

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	121 (2002)
<b>Heft:</b>	1
<b>Artikel:</b>	Vers un arbitrage international préventif?
<b>Autor:</b>	Tschanz, Pierre-Yves
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-896264">https://doi.org/10.5169/seals-896264</a>

### **Nutzungsbedingungen**

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

### **Conditions d'utilisation**

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

### **Terms of use**

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

**Download PDF:** 18.01.2026

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

# Vers un arbitrage international préventif?

PIERRE-YVES TSCHANZ\*

---

\* Avocat (Genève et New York).

## Table des matières

<b>Introduction</b> .....	7
<b>Première partie: Perfectionnements et limites de l'arbitrage international</b> .....	9
<b>I. Evolution récente</b> .....	9
1. <i>Le stade du droit de l'arbitrage</i> .....	9
a) Traités .....	10
b) Doctrine .....	10
c) Pratique .....	10
d) Législations nationales .....	11
e) Jurisprudences nationales .....	11
2. <i>Le stade de la procédure arbitrale</i> .....	13
3. <i>Le stade de la prestation des arbitres</i> .....	14
<b>II. Critiques et insatisfactions</b> .....	14
1. <i>Qualités promises</i> .....	14
2. <i>Succès de l'arbitrage international</i> .....	14
3. <i>Insatisfaction rampante</i> .....	15
4. <i>Relativisation des critiques</i> .....	16
5. <i>Principales critiques</i> .....	16
a) Coûts .....	16
b) Incertitude du résultat .....	17
c) Qualité des décisions .....	17
6. <i>Deux mondes</i> .....	18
<b>III. Nature des problèmes</b> .....	20
1. <i>Droit de l'arbitrage et procédure</i> .....	20
2. <i>Qualité du service fourni par les arbitres</i> .....	21
3. <i>Causes liées aux autres acteurs</i> .....	22
4. <i>Attentes non réalistes des parties</i> .....	22
5. <i>Le compromis de la justice arbitrale</i> .....	24
6. <i>Tendance judiciaire</i> .....	25
<b>IV. Progrès encore possibles</b> .....	26
1. <i>Durée des arbitrages</i> .....	26
a) Institutions d'arbitrage et durée de l'arbitrage .....	26
b) Calendrier procédural .....	27
c) Disponibilité des arbitres .....	27
d) Procédure accélérée .....	28
2. <i>Coûts</i> .....	28
a) Budgets .....	28
b) Institutions d'arbitrage et coûts .....	28
c) Tarifs horaires .....	28
3. <i>Incertitude</i> .....	29
4. <i>Qualité des sentences</i> .....	29
a) Institutions d'arbitrage et qualité des sentences .....	29
b) Choix des arbitres .....	30

c) Formation des arbitres .....	30
d) Contractualisation de l'arbitrage .....	30
e) Recours .....	31
f) L'arbitrage à deux niveaux .....	31
g) Application du droit .....	32
h) Lex mercatoria .....	32
i) Philosophie arbitrale et méthode .....	32
5. Conclusion .....	33
<b>V. Limites de l'arbitrage international .....</b>	<b>33</b>
1. <i>Faiblesses du processus juridictionnel</i> .....	33
2. <i>Méthodes amiables de résolution des litiges</i> .....	34
3. <i>Nature profonde du problème</i> .....	35
4. <i>Conclusion</i> .....	36
<b>Deuxième partie: L'arbitrage préventif .....</b>	<b>37</b>
<b>I. La sécurité juridique comme finalité .....</b>	<b>37</b>
1. <i>Finalité des modes actuels</i> .....	37
2. <i>Besoin d'une autre finalité</i> .....	37
3. <i>Vers une nouvelle finalité</i> .....	38
<b>II. Les causes de l'insécurité juridique .....</b>	<b>39</b>
1. <i>Fatalité?</i> .....	39
2. <i>Le litige comme moyen de gérer l'insécurité juridique</i> .....	40
3. <i>Les causes de l'insécurité juridique</i> .....	42
a) La complexité juridique comme source d'insécurité .....	42
b) Gestion unilatérale du cadre normatif .....	42
4. <i>Conclusion</i> .....	43
<b>III. Remède à l'insécurité juridique .....</b>	<b>43</b>
1. <i>L'approche prospective commune</i> .....	43
2. <i>Les deux étapes de l'activité juridictionnelle</i> .....	44
a) Etape prospective de l'activité juridictionnelle .....	45
b) Etape rétrospective de l'activité juridictionnelle .....	47
3. <i>Dissociation des deux étapes juridictionnelles</i> .....	47
a) Utilité de dissocier l'énoncé prospectif des règles applicables .....	47
b) Similitude avec l'utilité des contrats .....	48
4. <i>Enoncé concerté</i> .....	48
5. <i>L'avis commun prospectif</i> .....	49
6. <i>L'arbitrage préventif</i> .....	50
7. <i>Conclusion</i> .....	50
<b>IV. Notion d'arbitrage préventif .....</b>	<b>50</b>
1. <i>Qualification et catégories</i> .....	51
2. <i>Comparaison avec le complètement d'un contrat</i> .....	53
3. <i>Comparaison avec le Schiedsgutachten</i> .....	53
4. <i>Comparaison avec l'arbitrage contractuel</i> .....	54
5. <i>Comparaison avec l'arbitrage</i> .....	55

6. <i>Nature gracieuse?</i> .....	56
<b>V. Fondement de l'arbitrage préventif</b> .....	56
1. <i>Quelle base au caractère définitif de l'arbitrage préventif?</i> .....	56
2. <i>Faux problème</i> .....	57
3. <i>Questions pratiques</i> .....	59
4. <i>Force obligatoire fondée sur le caractère commun</i> .....	60
5. <i>Force obligatoire fondée sur la bonne foi</i> .....	61
6. <i>Force obligatoire dérivée de l'arbitrage international</i> .....	61
<b>VI. Régime de l'arbitrage préventif</b> .....	62
1. <i>Contrat d'arbitrage préventif</i> .....	62
2. <i>Déclenchement</i> .....	62
3. <i>Incertitude</i> .....	63
4. <i>Absence de litige</i> .....	64
5. <i>Requête d'arbitrage préventif</i> .....	64
6. <i>Qualifications de l'arbitre préventif</i> .....	65
7. <i>Nomination de l'arbitre préventif</i> .....	66
8. <i>La prestation de l'arbitre préventif</i> .....	66
9. <i>Procédure</i> .....	67
10. <i>Sentence préventive</i> .....	67
11. <i>Sentence préventive d'accord parties</i> .....	67
12. <i>Recours</i> .....	68
13. <i>Exception d'arbitrage préventif?</i> .....	68
<b>VII. Proposition de valeur</b> .....	68
1. <i>Avantage de coût</i> .....	69
2. <i>Gestion du risque</i> .....	69
3. <i>Efficacité</i> .....	69
4. <i>Confidentialité envers l'autre partie?</i> .....	70
5. <i>Risque de perdre un avantage stratégique?</i> .....	70
6. <i>Risque de ne pas pouvoir faire valoir pleinement ses droits?</i> .....	70
<b>Bibliographie</b> .....	72
Traités .....	72
Monographies .....	73
Articles .....	73

## Introduction

1. La présente étude a trait à l'arbitrage international. Notre analyse et nos conclusions ne seront pas forcément applicables à l'arbitrage interne. L'origine et la raison d'être de l'arbitrage interne sont différentes. En effet, l'arbitrage international est la justice du commerce international, pour lequel les juridictions nationales sont souvent considérées comme inadaptées. En revanche, l'arbitrage interne est une alternative à un système juridictionnel national particulier, auquel les parties ne peuvent échapper qu'aux conditions prescrites par l'ordre juridique concerné. L'arbitrage international diffère aussi par son fondement juridique. Car aucun ordre juridique national n'a vocation à réglementer de façon exclusive le phénomène transnational. En revanche, l'arbitrage interne s'insère entièrement dans un ordre juridique particulier. Enfin, l'arbitrage interne n'est pas actuellement en proie aux mêmes critiques.

2. L'objet de notre étude est l'avenir de l'arbitrage international. Quelles améliorations peuvent encore lui être apportées? Une innovation est-elle souhaitable pour satisfaire les besoins des entreprises actives dans le commerce international? Les deux interrogations sont liées: les améliorations encore possibles sont-elles suffisantes pour satisfaire les besoins sans une véritable innovation? Une conclusion négative débouche sur l'autre grande question: quelle est l'innovation nécessaire? Ces interrogations suggèrent une division de notre étude en deux parties.

3. Dans la première partie nous verrons que les améliorations possibles ne sont pas suffisantes. Cette partie comporte cinq chapitres: un rappel de l'évolution récente (I); les critiques auxquelles l'arbitrage international est actuellement confronté (II); la nature des problèmes (III); les progrès qui pourraient encore être accomplis (IV); et l'incapacité de ces progrès à répondre à tous les besoins (V). En effet, ces progrès portent sur le fonctionnement de l'arbitrage international; mais même l'arbitrage le plus idéal ne peut fournir qu'une résolution juridictionnelle des litiges. Or l'insatisfaction des entreprises met en cause le processus juridictionnel lui-même. Cette mise en cause est démontrée par les efforts considérables déployés depuis plusieurs années pour créer des modes alternatifs non juridictionnels de résoudre les litiges. Mais, ces modes alternatifs ont eux aussi leurs limites, car ils n'ont pas de force contraignante et n'empêchent pas les litiges de survenir. En analysant l'insatisfaction des entreprises, on découvre l'exigence d'une nouvelle finalité, qui n'est plus la résolution des litiges, mais bien plutôt la sécurité juridique.

