

RESUME. — L'arbitrage est un mode conventionnel de résolution définitive des disputes ; les sentences des arbitres ont en effet en droit une valeur au moins équivalente aux jugements rendus par les tribunaux étatiques. Si le législateur considère qu'il y a équivalence, c'est parce que l'arbitrage repose fondamentalement sur la volonté des parties qui se soumettent à l'arbitrage. Elles peuvent en effet décider de se soumettre à l'arbitrage au moment de la conclusion du contrat, puis choisir les arbitres et la procédure. Toutefois, l'extraordinaire évolution de la méthode, sa généralisation, sa banalisation ont partiellement réduit la portée de ce fondement : l'arbitrage s'impose de plus en plus et les organismes privés qui se chargent de l'encadrer jouent un rôle toujours plus important, à côté des autorités judiciaires. La thèse de l'auteur est que la qualité de l'arbitrage ne dépend plus seulement de la qualité des arbitres, mais aussi et d'abord de la qualité, de l'indépendance et de la fiabilité des institutions d'arbitrage.

Mots-clés : Arbitrage - volonté des parties
- institutions d'arbitrage

ABSTRACT. — Arbitration is a conventional way to solve disputes once and for all; the arbiters' sentences have indeed at least the same value as the awards made by state courts. If the lawmaker sees them as equivalent, it is because arbitration fundamentally rests not on the will of the parties who are accepting to arbitrate. They may decide to arbitrate when concluding the contract, and then choose the arbiters and the procedure. However, the extraordinary evolution of the method, its generalization, its wide practice have in part reduced the scope of these foundations: arbitration is more and more asserting itself and the private organisms controlling it play an ever growing role aside the judicial authorities. The author maintains that the quality of arbitration is no longer depending on the quality of the arbiters but also and primarily on the quality, the independence and the dependability of the arbitration institutions.

Key words : Arbitration – will of the parties – arbitration institutions

Cet article correspond à l'intervention de Monsieur Pierre Tercier au colloque de l'Association française de philosophie du droit et de l'Académie des sciences morales et politiques consacré à l'arbitrage et dont les actes ont été publiés dans notre tome 52.

L'équipe des *Archives* adresse à l'auteur, ainsi qu'à nos lecteurs, ses excuses pour l'incident technique qui n'a pas permis de joindre ce texte au volume collectif approprié.

L'arbitrage et les entreprises

Pierre TERCIER¹

*Professeur émérite à l'Université de Fribourg – Suisse
Président honoraire de la Cour internationale d'Arbitrage de la CCI – Paris*

INTRODUCTION

Le thème sur lequel il m'a été demandé de présenter quelques réflexions personnelles a trait aux relations qui existent entre l'arbitrage et les entreprises qui y recourent, dans une perspective non technique mais théorique et pratique. Trois précisions s'imposent d'emblée :

1° *L'arbitrage*. La notion est connue ; il s'agit d'une méthode conventionnelle conduisant au règlement définitif des litiges². Son importance s'est considérablement accrue ces dernières années, surtout dans les relations internationales. Plus familier de la matière, je mettrai l'accent sur l'arbitrage commercial international qui présente, en partie du moins, des spécificités propres³. Et encore : il est manifeste en effet qu'il existe de très nombreux types d'arbitrages et qu'il est périlleux de vouloir en parler comme si la notion, parfaitement homogène, n'appelait pas de nuances peut-être essentielles. Il faut en particulier signaler deux variétés importantes :

1 Ce texte correspond pour l'essentiel à la contribution que j'ai présentée lors du Colloque organisé à Paris le 7 novembre 2008 sur le thème de « L'arbitrage », par l'Association française de philosophie du droit et l'Académie des sciences humaines. Il garde le style et l'empreinte d'une présentation orale.

2 Il existe de très nombreuses définitions, plus complètes et plus précises. Voir par exemple : H. Morulsky (*Écrits*, T. II, *Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz 1974, p. 2 n° 2) : « une justice privée, dont l'origine est normalement conventionnelle » ; Ch. Jarrosson, *La Notion d'arbitrage*, LGDJ 1987, n° 785 : « L'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci ».)

3 On notera que l'arbitrage n'est évidemment pas le seul mode de règlement conventionnel des disputes ; on observe au contraire en pratique l'émergence de méthodes plus ou moins nouvelles, fondées notamment sur des approches négociées, par la médiation, la conciliation, l'expertise ou d'autres techniques assimilées ; à la différence toutefois de l'arbitrage, elles ne sont en principe pas contraignantes et surtout n'aboutissent pas nécessairement à un règlement définitif sans l'accord de toutes les parties concernées. Il n'en sera donc pas spécialement question.

