l'arbitre et par le juge reste à être examiné, mais dépasserait le cadre fixé aux rapports qui font l'objet de la présente publication.

[29] Si la question pouvait encore être controversée sous le régime du CIA, elle est maintenant résolue par l'art. 187 LDIP; sur le d.i.p. appliqué par les arbitres, voir not. LALIVE, Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse; in: L'arbitrage international privé et la Suisse, Genève 1977, p. 79, et ANDREAS BUCHER, op. cit. (note 6), pp. 84ss.

[30] Cela semble découler de la comparaison des art. 116 al. 1 et 187 al. 1 LDIP (version française originale). La jurisprudence suisse ne s'est jamais prononcée, alors que des décisions étrangères ont expressément statué qu'un contrat devait être rattaché à un droit national (arrêt de la Cour de cassation française Messageries Maritimes, Rev. crit. 1950, p. 609; arrêt du House of Lords anglais Amin Rasheed Corp. [1983], 3 W.L.R. 241/*249)*. Dans le même sens en doctrine HEINI, Die Rechtswahl im Vertragsrecht und das neue IPR-Gesetz, in Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts, Festschrift Moser, Zurich 1987, pp. 71–72 et références y citées.

[31] Sur le sujet, voir not. MAYER, L'interférence des lois de police, in: L'apport de la jurisprudence arbitrale, Dossiers de l'Institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Paris 1986, p. 31.

[32] Bien que cela soit contesté en doctrine, on ne saurait déduire le contraire de l'art. 190 al. 2 lettre e (voir ANDREAS BUCHER, op. cit. [note 6], pp. 120–121).

[33] Art. 187 al. 2 LDIP.

Autre élément de la non-intégration que nous nous bornerons à signaler: l'arbitre n'a pas *la légitimité et le pouvoir du juge*[34]. L'absence de cette légitimité conduira souvent l'arbitre à être particulièrement prudent en matière de droit d'être entendu. Plus facilement qu'un juge étatique il acceptera de prolonger des délais, de reporter des audiences, de recevoir des pièces produites hors délai; il hésitera aussi à débouter faute de preuves sans avoir au préalable attiré l'attention des parties sur l'insuffisance des éléments au dossier. Par ailleurs, n'ayant pas le pouvoir du juge, l'arbitre sera contraint – en théorie du moins car en pratique il le fera rarement – de recourir à l'assistance technique des tribunaux étatiques dans certains cas[35].

A. Souplesse

La procédure arbitrale est déterminée par les parties ou, à défaut, par les arbitres, et ce en toute liberté[36]. En effet, selon la LDIP, cette liberté n'est restreinte que par le respect du droit d'être entendu et de l'égalité des parties[37]. Elle peut notamment s'exercer en faveur de règles arbitrales, telles les règles CCI ou CNUDCI, qui sont beaucoup moins contraignantes et détaillées que des règles de procédure civile étatique, plus rarement aussi en faveur de règles d'une procédure civile, qui seront alors généralement appliquées par analogie et de manière plus flexible qu'en procédure ordinaire. Il se peut aussi qu'aucun choix de procédure ne soit effectué avant ou au début de l'arbitrage, auquel cas les arbitres trancheront les problèmes procéduraux au fur et à mesure qu'ils surgissent.

En d'autres termes tant dans le choix que dans l'application des règles procédurales, la procédure arbitrale s'avère plus souple que la procédure étatique. Une comparaison imagée illustrera cette différence.

Quand on voyage en train, on s'arrête à heures fixes dans des lieux donnés. En revanche, quand on voyage en voiture, on trace son propre itinéraire. Si le conducteur ne connaît pas le chemin, les passagers risquent des détours, des retards, des arrêts inutiles. Au contraire, s'il connaît la région, s'il étudie la

[34] L'arbitre a la jurisdictio, pas l'imperium (JARROSSON, La notion d'arbitrage, Paris 1987, p. 104).
[35] Art. 183 al. 2, 184 al. 2, 185 LDIP.
[36] Art. 182 al. 1 et 2 LDIP.
[37] Art. 182 al. 3 LDIP.

carte, le voyage sera rapide, empruntant des raccourcis judicieux et faisant halte au bon endroit. Le juge est comparable au conducteur de train: il suit les rails. L'arbitre, lui, ressemble plutôt à l'automobiliste. Comme à l'automobiliste, il lui incombe de tracer un itinéraire: en d'autres mots de gérer la procédure.