4. La seconde partie de notre étude est consacrée à l'innovation qui s'avère nécessaire. Il s'agira d'assurer la sécurité juridique. On commencera par définir la nouvelle finalité: au lieu de chercher à résoudre des litiges, soit par une décision s'imposant aux parties, soit amiablement, il s'agira à l'avenir d'as-

surer la sécurité juridique (I). S'il est exact que la résolution des litiges n'est plus une finalité satisfaisante, il s'ensuit qu'aucune des méthodes de résolution des litiges ne peut faire l'affaire. L'origine de l'insatisfaction des utilisateurs est le passage par le concept de litige et son corollaire, l'application rétrospective du droit à des situations passées et conflictuelles. Il nous faudra donc identifier les causes de l'insécurité juridique, qui est la source des litiges (anatomie des litiges) (II). Dans le troisième chapitre, nous étudierons le moyen de remédier à l'insécurité juridique. Il s'agit d'avoir une évaluation commune aux parties des règles applicables à leur relation. Cela est possible en dissociant les deux étapes de l'activité juridictionnelle. La première est prospective: c'est l'énoncé des règles applicables. La seconde est rétrospective: c'est l'application de ces règles aux faits de la cause. En mettant en œuvre la première étape de l'activité juridictionnelle déjà au moment où les parties doivent agir en conformité avec ces règles, et non après-coup, on obtient la sécurité juridique. Encore faut-il que l'énoncé prospectif des règles applicables soit entièrement fiable. Cette fiabilité est atteinte si l'énoncé des diverses règles applicables participe par avance de l'autorité de chose jugée de l'éventuelle seconde étape juridictionnelle. Le quatrième chapitre est consacré à la notion d'arbitrage préventif, le cinquième à son fondement, le sixième à son régime. Le septième chapitre est consacré à la proposition de valeur de l'arbitrage préventif. C'est la valeur de l'établissement prospectif et commun aux parties des règles applicables, par opposition à l'application rétrospective d'une règle à une situation passée contentieuse.

## Première partie

### Perfectionnements et limites de l'arbitrage international

#### I. Evolution récente

5. Pour les besoins de la présente étude, il suffira de récapituler brièvement le contexte de l'évolution récente. Il ne s'agit pas ici de faire un historique de l'arbitrage international. En effet, notre but est simplement de discerner une dynamique dans l'évolution des cinquante dernières années. Quel a été le but, voire l'idéal, poursuivi par l'arbitrage international? Par quelles voies a-t-on progressé? On distinguera trois stades dans cette évolution: la construction du droit de l'arbitrage, l'amélioration de la procédure arbitrale, et l'amélioration de la prestation des arbitres. Ces stades ont en partie évolué parallèlement.

##### *1. Le stade du droit de l'arbitrage*

6. Certes, l'arbitrage international de droit privé avait déjà une certaine faveur avant la deuxième guerre mondiale, comme en témoignent notamment la création de la Chambre de Commerce Internationale («CCI») en 1923, le Protocole de Genève sur les clauses d'arbitrage de 1923<sup>1</sup> et la Convention de Genève sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1927<sup>2</sup>. Mais le renouveau qui a commencé dans les années cinquante était d'une bien plus grande ampleur. Il a abouti à faire de l'arbitrage international la juridiction ordinaire des litiges commerciaux internationaux. Pour cela, il a fallu d'abord obtenir que les Etats reconnaissent l'arbitrage commercial international, puis renforcer son efficacité, afin que les entreprises puissent ensuite s'y fier. C'était une «lutte pour la survie».<sup>3</sup> A partir des années cinquante, l'effort a d'abord porté sur le droit de l'arbitrage, c'est-à-dire sur le droit régissant les matières qui sont aujourd'hui l'objet propre des législations d'arbitrage, notamment: la validité et l'autonomie de la convention d'arbitrage; l'arbitrabilité des litiges et l'impact des règles d'ordre public; la nomination, la récusation et le remplacement des arbitres; les garanties minimales de procédure; les pouvoirs des arbitres et des institutions d'arbitrage; les recours contre les sentences. On constate cette évolution dans les traités, la doctrine, la pratique, et les législations et jurisprudences nationales.

---

1 RS 0.277.11.

2 RS 0.277.111.

3 B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, PUF, Paris, 1998, Préface.

*a) Traités*

7. Parmi les traités, il est indéniable que la Convention de New York de 1958<sup>4</sup> a joué un rôle déterminant tant par son contenu, abolissant l'exigence du double exequatur et limitant le refus d'exequatur aux motifs les plus graves, que par le fait qu'elle fut rapidement adoptée par la plupart des nations impliquées dans le commerce international. On citera aussi la Convention de Genève de 1961<sup>5</sup> et celle du CIRDI en 1965,<sup>6</sup> parmi d'autres.

*b) Doctrine*

8. Dans la doctrine, la construction d'une théorie de l'arbitrage international est marquée notamment par les contributions doctrinaires de B. GOLDMAN, à commencer par son cours à l'Académie de droit international de La Haye en 1963<sup>7</sup>, suivi par celui de P. LALIVE en 1967<sup>8</sup>, et l'ouvrage de Ph. FOUCARD.<sup>9</sup> L'accent est mis sur les conflits de lois et de juridictions, débouchant sur un catalogue des questions formant l'objet du droit de l'arbitrage international de droit privé. On pense naturellement aussi à l'influence exercée par H. MOTULSKY, et notamment au second volume de ses *Ecrits*, rédigés dans les années 1950–60, mais publiés en 1974. Il ne faut pas oublier non plus l'influence de L. KOPELMANAS, ni celle de J. G. WETTER<sup>10</sup>, pour n'en mentionner que quelques-uns. L'impulsion vient principalement d'Europe continentale,<sup>11</sup> sans oublier toutefois l'œuvre de M. DOMKE aux Etats-Unis.

*c) Pratique*

9. Quant à la pratique, la CCI voit augmenter constamment le nombre d'affaires nouvelles déposées chaque année. Le règlement CCI traite essentiellement de sujets relevant du droit de l'arbitrage, laissant la procédure au libre choix des parties, et subsidiairement des arbitres. Sa version de 1955 fut révisée en 1975. L'évolution a certes continué, mais les révisions de 1988 et de

---

4 Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, mais dont l'art. II traite aussi de la reconnaissance des conventions d'arbitrage. RS 0.277.12.

5 Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961.

6 Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. RS 0. 975.1.

7 Recueil des Cours 1963 II, 351.

8 Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial, Recueil des cours 1967 II, 573.

9 L'arbitrage commercial international, Dalloz, 1965.

10 The International Arbitral Process; Public and Private, 4 vol, New York, 1979.

11 C'est ce que H. SMIT a appelé l'époque des «Dieux de l'arbitrage», sans doute en clin d'œil au livre de T. WOLFF, From Bauhaus to Our House, sur quelques architectes venant surtout d'Europe et qui ont atteint une grande célébrité aux Etats-Unis depuis les années trente.

1998 s'attachent de plus en plus à des détails, sans modifier une formule qui s'est imposée avec succès. D'autres règlements institutionnels suivent une évolution semblable, mais la CCI est le chef de file en ce qui concerne l'arbitrage international. Les années septante voient aussi, dans le prolongement de l'arbitrage *Aramco* de 1958<sup>12</sup>, les grands arbitrages pétroliers suite aux nationalisations pétrolières libyennes (affaires *BP*<sup>13</sup>, *Liamco*<sup>14</sup> et *Topco/Calasiatic*<sup>15</sup>), évolution qui aboutit avec la sentence *Aminoil*<sup>16</sup> en 1982. Avec ces arbitrages, il s'agissait notamment pour l'arbitrage de droit privé (à la différence du CIRDI, qui repose sur un traité) de conquérir le domaine des contrats entre Etats et ressortissants étrangers, avec tous les problèmes théoriques<sup>17</sup> et pratiques qui se posaient à l'époque.

*d) Législations nationales*

10. Quant aux législations nationales, le mouvement de renforcement de l'arbitrage international s'y poursuit également. En Suisse, ce fut d'abord le Concordat intercantonal sur l'arbitrage de 1969 (suivi de la LDIP); en France, le décret de 1981 (faisant suite à celui de 1980 sur l'arbitrage interne); en Angleterre, l'Arbitration Act 1979 (remplacé depuis).