- *Les arbitrages dits internes* (« domestiques »), auxquels certaines législations réservent un traitement particulier, par ce motif – avéré ou non – qu'il répond à des exigences différentes, en raison de son enracinement plus marqué dans l'administration de la justice de l'État considéré⁴.
- *Les arbitrages dits d'investissement*, qui reposent sur un fondement partiellement différent puisque les prétentions qui en font l'objet ne reposent pas (prioritairement) sur un contrat⁵, mais sur un traité, avant tout un traité bilatéral ou multilatéral de protection des investissements. Si consentement il y a pour l'État recherché, c'est le consentement donné au traité. La matière présente de nombreuses spécificités propres, qui justifieraient une analyse partiellement différente⁶.

2° *Les entreprises*. Le terme sera pris ici dans le sens le plus large, visant toutes les parties, personnes physiques ou personnes morales, qui font appel à des arbitres pour trancher la difficulté qui les oppose ; celle-ci concerne le plus souvent le monde des affaires mais on sait que l'institution peut avoir d'autres applications (par exemple en droit des successions). Il est manifeste également que l'arbitrage peut concerner des entités très diverses et qu'il est de ce fait nullement certain que les remarques qui suivent vaudront sans adaptation pour tous les cas de figure. On peut en particulier évoquer deux catégories particulières :

- *Les entreprises internationales de format mondial*. L'arbitrage a certes été conçu pour les besoins du commerce, mais on peut se demander si les combats de géants auxquels on assiste peuvent encore y être assimilés. On sait qu'il est des procédures portant sur des centaines de millions, voire des dizaines de milliards de dollars. La différence est-elle seulement quantitative ? Ne devient-elle pas qualitative ?
- *Les États*. Du fait de la globalisation et de la privatisation, les États sont aujourd'hui engagés dans des procédures commerciales, directement ou par entités publiques interposées⁷ ; il est évident que cette dimension, nouvelle à bien des égards par rapport aux conceptions qui avaient cours dans les premiers développements de l'institution, modifie sensiblement les perspectives, les attentes et les pratiques. Le raisonnement devrait être également poursuivi pour l'intégration des

4 Il serait au passage intéressant dans notre perspective de développer une analyse – juridique, puis critique – des critères qui sont appliqués dans ces législations pour distinguer les arbitrages « internes » des arbitrages « internationaux » ; il est manifeste que l'on peut en particulier retenir un critère formel (le siège des entreprises parties à la procédure) ou matériel (la nature des relations visées par l'objet du litige).

5 Il est vrai que la violation d'un contrat peut exceptionnellement et à des conditions qualifiées constituer également la violation d'un traité, mais c'est ce second aspect qui est seul déterminant.

6 Pour une analyse critique récente, parmi beaucoup d'autres, cf. S. Besson, « La légitimité de l'arbitrage international d'investissement », *Jusletter* du 25 juil. 2005.

7 Selon les statistiques publiées par la Cour internationale de la Chambre de commerce internationale, cela représente ces dernières années plus de 10 % de toutes les parties engagées dans des procédures d'arbitrage soumises à cette Institution. Cf. notamment le dernier Rapport statistique in *Bulletin de la CCI*, Vol. 19/n° 1, oct. 2008.

États dans les procédures d'investissement auxquelles on vient de faire allusion.

3° *La perspective.* Comme la prétention de l'auteur est sans limites, cette contribution a été proposée à un aréopage de philosophes, alors que, par ses intérêts et ses expériences, il se sentirait plus à l'aise pour discuter de la valeur des clauses dites « pathologique » ou de l'audition des témoins que de l'arbitrage comme tel. Il est fondamental toutefois que l'on revienne aux problèmes de fond. D'autres que moi ont su prendre le recul nécessaire et il n'est pas question pour moi de vouloir me mesurer à eux⁸. Deux réserves toutefois en forme de déclaration de non-responsabilité :

- L'aveu d'incompétence qui vient d'être fait n'est pas de pure forme ; ayant un peu rapidement et légèrement accepté de présenter cet exposé je n'avais pas d'autre choix que de m'acquitter de ma promesse. Puisse-t-il au moins servir d'introduction à des lecteurs moins familiers de l'arbitrage et allumer chez les autres critiques et réflexions.
- Comme le texte ne s'adresse pas d'abord à des spécialistes de la matière, il présente un caractère très général, qui décevra certains. Pour cette même raison, il est dépourvu de l'armature critique qui lui aurait donné réelle valeur scientifique, et il ne rend pas justice dans cette mesure à tous ceux dont les écrits, les conférences ou les propos ont nourri ces quelques réflexions⁹.

Le fond du problème est connu et tient en *deux affirmations de base* :

- La première est que l'arbitrage est aujourd'hui presque universellement reconnu comme *un mode de résolution des litiges en tous points équivalent à la justice étatique*. Une sentence arbitrale a en principe les mêmes effets qu'un jugement : elle tranche de manière définitive le litige qui oppose les parties et permet à celle qui a eu gain de cause d'en obtenir l'exécution forcée à l'aide des organes étatiques. La reconnaissance en est même plus forte au niveau international par le fait que plus de cent quarante États ont aujourd'hui ratifié la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Œuvre géniale et novatrice, la Convention réalisait avant l'heure la globalisation des relations commerciales dans leur phase conflictuelle¹⁰. C'est bien là le paradoxe du système qui veut qu'un État accepte de mettre ses services à l'exécution d'une décision prise à

8 Voir surtout B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris 1995. Plus récemment E. Gaillard, *Philosophie de l'arbitrage*, Paris 2008.