B. Gestion procédurale

Avant de se pencher sur les moyens d'une bonne gestion, il faut brièvement s'arrêter aux *objectifs* qu'elle doit permettre d'atteindre. Une bonne gestion a pour but d'aboutir dans un délai raisonnable, pour un coût relativement raisonnable aussi, à une décision finale qui ne donne pas prise à une annulation ou à un refus d'exécution, voire même idéalement à une décision que les parties acceptent comme juste, tant en raison de son contenu que de sa manière.

Comment réaliser ces objectifs? Par quels *moyens* pratiques gérer la procédure arbitrale? Les moyens de gestion sont d'ordres très divers et dès lors difficiles à systématiser. Nous nous contenterons donc d'énumérer un certain nombre d'éléments qui, bien que d'importance inégale et de nature hétéroclite, ont tous pour dénominateur commun de favoriser la réalisation des objectifs évoqués, s'ils sont utilisés à bon escient.

Auparavant remarquons, cependant, qu'en matière de gestion procédurale tout est fonction des circonstances. Une mesure salutaire dans un cas peut s'avérer catastrophique dans un autre. Ce qui importe c'est avant tout que le processus de résolution du litige soit adapté aux besoins spécifiques de l'espèce.

a. Modalités pratiques

Une organisation pratique appropriée peut contribuer de façon non négligeable au bon déroulement de l'arbitrage. Cette organisation comprend la détermination de la – ou des – langues de l'arbitrage (si ce point n'est pas réglé dans la clause arbitrale)[38],

[38] Le problème de la barrière des langues que connaît la justice ordinaire (MARTIN, Probleme des Rechtsschutzes, RDS 1988 II, p. 37) est donc fortement atténué en arbitrage. Cela étant, les parties auront généralement avantage à plaider dans une langue que le président maîtrise bien.

la nécessité et les modalités de traduction ou d'interprétation, la fixation du lieu des audiences (qui peut varier en cours d'arbitrage notamment pour faciliter l'audition de certains témoins)[39], le choix du mode d'établissement des procès-verbaux d'audience, etc.

b. Structure de la procédure

Il va sans dire que pour structurer une procédure de manière adaptée aux besoins, l'arbitre doit avoir une connaissance approfondie du dossier. Cela présuppose qu'il étudie le dossier dès le but de la procédure, puis au fur et à mesure de l'avancement de l'arbitrage, afin d'en façonner le déroulement en conséquence.

L'adaptation aux circonstances de l'espèce inclut toute une série d'aspects. Par exemple, faut-il dissocier l'instruction sur le principe de responsabilité et sur le dommage? Y a-t-il d'autres questions (par exemples le droit applicable) à instruire séparément? Faut-il dresser un acte de mission[40]? Comment le rédiger de sorte à éviter des problèmes procéduraux ultérieurs et, éventuellement, à limiter d'ores et déjà le champ des débats? Une audience initiale de procédure est-elle opportune[41]? Est-il utile de tenir une réunion avec les conseils pour préparer l'audition des témoins? A ce dernier sujet, convient-il d'exiger des déclarations de témoins antérieures à l'audience? Faut-il ordonner une expertise ou se fonder sur les éléments de preuve fournis par les parties? Est-il opportun de soumettre aux parties une proposition de transaction? Convient-il qu'avant de rendre leur sentence, les arbitres discutent des problèmes juridiques avec les avocats? Comment faire le meilleur usage des écritures[42]? Comment limiter les dégâts que peut causer une partie ou un arbitre faisant de l'obstruction?

[39] A distinguer du siège.

[40] Voir not. KARRER, Starting International Arbitration—Pitfalls in the Runway, in: Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international, Zurich 1984, pp. 141–142.

[41] Voir au sujet des audiences de consultation entre arbitres et conseils, HAFTER, op. cit. (note 13).