*e) Jurisprudences nationales*

11. Quant à la jurisprudence, on rappellera la remarquable évolution des principes d'autonomie, puis de validité de la convention d'arbitrage en France.<sup>18</sup> En Suisse, la jurisprudence reçoit moins de publicité, mais sert bien les intérêts de l'arbitrage international.<sup>19</sup> Aux Etats-Unis, c'est l'arbitrabilité des litiges qui est le catalyseur, depuis l'arrêt *Scherk*<sup>20</sup> jusqu'à l'arrêt *Mitsubishi*<sup>21</sup>. Ce qu'il est convenu d'appeler la compétence de la compétence<sup>22</sup> met

---

12 International Law Reports, vol. 27.

13 International Law Reports, vol. 53/1979, pp. 297 et s.

14 International Legal Materials, vol. 20/1981, pp. 1 et s.

15 International Legal Materials, vol. 17, Clunet 1977, p. 350.

16 International Legal Materials, vol. 21, pp. 976 et s.

17 Notamment le débat sur la *Grundlegung* du contrat inauguré par la sentence Dupuy dans l'affaire *TOPCO/Calasiatic*. Sur ce sujet, not. P. Y. TSCHANZ, The Contribution of the *Aminoil* Award to the Law of State Contacts, *The International Lawyer*, vol. 18/2, pp. 245 et s., 258–59 et les références citées; id., Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international, *R. C. D. I. P.*, vol. 73/1985, pp. 47 et s., 62–63.

18 Arrêts *Hecht*, *Gosset*, *Menicucci*, etc.

19 P. LALIVE, Répertoire de droit international privé suisse, vol. 1, pp. 229 et s.

20 *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 US 506, (1974).

21 *Mitsubishi Motors Coop. v. Solar Chrysler-Plymouth, Inc.*, 105 S. Ct. 3346 (1985).

22 Version française du vocable de *Kompetenz-Kompetenz*, qui avait d'ailleurs un autre sens en Allemagne en rapport avec les tribunaux étatiques.

plus longtemps à s'imposer en droits anglais et américain. La reconnaissance d'un principe empêchant l'Etat de remettre en cause ses obligations d'arbitrage par sa législation interne, aujourd'hui consacré à l'art. 177 al. 2 LDIP, a aussi été une conquête cruciale.

12. Au terme de cette évolution, les grands problèmes, et même les faux problèmes<sup>23</sup>, de l'arbitrage international ont trouvé des solutions favorables à son essor. Parmi les derniers grands problèmes à trouver une solution, on peut citer l'arbitrage multipartite.<sup>24</sup> Cela ne veut pas dire que l'évolution s'arrête au début des années quatre-vingt. L'évolution continue, mais son objet n'est plus avant-gardiste. Il s'agit plutôt de peaufiner les grands acquis des décennies précédentes. Les législations continuent de codifier les perfectionnements. Ainsi, la loi-modèle de la CNUDCI, adoptée en 1985, a donné une nouvelle impulsion à l'harmonisation des législations nationales, par sa promulgation telle quelle ou dans une version modifiée dans de nombreux pays. Même les pays optant pour une approche autonome, comme les Pays-Bas en 1986 ou la Suisse avec le chapitre 12 de la LDIP en 1987, adoptent des législations peu différentes. C'est qu'à ce stade de l'évolution du droit de l'arbitrage, on s'occupe de perfectionner toujours plus les détails. Les entreprises peuvent désormais choisir comme siège de leurs arbitrages parmi un grand nombre de pays ayant une législation moderne et une pratique sûre et de plus en plus standardisée, où les grandes différences d'autrefois deviennent des nuances.<sup>25</sup> Les différences significatives qui restent sont rares (possibilité de recourir aux tribunaux étatiques sur des questions juridiques en droit anglais, ce qui est limité sur le Continent à la violation de l'ordre public).<sup>26</sup> La faculté de conférer aux arbitres le pouvoir de décider comme amiables compositeurs est aussi reconnue en droit anglais.<sup>27</sup> Les deux grandes traditions, européenne et anglo-américaine, tendent aussi à l'harmonie sur l'exigence de motiver les sentences, avec quelques nuances.<sup>28</sup>

---

23 Par ex., le débat sur la délocalisation de l'arbitrage, notamment au sujet de l'arrêt *Götaverken* de la Cour d'appel de Paris.

24 Le problème rencontré par la CCI dans l'affaire *Dutco* a trouvé une solution avec la nomination subsidiaire de tous les arbitres par l'institution d'arbitrage (art. 10 du règlement CCI actuel).

25 Sur la tendance à l'harmonisation des législations, voir P. SANDERS, *Quo Vadis Arbitration?* L'auteur montre notamment l'harmonisation des traditions d'arbitrage de droit civil et de *common law*.

26 Id., pp. 31–33.

27 Id., pp. 35–36.

28 Id., p. 36.

## 2. Le stade de la procédure arbitrale

13. Toujours en schématisant, on peut distinguer un deuxième stade de l'évolution de l'arbitrage international moderne. C'est le stade, particulièrement actif dans les années 1980–2000, consacré à perfectionner la procédure arbitrale. A commencer par le règlement de la CNUDCI/UNCITRAL de 1976, et celui de l'International Bar Association («IBA») sur la présentation des preuves<sup>29</sup>. Le mouvement d'uniformisation et de formalisation est allé jusqu'à la tentative de la CNUDCI/UNCITRAL de codifier des «Guidelines» à l'attention des arbitres, tentative fustigée par certains, notamment à la conférence de l'ICCA à Vienne en 1994. On peut citer aussi l'œuvre du Tribunal Iran-Etats-Unis à La Haye dans les années quatre-vingt pour adapter le règlement CNUDCI/UNCITRAL de 1976.

14. Dans la pratique, la procédure tend à se standardiser, devient presque routinière. Chaque arbitre a certes ses règles de procédure favorites, mais ces règles se ressemblent de plus en plus. Et les mêmes arbitres ne conduiront plus de façon différente la procédure d'un arbitrage CCI selon que le siège est situé à Vienne, Genève, Stockholm ou Paris. La nuance est à peine plus marquée si le siège est aux Etats-Unis, à Londres ou à Dublin. Pendant ce stade d'affinement de la procédure, l'impulsion est largement anglo-américaine. L'influence de l'approche anglo-américaine se fait sentir en même temps que les grands cabinets américains et anglais augmentent leur part de marché dans l'activité de conseil en matière d'arbitrage international. Cette influence se marque surtout sur la conduite des audiences, notamment l'interrogatoire des témoins, ainsi que sur la production de documents, voire une *discovery* limitée. L'influence continentale européenne reste forte sur l'instruction écrite. Une procédure mixte s'est imposée. Bref, la procédure arbitrale est au point. Elle est en cours d'informatisation partielle avec l'apparition des dockets électroniques, notamment sous l'influence de la procédure de l'OMPI, puis d'autres institutions agréées par l'ICANN, pour les litiges relatifs aux noms de domaines.<sup>30</sup>

---

29 IBA Rules of Evidence de 1983, révisées en 1999.

30 La procédure mise en place par ICANN pour les litiges concernant les noms de domaines sur la Toile (Internet) n'est toutefois pas un arbitrage. C'est une procédure «administrative», et le recours ultérieur aux tribunaux étatiques reste possible. Et cela malgré le mimétisme avec l'arbitrage (exigence du contradictoire, panel indépendant, décision motivée). Ch. JARROSON, «Les frontières de l'arbitrage», Rev. arb. 2001.5, 12.

### *3. Le stade de la prestation des arbitres*

15. Ce troisième stade est en cours depuis quelques années. Il s'agit, d'une part, de mieux former les arbitres et, d'autre part, de faire en sorte que ceux qui sont déjà qualifiés soient plus diligents. Nous reviendrons sur ce dernier aspect quand nous examinerons les critiques actuelles et les moyens d'y remédier.

## **II. Critiques et insatisfactions**

### *1. Qualités promises*

16. L'arbitrage international offre, comme les juridictions des Etats, un service de la justice consistant à trancher avec autorité de chose jugée des litiges juridiques. La raison d'être de l'arbitrage international est qu'il offre certains avantages par rapport à une organisation judiciaire étatique. C'est sur la promesse de ces avantages que l'arbitrage international a prospéré. Il est considéré comme plus rapide, grâce à un meilleur déroulement de la procédure et, surtout, à la limitation drastique des moyens de recours. Il est aussi plus efficace, car la sentence peut être exécutée internationalement dans de très bonnes conditions; toutefois, cet avantage s'amenuise, voire s'inverse, dans la Communauté européenne. L'arbitrage international est neutre, ne relevant pas de l'Etat d'une des parties. Enfin, il est réputé aboutir à une décision de meilleure qualité que les justices étatiques, du fait que les arbitres peuvent être choisis en fonction de leurs compétences particulières en matière de droit du commerce international, voire de compétences plus pointues.

### *2. Succès de l'arbitrage international*

17. Fort de ces avantages, l'arbitrage international a prospéré. En matière de litiges contractuels internationaux, de toutes natures confondues, la part de marché de l'arbitrage international a probablement dépassé celle des juridictions étatiques. L'industrie de l'arbitrage international n'a jamais été aussi florissante. Cela est vrai pour les avocats représentant les parties, pour les arbitres et pour les institutions d'arbitrage. C'est aussi vrai pour les éditeurs juridiques et les organisateurs de conférences. La production doctrinale et sous-doctrinale est à son comble, avec un nombre d'articles, monographies et traités dépassant de loin les capacités d'absorption même des spécialistes les plus assidus. A cela s'ajoute une prolifération de sites web consacrés à l'arbitrage. L'arbitrage international continue de conquérir les domaines qui lui échappent.

paient encore, notamment les litiges du sport. L’arbitrage international semble être à son apogée.