9 Cf. également J.-F. Guillemin, sur « Les nouvelles attentes des entreprises en matière d'arbitrage », *Rev. arb.*, 1996, p. 583.

10 Il est juste de rappeler qu'elle tire son origine du Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et de la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales, adoptés au sortir de la Première Guerre Mondiale, afin de réduire les risques de conflits. C'est l'affirmation indirecte que la paix est aussi faite d'une résolution organisée des disputes commerciales.

l'étranger dans un cadre strictement privé, alors que le principe n'est pas admis de manière aussi large pour des jugements étrangers¹¹.

- La seconde affirmation est que l'arbitrage doit de ce fait jouir *d'une légitimité au moins comparable* à celle des justices étatiques. Celles-ci reposent sur la structure démocratique, voulue, organisée et entièrement aménagée par l'État. L'arbitrage est également reconnu par l'État, qui en encadre le fonctionnement ; cette reconnaissance puise ses racines dans l'histoire et elle est partagée par la très grande majorité des États. Mais la particularité tient au fait que cette reconnaissance repose entièrement sur la valeur fondamentale de l'autonomie privée : Selon les principes qui ont cours dans un régime juridique libéral, toute personne a le droit de disposer de ses biens, ce qu'elle peut donc aussi faire en chargeant un particulier d'en disposer. Ce qui est particulier, c'est que l'arbitrage n'est pas seulement obligatoire ; par la sanction de l'État, il devient même contraignant et exécutoire. C'est un hommage supplémentaire rendu à la volonté individuelle, qui ne se borne pas à créer des rapports de droit, mais accepte de les figer dans une sentence arbitrale.

C'est évidemment cette seconde affirmation, liée à la précédente, qui appelle quelques réflexions supplémentaires : Le principe de l'autonomie privée est à la base de tout notre droit des contrats, en vertu de la fameuse formule « qui dit contractuel dit juste ». De la même manière, l'arbitrage, choisi et accepté par les parties, trouve dans l'autonomie privée sa principale légitimité. Sortant du cadre un peu idéal qui est celui que nous ont livré les codifications du XIX^e siècle, on doit s'interroger sur la validité de ce fondement et ses limites.

À y regarder de plus près, les entreprises qui se soumettent à l'arbitrage peuvent faire usage de leur liberté à *deux stades* :

- D'abord lorsqu'elles acceptent une clause arbitrale, (en principe) au moment de la conclusion du contrat¹²; on s'y attachera dans la première partie.
- Puis, une fois la clause signée, lorsqu'elles choisissent leur arbitre et aménagent la procédure, (en principe) au moment où survient un litige¹³; on l'évoquera plus brièvement dans la seconde partie¹⁴.

11 La reconnaissance dépend dans ce cas de traités internationaux bilatéraux ou multilatéraux mais à portées réduites.

12 Elles peuvent théoriquement le faire ultérieurement, ce qui ne change évidemment rien au problème.

13 Elles pourraient théoriquement – et elles le font exceptionnellement – convenir dans la clause arbitrale de la ou des personnes qui agiront en qualité d'arbitres, et surtout décrire de manière plus détaillée les grandes lignes de la procédure.

14 À noter que ces aspects sont moins marqués au cas où les parties, qui ne sont pas liées par une clause arbitrale, décident néanmoins de confier à des arbitres la résolution du conflit qui les oppose ; c'est le domaine des « compromis », qui appelleraient des remarques un peu différentes puisque les choix sont faits dans des conditions qui laissent plus de place à l'autonomie. Il n'en sera pas question ici.

I. — AU MOMENT DE LA CONCLUSION DU CONTRAT : LE CHOIX DE L'ARBITRAGE

On l'a dit, la première manifestation de la liberté, la plus fondamentale parce qu'irrévocable sans l'accord des autres parties concernées, est la décision d'une entreprise de se soumettre à l'arbitrage. Or, qui veut saisir ce qu'implique un tel choix doit s'interroger sur sa portée d'abord, ses conditions d'exercice ensuite.

A. — *La portée du choix*

La partie qui signe une clause arbitrale s'engage à soumettre un éventuel litige non à la connaissance ordinaire des tribunaux étatiques compétents, mais exclusivement à celle des personnes qu'elle choisira, selon les conditions fixées par la clause. Ce choix comprend donc nécessairement deux aspects : la renonciation aux procédures étatiques, et l'acceptation par substitution d'une autre solution qui en est l'équivalent.