[42] Ainsi dans des affaires complexes à multiples échanges d'écritures on peut songer à demander aux parties de fournir des résumés avec indication des passages de mémoire et pièces pertinentes; dans d'autres on peut demander la soumission de glossaires techniques, de chronologies récapitulant les faits, etc.

c. Gestion du temps et des coûts

En organisant et structurant la procédure, l'arbitre s'efforcera en particulier de limiter la *durée de l'arbitrage*. Dans ce but, il convient d'éviter les temps morts, parfois même de cumuler les actes de procédure dans le temps. C'est ainsi que, selon les circonstances, l'arbitre peut ordonner une expertise simultanément avec un échange de mémoires sur d'autres points ou prévoir la production simultanée de pièces. Tout en respectant bien sûr le droit d'être entendu, l'arbitre peut également limiter les reports d'audience ou prolongations de délais sollicités par les parties.

Par ailleurs, l'arbitre devrait aussi avoir égard au *coût de la procédure* par rapport au montant litigieux. Le nombre d'audiences, l'ampleur et le type des mesures probatoires notamment influent sur le coût. Ajoutons dans ce contexte qu'en dépit de telles mesures de gestion du temps et des coûts, force est de constater que l'arbitrage reste un mode de résolution des litiges relativement coûteux et parfois lent. Cependant, durée et coût ne semblent pas constituer des problèmes majeurs au même titre qu'en justice ordinaire. Toute la problématique de la protection du faible, liée surtout au coût, est fortement atténuée, voire inexistante en arbitrage.

d. Transparence et prévisibilité

Sans pour autant s'enfermer dans un carcan qui pourrait s'avérer gênant en cas d'événements imprévus, l'arbitre pourra éviter des difficultés en expliquant aux parties le déroulement probable de la procédure et en leur faisant comprendre ce que le tribunal attend d'elles. Comment les interrogatoires de témoins seront-ils menés? Qui posera les questions? Dans quel ordre? En plaidant, les avocats doivent-ils se limiter à des éléments non discutés par écrit? Ce sont là quelques exemples de précisions que les arbitres peuvent donner pour assurer la sérénité et l'efficacité du débat et qui sont particulièrement importantes lorsque les parties ou leurs conseils sont d'origines procédurales différentes.

e. Rôle des arbitres et des parties

La façon dont les arbitres, et dans une certaine mesure aussi les parties, conçoivent leur rôle peut exercer une influence sur la manière dont la procédure est gérée. Nombre *d'arbitres* expérimentés ont pour technique d'instruire une cause plus activement que ne le ferait le juge étatique. C'est ainsi qu'ils demande-

ront par exemple aux parties de s'exprimer par écrit sur des faits ou des arguments juridiques esquivés dans un échange d'écritures antérieur. Ou qu'ils désireront interroger un témoin que les parties n'avaient pas l'intention de faire entendre. Ou encore qu'ils demanderont la production de certains documents que les parties n'entendaient pas soumettre.

Si les arbitres assument leur rôle de manière active, voire «inquisitoriale», les *parties* seront mises à contribution dans une plus large mesure qu'elles ne l'auraient été en procédure ordinaire. Si, au contraire, les arbitres se comportent de manière plutôt passive, les parties qui le désirent, pourront prendre des initiatives infléchissant le cours de l'arbitrage. Si c'est là une occasion de recourir à des tactiques dilatoires, cela peut aussi s'avérer un moyen d'activer le processus. C'est ainsi qu'une partie diligente qui relance régulièrement des arbitres peu actifs, qui demande des actes d'instruction, ou fait des propositions concrètes sur le déroulement de l'arbitrage a des chances réelles de faire bouger les choses.

Conclusion

Nous clorons cette tentative d'approche pratique du fonctionnement de l'arbitrage tel qu'il se dégage du miroir de la justice étatique par trois constatations découlant des considérations qui précèdent. Tout d'abord, le choix de l'arbitre par les parties permet d'éviter nombre d'obstacles sérieux que rencontre la justice ordinaire, telles spécialisation insuffisante ou surcharge. Ensuite, ce même choix crée d'autres difficultés, quasiment inexistantes dans l'administration de la justice étatique, comme les risques de dépendance d'un arbitre. Enfin, la souplesse qu'offre la procédure arbitrale peut également permettre d'échapper à certains problèmes que connaît la justice ordinaire, inadéquation de la procédure aux besoins de la cause, retards, formalisme excessif notamment, mais à condition que l'arbitrage soit bien géré.