### 3. *Insatisfaction rampante*

18. Mais le bilan des utilisateurs qui financent cette industrie est moins florissant. Un grand nombre d’entreprises qui ont fait l’expérience d’une procédure d’arbitrage international ne veulent plus entendre parler d’arbitrage. Il est même possible qu’aujourd’hui une majorité d’utilisateurs soient déçus, dans une mesure plus ou moins grande, par l’arbitrage international. M. Hunter parle de «*commercial clientele’s disenchantment with the cost and time involved [...] in arbitration*»<sup>31</sup>. De fait, malgré des améliorations constantes, notamment des lois et des jurisprudences nationales sur l’arbitrage, des divers règlements d’arbitrage, et malgré les efforts de formation des arbitres<sup>32</sup>, les attentes de nombreux utilisateurs sont déçues lorsqu’ils sont confrontés à la réalité d’une procédure arbitrale. Beaucoup d’entreprises s’en disent mécontentes, quelques-unes excluent d’y recourir à nouveau.

19. Le raisonnement en faveur de l’arbitrage international devient ainsi le même que pour la démocratie: c’est le pire des systèmes, à l’exception de tous les autres, notamment d’un choix en faveur des tribunaux de l’Etat de l’autre partie. Les utilisateurs s’interrogent sur la qualité et l’utilité de l’arbitrage. Si une alternative crédible apparaissait, l’arbitrage international pourrait bien perdre la faveur des entreprises. On est ainsi entré dans une phase où des solutions alternatives à l’arbitrage international sont très activement recherchées. Les modes de résolution non juridictionnels, voire non juridiques, des litiges sont en vogue. Sans qu’il soit besoin de citations à l’appui de cette tendance, tant elle est omniprésente, on remarquera que P. SANDERS considère que la tendance à recourir à la conciliation est l’une des deux grandes évolutions parallèles (avec l’harmonisation) caractérisant l’arbitrage international actuellement.

20. Il peut paraître paradoxal et excessif de parler aujourd’hui de crise de l’arbitrage international. Mais c’est souvent quand la cote d’un produit est au plus haut qu’elle ne reflète plus la réalité. Nous recenserons les principales critiques ci-après. Elles seront ensuite analysées, ainsi que les améliorations possibles. Les principaux griefs des utilisateurs sont: procédure trop longue, coûts hors contrôle, mauvaise qualité de la décision.

---

31 International Commercial Dispute Resolution; The Challenge of the Twenty-first Century, *Arbitration International*, vol. 16/4 (2000), pp. 379 et s., 383.

32 Practice Building Seminars de l’Association Suisse de l’Arbitrage. De nombreuses universités à travers le monde offrent un cours d’arbitrage international.

#### *4. Relativisation des critiques*

21. Bien entendu, il faut tout de même relativiser le phénomène. Il y a aussi un grand nombre de parties satisfaites. Et il y a beaucoup de griefs infondés, formulés à tort par des parties qui ont en réalité reçu tous les avantages qu'elles étaient en droit d'attendre d'un arbitrage international bien conduit et bien décidé. Certains arbitres internationaux ont développé, pendant ces vingt ou trente dernières années, un savoir-faire absolument remarquable, reposant sur une expérience très riche et des connaissances considérables. Ce précieux savoir-faire, soutenu par leur enthousiasme et leurs convictions, se manifeste dans des procédures d'arbitrage excellemment conduites. Ces procédures ne sont malheureusement connues que de ceux qui y ont participé, et il serait bien difficile de les traduire dans un traité d'arbitrage.<sup>33</sup>

#### *5. Principales critiques*

22. Les exemples abondent où la durée totale de l'arbitrage dépasse trois ans, voire quatre ou cinq ans. On cite souvent aussi des sentences rendues une année ou plus après la dernière audience ou le dernier mémoire après audience. Même si les arbitres peuvent estimer ces délais justifiés, notamment pour des affaires très complexes, les parties s'en plaignent.

##### *a) Coûts*

23. Les coûts sont difficiles à prévoir. Il suffit pour s'en rendre compte de comparer les coûts réels de plusieurs affaires avec les budgets qui ont été préparés pour ces mêmes affaires avant de lancer l'arbitrage. Ces budgets tentent d'estimer quelles seront les étapes de l'arbitrage et quels seront la durée et le coût de chaque étape. Mais chaque étape de la procédure dépend des initiatives, réactions, positions, objections et arguments de chaque partie, ainsi que des réactions, initiatives et décisions des arbitres. De nombreux incidents peuvent surgir: mesures provisionnelles, problèmes de compétence, de récusation, gestion des rapports entre les parties pendant la durée de l'arbitrage, litiges sur la production de documents, etc. Des témoins peuvent devoir être convoqués par commissions rogatoires. Surtout, chaque partie voulant gagner l'affaire, on assiste souvent à une escalade des moyens mis en œuvre. C'est dans ce sens que les parties peuvent perdre le contrôle des coûts. En effet, elles n'ont vite plus d'autre choix que de surpasser, ou en tout cas égaler, les

---

33 V. cependant M. BLESSING, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, Helbing & Lichtenhahn, 1999, où les qualités de l'arbitre transparaissent dans une certaine mesure à travers les lignes de l'auteur.

efforts de leur partie adverse. Sinon, elles risquent de perdre la bataille des preuves et des arguments destinés à convaincre les arbitres. C'est ainsi que, dans des affaires importantes, les honoraires des conseils peuvent se chiffrer à plusieurs millions de francs suisses, et ceux du tribunal arbitral dépassent souvent le million.

*b) Incertitude du résultat*

24. «C'est une loterie» et «Les arbitres coupent la poire en deux» sont des réflexions fréquentes des parties. Lorsqu'elles demandent à leurs avocats de prévoir l'issue du litige, ou même seulement les chances de succès, les parties se rendent compte que la prévisibilité n'existe pas. Toute situation juridique est potentiellement complexe. L'incertitude juridique se transmet au résultat de l'adjudication, qui tend à dépendre de détails et à devenir imprévisible. L'incertitude juridique se transforme en litige et devient une incertitude judiciaire (ou arbitrale). Certains arbitres, comme certains juges, font parfois des déclarations inquiétantes sur la façon dont ils appliquent le droit. Qui n'a entendu dire que la solution juridique doit être conditionnée par le résultat que l'arbitre veut atteindre, et qu'il faut donc choisir les règles applicables en fonction de la solution souhaitable? Comment le but à atteindre est-il alors choisi? Il semble que certains ne trouvent pas le résultat en fonction de règles qu'ils ou elles auraient d'abord jugées applicables, mais plutôt en fonction de leur sentiment de la justice. C'est ce type d'amiable composition qui ne dit pas son nom qui rend les banquiers traditionnellement méfiants de l'arbitrage. Ces derniers font des contrats fondés sur des calculs financiers qui ne peuvent tolérer aucune libre appréciation de la part des tribunaux.

*c) Qualité des décisions*

25. Lorsqu'on écoute les critiques formulées par les parties, notamment sur la qualité des sentences, il faut certes tenir compte du fait que la partie perdante est plus susceptible de se plaindre du résultat. A l'opposé, la partie gagnante aura plus tendance à fermer les yeux sur les faiblesses d'une sentence qui lui donne raison. Il n'en reste pas moins que même la partie perdante peut légitimement critiquer la qualité de la sentence qui lui donne tort, indépendamment du résultat lui-même. La partie qui perd devrait voir ses arguments réfutés de manière convaincante, même si elle reste d'un avis différent. De plus, les défauts d'une sentence peuvent être constatés objectivement. Les utilisateurs échaudés relèvent parfois des erreurs grossières en fait ou en droit commises par les arbitres.

26. Les critiques concernent aussi souvent la motivation de la sentence, qui est peu convaincante, voire lacunaire. Typiquement, les parties restent sur

leur faim parce que les arbitres ont certes tranché le litige, mais sans vraiment résoudre les questions difficiles de façon convaincante. On cherche en vain la solution de la question cruciale. Après avoir résumé les positions et arguments des parties, la sentence saute au résultat: les arbitres choisissent une solution parce qu'ils «estiment qu'il se justifie de...», ou une motivation similaire. Pire, les arbitres peuvent passer sous silence un argument important d'une partie, ou mentionner l'argument en le rejetant sans vraiment le discuter, se contentant de dire que les arbitres ont pris en compte tous les éléments que les parties ont fait valoir et que, sur cette base, ils rejettent l'argument. On a vu des sentences octroyer USD 100 millions sur une motivation de quatre pages. D'autres font l'impasse sur des preuves réunies à grands frais par les parties. Il est choquant aussi que des arguments, voire des preuves, ne soient pas pris en compte, et même pas discutés dans la sentence, alors que lors des audiences les parties avaient l'impression qu'il s'agissait d'éléments cruciaux. Cela jette un doute profond sur le sérieux du délibéré, voire sur l'identité du rédacteur de la sentence (est-ce vraiment un arbitre ou plutôt un collaborateur qui n'a pas assisté à l'audience?). Il est clair qu'une motivation succincte peut avoir l'avantage de dissimuler une connaissance imparfaite du dossier par l'auteur de la décision. Une motivation détaillée a le désavantage de révéler, si c'est le cas, que les arbitres se sont trompés, n'ont pas compris un argument ou ont méconnu des pièces ou des témoignages importants. Certaines sentences se fondent sur une analyse juridique qui, si elle était présentée par un étudiant en droit, serait censurée par une note d'examen rédhibitoire. Pourtant les arbitres sont choisis précisément pour leur réputation de bons juristes.