1 - La renonciation à la juridiction étatique

Inutile de rappeler que le droit au juge naturel fait partie des attributs traditionnellement reconnus à tout être humain. Le principe est inscrit dans les grandes déclarations ; acquis de haute lutte à travers les siècles, il joue un rôle essentiel dans la plupart des systèmes juridiques qui sont les nôtres¹⁵. Il se trouve aujourd'hui en particulier consacré par la Convention Européenne des Droits de l'Homme (article 6), qui sert de socle à une construction jurisprudentielle fondamentale. On en déduit que toute personne a droit à ce qu'un organe étatique tranche une difficulté, lorsqu'elle prétend pouvoir déduire un droit de l'ordre juridique. C'est le principe le plus élémentaire, auquel on ne peut renoncer qu'à des conditions limitatives, qui ne pourront être totalement ignorées lorsqu'on aborde l'arbitrage.

Or, le système étatique présente quatre particularités au moins :

- *Un système institutionnel.* L'organe auquel une entreprise peut faire appel est en principe intégré aux structures étatiques. Il forme un corps constitué, organisé par des lois, dont les membres sont nommés ou élus selon une procédure démocratique ; ces personnes – les magistrats – disposent le plus souvent d'une formation spéciale et exercent leurs fonctions de manière durable.
- *Un système réglementé.* Ce système repose sur des règles de procédure, adoptées démocratiquement par l'État, identiques pour tout le monde et qui fixent de manière plus ou moins stricte toutes les formalités et mesures que devront respecter les juges et les parties. Ces règles correspondent aux exigences que le législateur considère comme les plus appropriées et les plus équitables. Les entreprises savent en conséquence ce qu'il faut faire et ce à quoi elles peuvent s'attendre.

¹⁵ Qu'on autorise le citoyen suisse à rappeler que l'origine de la Confédération helvétique (1291) remonte à la volonté des valeureux montagnards de ne plus être soumis à la juridiction des seigneurs étrangers, mais à leurs propres juges.

- *Un système contrôlé.* Sauf pour des affaires particulières, l'autorité judiciaire est hiérarchisée, structurée de manière pyramidale, ce qui permet un contrôle interne des décisions qui sont prises. Non content de confier la tâche de juger à des personnes compétentes et spécialement formées à cette fin, l'État s'assure que leur activité est elle-même contrôlée par le biais des recours qu'une entreprise peut exercer, de manière plus ou moins large, devant une autorité supérieure.
- *Un système garanti.* De manière plus fondamentale encore, l'État offre les moyens minimums permettant à toute personne d'avoir accès à la justice. C'est l'exigence de l'assistance légale ou judiciaire. Qui est dans le besoin peut bénéficier gratuitement des services adéquats et ses frais de représentation seront pris en charge par l'État.

2- Le remplacement par l'arbitre.

La particularité de l'arbitrage, on l'a dit, est que les entreprises ne peuvent renoncer à ce que l'on vient de décrire que parce qu'elles se soumettent à un système qui est jugé équivalent. La légitimité démocratique de l'ordre judiciaire est sacrifiée par une série de mesures qui sont réputées la remplacer pleinement. Reprenons les éléments évoqués en les adaptant à l'arbitrage :

- *Un système privé.* Au lieu de recourir à une institution, les entreprises choisissent une personne. C'est évidemment le point le plus fondamental : Si elles renoncent à emprunter les voies de l'ordre judiciaire compétent, c'est parce qu'elles ont la possibilité de choisir une personne qu'elles connaissent ou sont censées connaître, et à laquelle elles font pleine confiance. L'individu est préféré à l'institution. Cela aura des conséquences sur la qualité de cette personne, notamment son indépendance ; on y reviendra brièvement dans la seconde partie.
- *Un système souple.* Au lieu de se soumettre à une procédure réglementée, les parties se réservent le droit de définir avec leurs arbitres les règles qui régiront la procédure. Il leur est possible par ce biais de trouver une méthode mieux adaptée aux spécificités du cas et aux attentes des parties. On échappe au « prêt-à-porter judiciaire » pour le « sur-mesure arbitral » ; la souplesse remplace la rigueur. La liberté n'est certes pas totale, puisqu'il conviendra de respecter des exigences minimales, sur lesquelles on reviendra également.
- *Un système autonome.* Au lieu de pouvoir profiter des mécanismes de contrôle, les parties optent pour une solution autonome, à caractère définitif. Qui décide de sortir des voies judiciaires ne peut demander à les réintégrer au cas où la décision rendue ne lui donnerait pas satisfaction. On verra qu'il existe néanmoins quelques contrôles, sur la sentence et son exécution, mais ils sont la plupart du temps extrêmement limités, pour ne pas dire inexistantes.
- *Un système non garanti.* Sans plus pouvoir bénéficier au besoin de l'assistance légale, les parties choisissent un système qui sera entièrement à leur charge, non seulement les honoraires des conseils, mais également

ceux des arbitres. Même s'il est vrai que l'arbitrage, à l'origine du moins, concerne des entreprises financièrement à l'aise, la question peut se poser et se pose, surtout au vu de l'accroissement sensible des coûts de la procédure. Il est vrai qu'il existe quelques correctifs, mais ils sont incertains, lourds et compliqués ¹⁶.

B. — *Les conditions d'exercice du choix*

1 - Les conditions légales

L'État ne peut reconnaître valeur équivalente à l'arbitrage qu'au prix de quelques conditions minimales. Celles-ci manifestent le plus souvent une certaine réticence, dictée par le fait que la méthode devrait avoir un caractère exceptionnel et être réservée aux entreprises commerciales pour lesquelles elle paraît spécialement adaptée. Ces conditions peuvent varier et varient en réalité souvent fortement d'un système juridique à l'autre, mais il est possible de les réduire à trois exigences essentielles :

- *Sur le principe.* L'arbitrage est en principe réservé aux milieux d'affaires, à même de juger de son importance. Il convient en conséquence d'interdire l'arbitrage, sans égard à l'accord qui peut y avoir été donné, dans des domaines touchant des intérêts particulièrement sensibles et des parties en situation de faiblesse. C'est le principe dit de « l'inarbitrabilité ». Il serait révélateur d'en étudier les cas, sans doute différents selon les systèmes juridiques, pour dégager par contraste une image de l'arbitrage. La tendance paraît toutefois aujourd'hui de plus en plus favorable à l'arbitrage, une preuve supplémentaire de sa généralisation et de sa banalisation, même si l'on ne peut totalement exclure un revirement dans certains États.
- *Sur la forme.* Chaque fois qu'il éprouve quelque réserve à une solution forte, le législateur se donne bonne conscience en posant une exigence spéciale de forme, partant de l'idée que le fait pour une partie d'apposer sa signature au bas d'un document suffit à garantir qu'elle en a saisi le sens et la portée. L'inconvénient est qu'en pratique, la précaution, trop fréquemment utilisée, a perdu ses effets preventifs. Les juges et les arbitres n'y attachent pas toujours le même poids. La constatation se retrouve dans la pratique arbitrale : l'exigence de l'écrit n'est plus interprétée strictement, du moins comme elle l'était à l'origine ; elle n'empêche nullement que des parties non signataires soient attirés à la procédure s'il apparaît qu'elles y ont en fait de quelque façon consenti.
- *Sur les conditions-cadre.* C'est le dernier point, finalement le plus fondamental : il consiste pour l'État à fixer les conditions minimales qui

¹⁶ Une des solutions consiste précisément à résoudre ou faire résoudre la clause arbitrale, pour réintégrer les voies judiciaires et profiter par ce biais des avantages de l'assistance. Sur cet objet, cf. la décision *Winner France c/ RAKS DIS TICARET (Turquie)*, CCI 9667, sentence du 10 août 1998, Recueil des sentences CCI, vol. 4, p. 579 ; *Rev. arb.*, 2002, p. 1009.

doivent être réunies pour qu'un arbitrage soit reconnu ; les réponses dépendent des législations nationales, mais, en dernière analyse, ce sont celles posées par la Convention de New York qui sont déterminantes. Ces exigences restent limitées et concernent surtout les fondements et les conditions de la procédure arbitrale : la validité de la clause arbitrale, la composition du Tribunal arbitral et sa compétence, le respect des principes élémentaires de procédure ; il n'y revanche pas de véritable contrôle du fond, à l'exception du cas où la solution des arbitres serait manifestement contraire à l'ordre public.

2 - Les limitations de fait.

Sous ces réserves, les parties peuvent librement choisir l'arbitrage et elles le font dans la majeure partie des cas en connaissance de cause. C'est donc largement avec raison que l'on reconnaît pleine valeur à ce choix et par voie de conséquence pleine légitimité à l'arbitrage. Cela n'interdit pas de s'interroger tout de même sur quelques limitations de fait.

- *Sur le principe d'abord.* Il est aujourd'hui évident que l'arbitrage est devenu en pratique un mode ordinaire de résolution des disputes, voire « le » mode ordinaire de résolution des litiges internationaux. D'exceptionnel qu'il pouvait être à l'origine, il est devenu incontournable. Cela tient à plusieurs raisons qui ne peuvent être qu'évoquées :
 - La neutralité de l'arbitrage. Une procédure judiciaire ne peut avoir lieu que devant les juges de l'État d'une des parties, un avantage difficilement conciliable avec l'égalité qui préside à leurs rapports. L'arbitrage consacre par contraste une solution « neutre », détachée des juridictions nationales. La constatation a un caractère général, indépendant de la qualité des tribunaux, qui est souvent – mais pas toujours – excellente.
 - La spécialisation de l'arbitrage. Les juges étatiques ne paraissent souvent ni formés ni préparés ni armés pour traiter de cas internationaux ; il y faut une compréhension des spécificités du monde des affaires, une ouverture aux droits étrangers et aux principes supra-nationaux, souvent une bonne connaissance des langues étrangères, et par-dessus tout une grande disponibilité¹⁷. Or ce sont là précisément les qualités que peuvent offrir les arbitres. Encore une fois, ce n'est pas un jugement de valeur mais une constatation.
 - La généralisation de l'arbitrage. La solution s'est à ce point développée ces dernières années qu'elle paraît aujourd'hui s'imposer. Qui veut participer aux grands échanges commerciaux internationaux doit accepter de s'y soumettre. C'est un changement fondamental de paradigme, qui permet aux arbitres et aux juges