## 6. *Deux mondes*

27. Les conseils ne peuvent se permettre de critiquer les arbitres. Pendant l'arbitrage, la crainte de se mettre à dos les arbitres est très forte. Elle le reste après l'arbitrage, car les chances sont grandes que les mêmes arbitres réapparaissent dans d'autres affaires. C'est pourquoi les arbitres peuvent avoir une impression irréaliste de l'opinion que les clients ont de leur prestation. Il est fréquent que les conseils passent beaucoup de temps à défendre les arbitres auprès de leurs clients respectifs, en justifiant leurs actions ou inactions comprises ou critiquées par les clients. Il est d'ailleurs normal que les parties acceptent de bonne grâce les actes et omissions des arbitres. La règle du jeu est que les arbitres conduisent la procédure et décident l'affaire comme ils l'entendent, ce qui est une tâche difficile et qui doit être respectée par les parties.

28. Bien que les arbitres et les conseils soient évidemment amenés à collaborer dans le procès arbitral, ils évoluent dans une certaine mesure dans

deux mondes différents. Les arbitres forment un cercle relativement limité. Les conseils sont plus hétérogènes. Les deux mondes ne se rejoignent pas. Même si la même personne peut fonctionner tantôt comme arbitre et tantôt comme conseil, les deux rôles sont si différents que le point de vue change aussi. Si les arbitres, les conseils et même des juristes d'entreprise, se rencontrent régulièrement dans des conférences sur l'arbitrage international, c'est alors le point de vue de ceux qui oeuvrent comme arbitres, et qui font souvent partie de la doctrine, qui domine généralement. Ce n'est donc pas dans ces conférences que l'on peut se faire une idée du degré de satisfaction des entreprises.

29. La perspective qui inspire notre étude est essentiellement celle du conseil, qui sert son client, partie au procès arbitral. Les juristes qui oeuvrent surtout comme arbitres ont une perspective différente. Ils ont tendance à voir la procédure arbitrale comme une fin en soi. Nombreux sont ceux qui arbitrent à temps plein depuis plusieurs années, voire décennies. Ils ne sont pas influencés par les besoins et exigences des clients, dont les arbitres ne sont pas tributaires. Il est possible qu'en servant leurs clients les conseils aient une vue plus terre-à-terre que celle des arbitres. Le conseil doit satisfaire son client, soit avant tout gagner l'affaire; mais certains aspects de l'affaire sont économiquement plus importants que d'autres. Les termes du litige émergent d'une situation de fait plus large et plus compliquée, dont l'arbitrage n'est le plus souvent qu'un des éléments. L'arbitre ne connaît que la situation que l'on choisit de lui présenter. De même que les conseils en sont réduits aux conjectures en ce qui concerne ce que les arbitres pensent de l'affaire, de même ces derniers ne savent pas comment les conseils voient vraiment leur affaire et ne peuvent deviner les aspects qui ne leur ont pas été révélés. Les arbitres n'auront connaissance que des faits et considérations pertinents au litige tel qu'il aura été forgé par le procès arbitral.

30. Les critiques des entreprises ne sont guère discutées en doctrine, même au sens large du terme, c'est-à-dire comprenant les nombreuses revues d'arbitrages. W. W. PARK, qui a récemment écrit sur les critiques, ne parle aucunement de la qualité de la prestation des arbitres<sup>34</sup>, qui est pourtant le principal grief. M. BLESSING, sous le titre «Sporadic Criticism and Scepticism» n'aborde que les objections des Etats moins développés et la doctrine Calvo, mais pas les critiques des entreprises concernant la qualité.<sup>35</sup> Il n'y a guère que M. HUNTER qui aborde ce thème<sup>36</sup>. Les problèmes ne sont certes pas inconnus; il suffit de se rappeler le récit hilarant du mythique *Macao sardine*

34 Arbitration's Discontents: Of Elephants and Pornography, *Arbitration International*, vol. 17/3 (2001), pp. 263 et s.

35 Op. cit., pp. 153–54.

36 Op. cit.

case. Mais ces problèmes ont tendance à être vus comme des cas pathologiques, des exceptions au caractère généralement satisfaisant, voire très satisfaisant, des procédures arbitrales.

### **III. Nature des problèmes**

31. Pour pouvoir résoudre un problème, il faut bien comprendre ses causes. En effet, les remèdes, s'ils existent, devront s'attaquer aux causes. Où se situe l'origine du problème? Les griefs évoqués sont-ils dus à des imperfections du droit de l'arbitrage international, qu'il faudrait alors réformer? Ou sont-ils dus à la procédure suivie par les arbitres, sur laquelle il faudrait concentrer les efforts à l'avenir? Ou encore, ces griefs proviennent-ils d'une mauvaise exécution de leurs prestations par certains arbitres ou d'autres acteurs de l'arbitrage international? Le processus juridictionnel lui-même est-il en cause? Pourquoi des procédures sont-elles perçues comme trop longues et trop coûteuses et des sentences sont-elles insatisfaisantes? Nous allons voir que l'insatisfaction actuelle de nombreux utilisateurs n'a pas sa source dans le droit de l'arbitrage, ni dans la procédure arbitrale, mais plutôt dans la prestation de certains arbitres, elle-même conditionnée en partie par la prestation des conseils et les choix faits par les parties. Par conséquent, il ne s'agit plus d'améliorer la réglementation, qu'elle concerne l'arbitrage proprement dit ou la procédure. Il s'agit plutôt d'améliorer les prestations des acteurs, afin d'obtenir un meilleur résultat, un meilleur produit. Ces prestations concernent tant le travail de fond que la conduite de la procédure, voire la méthode de décision.

#### *1. Droit de l'arbitrage et procédure*

32. L'insatisfaction actuelle de certains usagers n'a rien à voir avec les blocages et autres problèmes causés par une réglementation inadéquate de l'arbitrage. De tels problèmes ont certes affecté l'arbitrage international par le passé. Mais ils sont maintenant en principe réglés. Par exemple, l'époque est en principe révolue où une récusation, une démission d'arbitre ou un multipartisme pouvait, en raison d'une réglementation inadéquate, provoquer un blocage de l'arbitrage. L'évolution du droit de l'arbitrage, sommairement résumée ci-dessus, ne signifie certes pas qu'il n'existe plus de questions à résoudre en droit de l'arbitrage, ni que la procédure arbitrale ne soit plus perfectible. Sinon les revues d'arbitrage feraient faillite. Mais il s'agit le plus souvent de sous-questions, de plus en plus spécifiques. Parmi les exceptions, on peut éventuellement citer l'exécution des sentences annulées ou les rap-

ports entre procédures étatiques et arbitrales notamment. Mais au tournant du troisième millénaire, il serait vain d'incriminer le droit de l'arbitrage ou la procédure arbitrale pour expliquer l'insatisfaction des usagers. Il faut plutôt chercher ses causes dans la prestation des arbitres, et des autres acteurs, et dans des attentes peut-être non réalistes des parties.

## *2. Qualité du service fourni par les arbitres*

33. Mais, sommes-nous tentés de répondre, les problèmes constatés sont sûrement dus à un mauvais choix d'arbitre ou de conseil, ou de tous les deux. «Non», rétorquent les entreprises déçues, «nous avons pris les meilleurs». Il y a alors un vrai nouveau problème. Jadis, les problèmes liés à la prestation des arbitres pouvaient souvent être attribués à un manque d'expérience ou de connaissances de certains arbitres en matière de droit de l'arbitrage ou de procédure arbitrale internationale, ce qui arrive encore aujourd'hui. Mais on nous cite aussi des procédures mal conduites, des audiences gaspillées et des sentences fondées sur une connaissance insuffisante du dossier qui sont parfois le fait d'arbitres réputés.

34. Certes, encore une fois, de nombreux arbitres fournissent une prestation remarquable. Mais, à l'inverse, une procédure non contrôlée par les arbitres, par exemple s'ils se comportent comme des distributeurs automatiques de délais et attendent l'audience pour commencer à entrer dans le dossier, peut dans certains cas compliquer inutilement le débat, engendrer des détours et décupler les coûts de l'arbitrage, tout en compromettant sa qualité.