¹⁷ Lors de la discussion qui suivit ce rapport, le Président de séance, le Professeur Claude Reymond rappelait le propos du Président Pierre Bellet qui affirmait que, comme juge, il ne pourrait jamais disposer comme en arbitrage du temps que nécessite l'examen d'un gros dossier international.

d'interpréter souvent très largement les clauses arbitrales ; un peu de volonté suffit.

Il est dès lors incontesté parce qu'incontestable que l'arbitrage repose sur la volonté des parties, mais force est de reconnaître que celles-ci n'ont en réalité plus grand choix. Celui-ci est évidemment plus étroit encore lorsqu'une partie en position dominante parvient à imposer sa volonté à l'autre, mais c'est un autre sujet. Si le principe est acquis, toute la négociation est reportée sur les modalités.

- *Sur les modalités de l'arbitrage.* On peut en effet affirmer que le recours à l'arbitrage n'a comme tel qu'une signification réduite, tant que ne sont pas définies les conditions dans lesquelles il se déroulera. Or ces conditions peuvent énormément varier ; le choix du principe n'a de sens véritable qu'au vu des modalités qui en aménagent le cadre et les conditions. Trois aspects surtout :
 - Le type d'arbitrage. Les parties peuvent opter entre les arbitrages « ad hoc » et les arbitrages institutionnels ; chacune des voies présente elle-même ses variétés : les arbitrages ad hoc en fonction du siège de l'arbitrage qui va largement en dicter les conditions, et les arbitrages institutionnels, selon l'institution choisie. Si l'on connaît les plus grandes et les plus répandues, il en existe en réalité plusieurs centaines, plus ou moins respectables, plus ou moins fiables. Or elles sont loin de toutes offrir le même service, de l'administration personnelle et financière à l'encadrement généreux de la procédure.
 - Le siège de l'arbitrage. L'arbitrage, qu'il soit ad hoc ou institutionnel, n'est pas compris, n'est pas aménagé de la même manière selon l'État du siège. La réponse dépend d'abord des choix législatifs, mais aussi et plus encore de l'attitude des tribunaux étatiques à l'égard de l'institution. Certains y sont très favorables ; d'autres au contraire très récalcitrants¹⁸.
 - La procédure d'arbitrage. À moins qu'elles ne se soient soumises à un cadre pré-établi, les parties ont la faculté d'organiser dans leur clause des éléments importants de la procédure : la méthode de nomination des arbitres, la durée de l'arbitrage, l'exclusion des voies de recours. Chacun de ces aspects a son importance en ce qu'il influencera plus tard le cours de la procédure sans qu'il soit possible d'y revenir.

C'est dire que si, sur le principe, la négociation n'a pas un rôle central, elle reste essentielle sur les modalités. Or cet aspect est trop souvent négligé, la discussion des clauses de résolution des disputes n'étant engagée qu'à la fin des pourparlers, à un moment où il n'est plus possible de remettre en cause l'accord commercial qu'il complète. Cela explique largement le nombre inquiétant de clauses pathologiques que l'on rencontre et surtout les surprises

¹⁸ On sait que l'importance du choix du siège est plus restreinte dans certains systèmes – dont le droit français – par référence à la théorie de la délocalisation. Celle-ci donne plus de valeur encore à la volonté des parties, elle joue toutefois avant tout un rôle en relation avec l'exécution des sentences.

que peut éprouver une partie qui n'y a pas prêté suffisamment attention. La liberté, c'est ici la liberté d'être lié.

II. — AU MOMENT DE LA SURVENANCE DU LITIGE : LE CHOIX DE L'ARBITRE ET DE LA PROCEDURE

On l'a dit, la légitimité principale de l'arbitrage fondée sur la volonté des parties ne prend sens qu'au moment de la survenance du litige ; par la liberté qu'ont les parties principalement de nommer leurs arbitres, accessoirement de déterminer les règles de la procédure. La liberté de choisir l'arbitrage repose en dernière analyse sur la liberté de choisir son arbitre et de fixer la procédure. C'est sous ces deux aspects qu'il importe dès lors de vérifier la portée véritable de la liberté, ce que l'on ne fera que de manière (encore plus) superficielle.

A. — *Le choix de l'arbitre*

Comme pour l'exercice de chaque liberté, il importe de commencer par examiner ce qu'elle implique pour passer ensuite ses limitations en revue.

1 - La portée du choix.

Il est exact et fondamental de dire que les parties sont libres de choisir « leur » arbitre ou leurs arbitres. La formule mérite toutefois d'être précisée et relativisée.

- *Le choix « commun »*. Dans de nombreux cas, le choix de l'arbitre ne sera pas le fait d'une seule, mais au mieux des deux parties. Il en va évidemment ainsi lorsque la clause prévoit que le litige sera tranché par un arbitre unique, puisqu'il est alors nécessaire qu'elles tombent (toutes) d'accord sur un nom ; la liberté des parties est une liberté partagée. La solution est aussi particulière pour la nomination du président d'un tribunal arbitral de trois membres ; en général la clause prévoit qu'il appartient aux deux arbitres désignés de choisir le président ; la liberté de choix des parties passe dans ce cas par l'intermédiaire de celle des co-arbitres que chacune a proposés. Il est vrai que les arbitres prendront en général un contact préalable avec les parties, afin de s'assurer que celles-ci ne manifesteront aucune objection fondamentale à l'encontre de la personne qu'ils envisagent de nommer, ce qui pourrait sinon nuire à l'autorité morale et l'acceptation du tribunal arbitral.
- *Le choix « individuel »*. Dans le cas d'un tribunal arbitral composé de plusieurs membres, mais dans ce cas uniquement, la clause prévoit en général qu'une partie est en droit de proposer « son » arbitre. La formule est dangereuse, fautive et maladroite. Elle éveille l'impression que l'arbitre (« l'arbitre de partie ») sera le représentant de cette partie dans le tribunal, alors qu'une fois désignée, cette personne n'est qu'un membre du tribunal arbitral auquel il est par la suite interdit d'avoir contact avec cette partie et fait obligation de trancher dans la plus totale indépendance. La composition définitive du tribunal arbitral dépend des choix effectués par

l'autre partie et les arbitres ; le choix dit individuel n'est qu'un élément d'un choix commun.

Cette liberté est évidemment différente si les parties ou les arbitres ne parviennent pas à s'entendre. Elle se transforme alors dans le consentement qui a été implicitement ou expressément donné à ce qu'un tiers fasse ce choix à la place des parties ou des arbitres. La liberté subsiste, mais son usage est limité. Or ces situations sont fréquentes, en tout cas si l'on consulte les statistiques de la Cour d'arbitrage de la CCI : près de trois quarts des cas pour les arbitres uniques et près d'un quart pour les présidents de tribunaux arbitraux. Il faut pour le reste distinguer :

- *La désignation par le juge d'appui.* À défaut de précision dans la clause, c'est au juge d'appui de l'État du siège qu'il appartiendra de faire ce choix. La solution retrouve sa légitimité dans les voies étatiques. Il est vrai qu'en pratique, il ne sera peut-être pas toujours facile au juge, peu familier du monde de l'arbitrage, de faire toujours un choix judicieux.
- *La désignation par une institution.* En présence d'une clause faisant référence à un Règlement, la désignation se fera le plus souvent par l'intermédiaire d'une institution. La solution fait appel à un organisme privé, qui connaît ou est censé connaître le milieu de l'arbitrage. Encore faut-il pour cela que l'institution elle-même fasse preuve d'une indépendance suffisante. En dépit de la qualité qu'elles peuvent présenter, il est nullement certain que cette condition soit toujours remplie.

Compte tenu du développement considérable du recours à l'arbitrage institutionnel et du nombre important de cas dans lesquels les parties se montrent incapables de se mettre d'accord, cette méthode joue en pratique un rôle central. Sans doute est-elle bien « voulue » par les parties, mais sa généralisation donne au système une dimension partiellement nouvelle. La procédure ne sera pas soumise au juge étatique mais à l'arbitre désigné par un juge ou un organisme tiers ; de purement privée qu'elle devait être à l'origine, elle redevient institutionnelle, mais dans un cadre modifié. La tendance va d'ailleurs se renforçant, notamment en présence d'arbitrages multipartites qui peuvent conduire l'institution à nommer tous les membres du Tribunal arbitral¹⁹.

2 - Les limitations du choix.

À la différence de ce qui vaut dans un système juridictionnel, toute personne peut être désignée comme arbitre, sans qu'il soit exigé d'elle des qualifications ou des titres particuliers. On peut néanmoins signaler deux sortes de limitations :

- *Les limitations de droit.* S'il est un point sur lequel tout le monde s'accorde, c'est que l'arbitre proposé, désigné ou nommé, doit faire preuve d'une indépendance et d'une impartialité au moins comparables à celles d'un juge.

¹⁹ Cf. par exemple l'article 10 du Règlement d'arbitrage de la CCI.

On trouve l'exigence expressément formulée dans les lois nationales régissant l'arbitrage, ainsi que dans les Règlements d'arbitrage. La sanction réside dans les procédures de récusation. Le point est incontesté, même si l'application qui en est faite par les juges et les institutions peut sensiblement varier. Les jurisprudences se développent, qu'elles soient nationales ou institutionnelles, comme les directives émises par certaines institutions pour tenter d'harmoniser les solutions²⁰.