35. Il arrive que des arbitres ne respectent pas leur devoir de diligence ou ne soient pas motivés, notamment parce qu'ils sont surchargés. Cette violation est évidente lorsque, après la clôture de l'instruction, la sentence se fait attendre non pas quelques mois, ce qui peut paraître normal, mais une année, voire même davantage. Pire, ces retards trahissent le plus souvent le fait que ces arbitres ont assisté aux audiences de témoignages et de plaidoiries en étant mal préparés, sans avoir étudié à fond les pièces du dossier et les questions à résoudre. C'est précisément cette étude préalable qui fait, explique-t-on aux juristes de formation anglo-américaine, l'efficacité du système continental de l'instruction écrite par rapport à la procédure de *trial*. Lorsque les arbitres sont bien préparés, comme ils ont le devoir de l'être, ils seront en mesure de faire leur conviction en interrogeant les témoins et les parties jusque dans leurs derniers retranchements. Une ou deux séances de délibération dans la foulée de telles audiences sont le plus souvent suffisantes pour trancher les questions de fait et de droit déjà débattues en long et en large. Cela n'est évidemment pas le cas pour les arbitres qui n'avaient étudié que superficiellement leur dossier. Ces arbitres brillent généralement par le peu de pertinence de leurs questions,

voire l'absence presque totale de questions pendant les audiences. Arrivés au délibéré, ces arbitres doivent ouvrir grand leur dossier. Mais il est alors trop tard pour poser les bonnes questions. Les témoins, déplacés jadis à grands frais et *opportunity cost*, sont depuis longtemps rentrés chez eux. Ces arbitres en sont réduits à faire l'impasse sur certaines questions, sauf à devoir réouvrir l'instruction, ce qu'ils ont rarement le courage de faire. Peu importe les causes sociologiques de ces égarements. On a pu parler d'un phénomène d'«arbitres-usines» surchargés et déléguant chaque dossier à un collaborateur qui prépare des notes, voire rédige un projet de sentence.

### *3. Causes liées aux autres acteurs*

36. Les arbitres ne sont évidemment pas seuls. Ils ont besoin du concours des conseils. Un mauvais arbitrage n'est le plus souvent pas imputable seulement aux seuls arbitres. Les conseils, voire l'institution d'arbitrage, porte une part de responsabilité qui peut être plus ou moins grande suivant les cas. Les arbitres ne peuvent pas entièrement suppléer certaines carences des conseils. De nombreux retards sont dus aussi aux parties, par exemple en cas de reports de délais ou d'audiences d'entente entre les parties ou encore de non-paiement de la provision d'arbitrage. Les parties doivent aussi assumer les choix qu'elles font.

### *4. Attentes non réalistes des parties*

37. Le succès de l'arbitrage international est d'abord le succès d'une promesse, comme on l'a dit. C'est une promesse qui a été rendue crédible initialement par quelques pionniers et qui a ensuite été répétée à satiété. Quelle était l'essence de cette promesse? C'était la croyance en l'omnipotence de la connaissance juridique des grands juristes pour résoudre parfaitement les litiges internationaux. D'une part, il y avait le postulat de l'existence d'une solution juridique parfaite. D'autre part, cette solution était censée être atteignable grâce aux connaissances et au savoir-faire qui étaient l'apanage des arbitres internationaux. Cette idée s'est imposée, et a conduit les entreprises à faire de plus en plus confiance à ce mode de règlement. Mais cette idée était-elle fondée?

38. Les déceptions des entreprises peuvent s'expliquer par un certain malentendu. Les utilisateurs de l'arbitrage peuvent avoir des attentes injustifiées, voire irréalistes au sujet de la résolution de leurs litiges par un arbitre international. Ce que les parties aimeraient en réalité, c'est une résolution convaincante et quasi immédiate de leur litige. Comme s'il suffisait de vé-

rifier quelques points pour avoir la solution évidente. Les parties sont disposées à attendre quelques semaines, ou à la rigueur quelques mois en fonction de l'importance de l'affaire. Mais les parties souhaitent généralement qu'un arbitrage international soit comme une brève parenthèse, juste le temps de vérifier la situation juridique sur les points litigieux. Comme si les avocats avaient accès quelque part à une sorte de tableau de bord juridique qui donnerait l'état des droits et obligations des parties. A cela s'ajoute le présupposé que la solution juste, non seulement existe, mais doit s'imposer comme une évidence.

39. Les entreprises, comme tous les justiciables aux prises avec un litige, en veulent aux juristes de pratiquer un art si peu sûr, si compliqué et à un prix disproportionné à la valeur créée. Clarté et sécurité du droit sont si fondamentales dans toute vie des affaires qu'on les considère comme dues. Du point de vue du laïc, on peut en effet s'étonner que les juristes, épris de rigueur, n'aient pas réussi à développer un outil énonçant le droit avec une rigueur quasi comptable, voire scientifique.

40. Malheureusement, cet outil ou ce tableau de bord présumé, et qui serait indispensable, n'existe pas. Contrairement à la situation financière des entreprises, qui fait l'objet d'un suivi comptable constant et vérifiable, leur situation juridique n'est pas enregistrée de façon fiable et précise. Les entreprises n'ont même pas un registre de faits et preuves pertinents. Les avocats de contentieux le savent bien, car c'est leur première tâche que d'établir un dossier de référence contenant toutes les pièces et d'écrire la «bible» des faits, en interrogeant aussi tous ceux qui en ont connaissance. Au surplus, le droit ne possède pas par nature cette qualité d'évidence et de prévisibilité automatique qu'on lui prête volontiers. Le sens du juste est vite pris de court face aux questions juridiques spécialisées et complexes que soulèvent les litiges internationaux. Même des efforts constants pour suivre le développement d'une relation juridique ne parviennent pas toujours à éviter que des doutes surgissent.

41. Quand chaque partie a procédé pendant des mois ou des années sans clarifier en commun avec l'autre partie l'évolution de leur situation juridique commune, c'est comme si une société n'avait pas tenu sa comptabilité pendant tout ce temps. Il faut alors tout reprendre, et c'est beaucoup plus difficile, donc long, coûteux et incertain. Il y a aussi un malentendu des coûts. On part de l'idée que l'arbitre, comme le conseil, se consacrera alors immédiatement et entièrement à l'affaire. Mais les entreprises ne sont pas toujours prêtes à payer pour cette disponibilité. Il n'est économiquement pas possible à un arbitre de survivre sur une ou deux affaires de moyenne importance s'il encourt les frais généraux habituels liés au loyer de bureaux, à l'informatisation et au secrétariat. D'autant moins que nombre d'affaires se transigent. Mais s'il est arbitre dans vingt dossiers, la disponibilité est forcément réduite pour

chaque affaire. Qu'on le veuille ou non la notion de revenu horaire est difficilement contournable. C'est la même problématique *mutatis mutandis* pour les conseils.

42. Il n'est possible de trouver une solution satisfaisante à ces problèmes qu'en travaillant, c'est-à-dire en investissant, avant qu'un litige ne survienne. La valeur du droit, c'est que l'on puisse savoir avant d'agir ce que le droit prescrit. En l'absence d'un suivi juridique qui puisse faire foi entre les parties, il est tout à fait irréaliste de penser que l'on puisse connaître la situation juridique au moyen d'une «simple vérification». Il faut le plus souvent tout reprendre depuis le début, en commençant par établir les faits, avant de pouvoir formuler et résoudre le problème posé.

43. Fondamentalement, les utilisateurs, encouragés par certains propagandistes de l'arbitrage international, ont eu tendance à sous-estimer la difficulté et les ressources nécessaires à l'établissement des faits. Ils ont aussi eu tendance à sous-estimer le nombre et la complexité des facteurs à prendre en compte pour appliquer le droit, ainsi que la nécessité de remonter dans le temps, afin d'établir le contexte juridique à l'origine du litige. Enfin, l'arbitre peut seulement trancher les prétentions des parties; il ne peut pas transformer en un tout logique et cohérent une situation juridique que les parties ont développée au fil des ans en accumulant malentendus et incohérences. Les arbitres ne sont pas des magiciens. La valeur ajoutée de l'arbitrage est ainsi limitée à dégager un sens juridique d'une situation passée souvent embrouillée juridiquement, sans pouvoir l'améliorer. La perception de certains utilisateurs que les arbitres sont imprévisibles, ou coupent la poire en deux, peut s'expliquer par cette sous-estimation de la difficulté et de la complexité, sans oublier les illusions que les parties peuvent entretenir sur le bien-fondé de leur position.

## 5. *Le compromis de la justice arbitrale*

44. Il ne faut pas non plus perdre de vue que l'arbitrage international constitue un compromis<sup>37</sup>. En supprimant les appels, on obtient plus rapidement la finalité du règlement, et l'on augmente donc l'efficacité de l'arbitrage international. Mais ce n'est pas parce que l'on supprime les appels que la première instance devient infaillible pour autant. Les utilisateurs ont tendance à oublier qu'à force de renforcer l'efficacité de l'arbitrage international, on a dû abandonner certains contrôles et garanties. La qualité de la décision au fond n'est plus contrôlable par une instance supérieure, hormis le cas extrême

---

37 P. KARRER, *Brief des Präsidenten*, Bulletin ASA 2000/4, p. 638.

de la violation de l'ordre public, qui ouvre le recours en nullité et le refus d'exécution de la sentence.