Les autres exigences sont moins clairement définies. Les clauses arbitrales exigent parfois certaines qualifications spéciales (formation, spécialité, connaissance des langues, nationalité), mais il n'existe pas de principes généraux. Sans doute peut-on admettre que les personnes envisagées doivent avoir toutes les qualités qu'on attend d'un arbitre et qui ont été évoquées plus haut. Il n'y a toutefois pas de véritables contrôles, surtout lorsque la proposition est faite par une partie. En soi, les procédures de récusation pourraient (devraient) s'étendre à d'autres empêchements, mais la pratique est (encore ?) très restrictive à ce sujet.

- *Les limitations de fait.* Qui mesure le risque qu'emporte le choix d'un arbitre ne réunissant pas les qualités attendues fera appel à des personnes connues, expérimentées, ayant sur le marché pignon sur rue. C'est ainsi que s'est formé un groupe d'arbitres internationaux de haut niveau auxquels il est régulièrement fait appel ; ce groupe exerce d'ailleurs indirectement un contrôle sur ses membres, par le biais d'une auto-régulation informelle. Il est vrai dans cette mesure que le choix paraît limité. La constatation a suscité de vives critiques de la part de ceux qui voudraient voir le cercle s'élargir, non seulement en nombre mais en provenances ; les évolutions récentes démontrent que c'est de plus en plus le cas et il faut saluer ce phénomène et l'encourager.
- L'élargissement n'est pas sans risque non plus quand on se souvient que l'arbitrage est une activité lucrative (un « business ») ; il importe de tout mettre en œuvre pour éviter une commercialisation de l'arbitrage, propre à générer des dérapages dont les conséquences pourraient rapidement devenir catastrophiques.

B. — *Le choix de la procédure*

L'autre élément du choix concret des parties est leur participation à la définition des règles qui régissent la procédure arbitrale. L'affirmation mériterait à nouveau bien des développements qui seront ici uniquement effleurés :

- *La flexibilité de la procédure.* L'avantage majeur de l'institution est qu'il est possible, au nom de son caractère supra-national, de trouver une procédure qui soit autant que possible adaptée aux attentes des deux parties. La recherche n'est pas trop difficile si les parties appartiennent toutes à des

20 Cf. surtout les Directives de l'IBA sur les conflits d'intérêts.

systèmes faisant plus ou moins partie de la même famille ; les choses se compliquent dès que ce n'est plus le cas. Il importe alors que les deux parties parviennent avec les arbitres à se mettre d'accord sur les options de base d'abord, les détails ensuite ; l'exercice n'est pas aisé quand on connaît les différences qui peuvent exister d'une tradition juridique à l'autre.

- *La standardisation de la procédure.* C'est évidemment pour tenter de résoudre ces difficultés que se sont développées des pratiques et qu'ont été proposées des directives propres à réconcilier tout le monde sur un modèle unique. On connaît en particulier les Directives de l'International Bar Association, qui rendent d'incontestables services et connaissent un réel succès. On y trouve sans doute fortement la marque des procédures anglo-américaines, avec toutes leurs qualités mais certains de leurs défauts et de leurs dérives. L'évolution est toutefois remarquable qui voit la pratique et des organismes privés combler le vide juridique laissé par les législateurs.
- *La complication de la procédure.* Le plus grand risque de cette évolution réside dans le fait que les procédures deviennent de plus en plus lourdes, de plus en plus compliquées et donc de plus en plus coûteuses, rendant les actions prohibitives pour certaines parties. C'est sans doute l'un des défis des années qui viennent que de savoir trouver une formule qui sauvegarde la première qualité de l'arbitrage : sa souplesse et sa simplicité.

CONCLUSION

L'arbitrage est un mécanisme subtil, largement né des besoins de la pratique et pour cette raison le plus souvent adaptée aux attentes des entreprises. Il reste certes fondé sur le choix des parties, même si on ne peut nier que la part qu'y joue la volonté n'est pas (ou plus) aussi grande qu'on le dit parfois. Le fait est que la méthode s'impose en réalité de plus en plus, non comme une solution exceptionnelle, mais comme le mode normal de résolution des disputes commerciales internationales. C'est dire que son fondement se modifie dès lors que, de purement privé qu'il était à l'origine, il tend de plus en plus à devenir institutionnel.

S'il réunit d'évidentes qualités, l'arbitrage présente aussi des risques considérables de dérapage, d'autant plus grands qu'il n'y a guère de contrôle judiciaire. La clé réside dans la qualité et l'indépendance des arbitres. Or, dans cette évolution, ce sont sans doute les institutions d'arbitrage qui joueront un rôle croissant, en raison des compétences que les parties leur donnent. C'est dire qu'indirectement et finalement la qualité de l'arbitrage dépendra de la qualité, de l'indépendance et de la fiabilité des institutions d'arbitrage.

L'important est de se souvenir que ce qui est en jeu, ce ne sont pas quelques intérêts particuliers, mais l'administration de la justice au plus haut niveau.

pierretercier@tercier.net