45. Un bon exemple est ce qui s'est passé en Suisse avec le chapitre 12 de la LDIP. Le recours pour arbitraire de l'art. 36 let. f du Concordat a été supprimé avec l'art. 190 al. 2 LDIP. Lors d'une conférence organisée pour présenter le chapitre 12 aux entreprises françaises, un des participants, directeur du contentieux d'une grande entreprise française utilisatrice fréquente de l'arbitrage en Suisse, a déclaré qu'il regrettait la suppression du recours pour arbitraire. Selon lui, il se justifiait que les sentences arbitraires puissent être annulées. La majorité des entreprises préfèrent sans doute, dans l'abstrait, que les sentences ne puissent être attaquées pour arbitraire. Ce faisant, elles ont dans l'idée qu'elles ne seront pas victime d'une sentence arbitraire. Elles ont tendance à se voir plutôt dans le rôle de la partie qui veut faire respecter son bon droit et qui gagnera l'arbitrage. Mais le risque de perdre à tort existe bel et bien. On ne peut avoir à la fois vitesse et perfection.

## 6. *Tendance judiciaire*

46. On peut constater une tendance vers l'escalade des enjeux, notamment en ce qui concerne les coûts. La «judiciairisation» de l'arbitrage international est assez généralement constatée.<sup>38</sup> C'est une «tendance lourde», car elle repose sur des justifications difficilement contestables. Par exemple, une justice de bonne qualité suppose un accès aussi complet que possible aux preuves. Il n'est pas juste que des documents pertinents puissent être tenus à l'écart du débat du seul fait qu'ils sont en possession d'une partie de mauvaise foi qui ne souhaite pas les produire. De même, il peut être capital d'identifier et d'interroger les témoins-clés. Et ces témoins pourraient mentir impunément si l'on n'avait pas accès à tous les documents permettant de les confondre (*impeachment*) dans un contre-interrogatoire efficace (*cross examination*). Bref, toutes les excellentes raisons pour lesquelles la procédure civile s'est développée comme elle l'a fait aux Etats-Unis s'appliquent aussi en arbitrage international. C'est ainsi qu'à force d'arguments de procédure légitimes, l'arbitrage international connaît aujourd'hui de plus en plus des procédures de production de documents portant non seulement sur quelques documents spécifiques, mais sur des catégories de documents qui sont décrites de façon de plus en plus large. Les demandes de renseignements suivent aussi cette pente, encore une fois légitime si l'on vise à établir la vérité et à rendre une véritable

---

38 International Arbitration in the 21<sup>st</sup> Century; Towards «Judicialization» and Uniformity [Twelfth Sokol Colloquium] (R. LILLICH and C. BROWER eds 1993).

justice. Cette tendance se manifeste aussi avec les témoins. Tout au plus pourrait-on trouver souhaitable que la procédure contradictoire de type anglo-américain soit rendue moins coûteuse par une intervention plus inquisitoire et proactive des arbitres, qui devraient s'investir davantage dans le dossier depuis le début, sans se laisser enfermer dans des débats indécidables et sans laisser les avocats des parties dominer entièrement le débat.

#### **IV. Progrès encore possibles**

47. Notre propos à ce stade est de trouver des solutions intrinsèques à l'arbitrage international, pour aller jusqu'aux limites de ce que l'arbitrage international peut offrir. Ce sont donc des solutions qui visent à améliorer l'arbitrage international, par opposition à des solutions extrinsèques, telle la médiation ou d'autres modes alternatifs de résolution des litiges. L'arbitrage international peut-il mieux remplir sa vocation, qui est de trancher des litiges? Mais, répondra-t-on, la qualité de l'arbitrage se situe dans le non-droit, les sentences échappant à tout contrôle de qualité, notamment sur le fond de la décision, et la procédure n'étant en principe pas contrôlable non plus. D'ailleurs, les arbitres et institutions d'arbitrage jouissent d'une quasi-immunité. C'est justement ce qu'implique le compromis qui est à la base de l'arbitrage international. Les améliorations envisagées ne doivent donc pas remettre en cause ce compromis, et ne porteront donc pas, pour l'essentiel, sur la réglementation de l'arbitrage international. Les améliorations doivent porter surtout sur la manière dont tous les acteurs, et pas seulement les arbitres, peuvent exécuter leurs prestations, au-delà de leurs rares obligations qui seraient sanctionnables par des voies de droit. Nous aborderons ces améliorations en suivant les thèmes des critiques évoquées ci-dessus.

##### *1. Durée des arbitrages*

###### *a) Institutions d'arbitrage et durée de l'arbitrage*

48. Les institutions d'arbitrage semblent avoir peu d'influence réelle sur la durée des arbitrages. Certes, la CCI prétend tenir compte de la célérité des arbitres dans le calcul de leur rémunération. Mais il apparaît rarissime que la Cour de la CCI décide de ne pas attribuer l'intégralité de la provision d'arbitrage disponible à la fin de l'affaire au motif que les arbitres n'ont pas été assez rapides. Au contraire, nous connaissons des cas où des sentences, même des sentences seulement partielles, se sont fait attendre une année ou plus après le dernier acte de la procédure (dernière audience ou dernière écriture) sans que les arbitres n'aient vu leur rémunération réduite pour autant. Le re-

mède existe donc juridiquement, mais sa mise en œuvre concrète paraît peu convaincante.

49. On peut aussi se demander si, en fixant la rémunération des arbitres pratiquement en fonction de la provision d'arbitrage, la Cour de la CCI n'envoie pas le message opposé aux arbitres: les arbitres sont pratiquement sûrs de recevoir leur part de la provision d'arbitrage quel que soit le nombre d'heures travaillées et la rapidité de leur délibéré. De fait, les arbitrages ad hoc dans lesquels il a été convenu que les arbitres seront rémunérés au tarif horaire semblent, dans notre expérience, inciter nombre d'arbitres à travailler davantage et plus vite. Il est vrai que le tarif horaire conduit souvent à des rémunérations supérieures à celles pouvant être escomptée dans une affaire CCI. Mais les parties ne sont-elles pas prêtes à payer davantage si elles peuvent obtenir un résultat meilleur et plus rapide?

*b) Calendrier procédural*

50. L'autre instrument dont dispose la CCI est sans doute plus efficace en pratique. C'est le calendrier procédural que les arbitres doivent remettre à la CCI avec l'acte de mission, et tenir à jour par la suite. Il en résulte discipline et transparence. Cependant, ce calendrier ne prévoit généralement pas de délai pour la reddition de la sentence. Il peut aussi être modifié pour diverses raisons. La CCI semble en définitive assez impuissante face à un manque de diligence des arbitres. L'arme de la récusation, qui a été utilisée par certaines parties, n'en est pas vraiment une: juridiquement envisageable, elle a peu de chance de succès devant le juge étatique et, surtout, oblige à reprendre au moins en partie l'instruction avec le tribunal dans sa nouvelle composition.

*c) Disponibilité des arbitres*

51. Le temps passé est généralement gage de qualité. Certes, un arbitre peut travailler 300 heures sur un arbitrage et produire un résultat moins bon qu'un autre arbitre qui aura travaillé 150 heures. Mais, à valeur égale, l'important est que l'arbitre consacre suffisamment de temps à l'affaire et, surtout, au bon moment, c'est-à-dire avant les audiences. La non disponibilité des arbitres en raison de leur charge de travail, souvent invoquée, n'est évidemment pas une excuse pour n'avoir pas pu travailler promptement. C'est plutôt une violation en soi de leur devoir de diligence, les arbitres ayant donné au départ une garantie de disponibilité (sauf maladie, accident ou autre force majeure), dans le cadre temporel convenu pour l'instruction de l'affaire.

*d) Procédure accélérée*

52. Le comble du malentendu c'est la procédure de *fast-track*. En effet, ce n'est pas en accélérant la procédure que l'on peut transmuter un litige complexe en litige simple. Les arbitrages à procédure accélérée ne résolvent donc pas le problème. Pire, on ne peut accélérer la procédure qu'en rendant le processus juridictionnel encore plus aléatoire. Ce n'est donc que pour certaines catégories de litiges bien circonscrits qu'une procédure accélérée peut être opportune. Dans les autres, il tend vers la loterie. Certains cyniques diront qu'en jouant à pile ou face, on obtient de toute façon un résultat ni plus ni moins prévisible et juste. Mais jouer à pile ou face n'est évidemment pas une solution généralisable, sauf à renoncer au droit.

*2. Coûts*

*a) Budgets*

53. Le coût principal est celui des conseils, sans oublier, si l'on perd, le coût des conseils adverses. Les condamnations aux dépens sont, en effet, assez généralisées, avec certaines atténuations. En préparant un budget, bien qu'il dépende de nombreux facteurs non prévisibles, on peut au moins éviter les pires surprises. C'est aussi un exercice nécessaire dans le cadre d'un financement du procès par un tiers spécialisé. Ces financements ont certes un coût élevé, mais peuvent éviter qu'une partie doivent renoncer à ses prétentions faute de moyens suffisants.

*b) Institutions d'arbitrage et coûts*

54. Comme on l'a dit, la rémunération des arbitres peut varier fortement suivant le système adopté. Certaines institutions d'arbitrage contrôlent les honoraires des arbitres, d'autres pas, ce qui devrait être un facteur important dans le choix d'une institution plutôt qu'une autre. La CCI semble offrir une certaine protection par rapport à un système de tarif horaire sans limite. Mais les arbitres expérimentés savent aussi convaincre le conseiller responsable de leur arbitrage de demander à la Cour de la CCI des augmentations de la provision. Même si le conseiller consulte aussi les parties, les circonstances sont souvent telles que les parties n'osent pas s'y opposer.

*c) Tarifs horaires*

55. La rémunération des arbitres n'est qu'une partie des coûts de l'arbitrage. Souvent, chaque partie dépense en honoraires d'avocats plus du double des honoraires du tribunal arbitral. Plus les procédures sont longues et laxis-

tes, et plus les frais d'avocat seront élevés. Paradoxalement, les arbitres sont récompensés de leur manque d'efficacité lorsqu'ils perdent contrôle de la procédure, parce qu'ils peuvent alors faire valoir le grand nombre de mémoires et d'audiences pour accréditer l'idée qu'il s'agit d'un cas très complexe. Même avec un tarif horaire élevé, une procédure expéditive sera toujours moins chère. Et les parties sont généralement prêtes à payer si la qualité peut être assurée. En fin de compte, le coût seul est rarement en cause. C'est plutôt le rapport qualité-prix qui importe.

### 3. *Incertitude*

56. Il n'est pas rare que les parties essaient d'estimer leurs chances de succès en fonction des questions à trancher, de leur enchaînement et des probabilités qu'elles soient décidées dans un sens ou un autre (estimées subjectivement, c'est le point faible de l'exercice). Il en ressort un certain nombre de «scenarii», ayant chacun un pourcentage de chances de se produire, égal au cumul des probabilités de chaque décision (méthode du *risk analysis*).

57. Parmi les autres moyens de réduire l'incertitude et les surprises, on pourrait envisager une *Referentenaudienz*, comme en procédure commerciale zurichoise, ou même la communication d'un projet de sentence. L'absence d'appel peut ainsi être partiellement compensée si le tribunal arbitral communique un projet de sentence aux parties en leur impartissant un bref délai pour relever les erreurs qu'auraient pu commettre les arbitres, sans réouvrir le débat. D'une manière générale, toute initiative des arbitres pour cadrer les questions ou soulever des problèmes permet de restreindre d'autant l'incertitude.

### 4. *Qualité des sentences*

#### a) *Institutions d'arbitrage et qualité des sentences*

58. Comme dans tout service public privatisé, les exploitants ont leur intérêt propre à maximiser leurs bénéfices. Pour les arbitres, cet intérêt a pu pousser certains à accepter plus d'arbitrages qu'ils n'en peuvent traiter personnellement. Cette surestimation de leurs forces les conduit à une délégation du travail, en principe occulte. Certes, la CCI contrôle les sentences. Mais ce contrôle n'a qu'une portée très limitée. La Cour de la CCI ne peut que signaler aux arbitres des erreurs, incohérences ou lacunes manifestes. C'est déjà une contribution précieuse de la CCI, car elle est généralement faite avec beaucoup de soin. Mais la CCI n'influe pas davantage, ici comme pour les autres aspects, sur la qualité de la prestation des arbitres.

*b) Choix des arbitres*

59. La loi du marché devrait exclure les arbitres dont la prestation n'a pas été satisfaisante. Dans la réalité, le travail superficiel et la mauvaise disponibilité de certains arbitres n'est guère pénalisée. En l'absence d'un système de *feed-back*, les mauvaises expériences de certaines parties ne viennent pas à la connaissance des parties qui seront impliquées dans d'autres arbitrages et qui risqueront donc de reprendre les mêmes arbitres. Le choix des arbitres par les parties se fait sur recommandations. Les annuaires d'arbitres sont très pratiques, mais nécessairement réducteurs: ils incluent tous les juristes actifs dans la communauté des arbitres, mais ne donnent aucune information sur la qualité de leurs prestations.

*c) Formation des arbitres*

60. Il est indispensable que conseils, arbitres et responsables d'entreprises travaillent ensemble, afin d'améliorer le savoir-faire des arbitres et des conseils. Les arbitres doivent apprendre à travailler efficacement et à savoir motiver et faire travailler les conseils tout aussi efficacement à l'instruction bien organisée des faits pertinents en fonction des règles juridiques applicables. Les arbitres doivent éviter que du temps et de l'argent soient dépensés inutilement, au besoin en orientant le débat. Toute la procédure doit être dynamisée par son seul but, qui est de résoudre justement litige.

61. La diligence et le bon sens commandent aux arbitres de connaître tôt et à fond leur dossier. Ce n'est qu'à ce prix qu'ils pourront gérer la procédure efficacement, sans se laisser déborder par des mémoires fleuves et des documents innombrables, faute d'avoir limité ou sérié les questions. Ce n'est aussi qu'à ce prix qu'ils pourront tenir utilement des audiences «à la continentale». Sinon mieux vaudrait un *trial* de type anglo-américain, où on reprend tout depuis le début, car on peut ainsi s'assurer que les arbitres auront une connaissance complète du dossier. Quant au fond, les arbitres devraient faire particulièrement attention à la justesse de leur décision dès lors qu'elle ne peut pas faire l'objet d'un appel.

*d) Contractualisation de l'arbitrage*

62. Certaines parties ont de tout temps, mais cela semble être plus fréquent aujourd'hui, essayé d'enfermer les arbitres dans certaines limites, quant aux preuves ou aux décisions possibles (limitant par exemple les options entre deux ou trois dispositifs possibles).<sup>39</sup> Ces tentatives nous semblent contradictoires avec la confiance en des arbitres choisis pour leurs compétences.

---

39 CH. JARROSSON, Les frontières de l'arbitrage, Rev. arb. 2001, pp. 5 et s., n° 6.

e) *Recours*

63. Alors que l'exclusion de tout contrôle au fond des sentences a été largement considéré comme un progrès de l'arbitrage international,<sup>40</sup> au nom de l'efficacité, ce dogme est remis en cause par nombre d'entreprises qui ont mesuré les conséquences de cette invulnérabilité et omnipotence des arbitres. Certains ont d'emblée regretté, on l'a dit, que le chapitre 12 de la LDIP ne prévoie plus le recours pour arbitraire. Après bien des efforts de compréhension, certaines entreprises étrangères adeptes de l'arbitrage suisse s'étaient convaincues que le contrôle de l'arbitraire correspondait exactement au degré de contrôle souhaitable sur le fond des sentence. Aux Etats-Unis, certains praticiens essaient de résoudre le problème de la qualité des sentences en étendant le contrôle judiciaire des sentences par accord des parties. Certains tribunaux américains les ont suivis dans cette voie, d'autres pas.<sup>41</sup> On a aussi soutenu qu'il faudrait instituer un organe international de recours contre les sentences. Mais cette solution semble poser plus de problèmes qu'elle n'en résout. Malgré l'effet potentiellement dissuasif des recours sur la mauvaise qualité des sentences, ce remède n'est pas satisfaisant, car il aboutit à recommencer tout ou partie de l'arbitrage.

f) *L'arbitrage à deux niveaux*

64. L'arbitrage CIRDI offre un exemple d'appel arbitral, sans aucun autre recours à des tribunaux étatiques<sup>42</sup>. La Chambre arbitrale de Paris offre un autre exemple d'appel arbitral, qui a la faveur de certaines entreprises. L'appel étant concentré sur les défauts allégués, il ne s'agit pas de refaire tout l'arbitrage.

---

40 Voir récemment sur le sujet: I. FADLALLAH, Nouveau recul de la révision au fond: motivation et fraude dans le contrôle des sentences arbitrales internationales, *Gazette du Palais*, n° 336–337, 2 déc. 2000, p. 5.

41 *LaPine Technology Corp. V. Kyocera Corp.*, 130 F.3d 884 (9<sup>th</sup> Cir. 1997). E. LEAHY/C. BIANCHI, The Changing Face of International Arbitration, *Journal of International Arbitration*, vol. 17/4 (2000), pp. 19 et s., 35. KENNETH M. CURTIN, Judicial Review of Arbitral Awards, *Dispute Resolution Journal*, February/April 2001, pp. 74 et s. HOLLAND & KNIGHT, Expanding the Standards for Judicial Review of Arbitral Awards, [www.internationallawoffice.com](http://www.internationallawoffice.com), à propos d'une clause compromissive étendant le recours en nullité «on the grounds that the award is not supported by the evidence». La Cour d'appel du 10<sup>e</sup> Circuit a jugé qu'elle n'avait pas le pouvoir de contrôler la sentence pour ce motif. *Bower v. Amoco Pipeline Co.*, 254 F.3d 925 (2001).

42 A. GIARDINA, ICSID: A Self-Contained, Non National Review System, *International Arbitration in the 21<sup>th</sup> Century*, pp. 99 et s.

g) *Application du droit*

65. Si les avocats anglais et américains trouvent souvent insuffisant l'examen des faits par les juristes européens continentaux, et si les clients semblent leur donner raison en faisant de plus en plus appel aux premiers pour cette raison, il n'en reste pas moins que l'examen des faits doit être informé par le cadre juridique du débat. L'instruction peut être structurée par les arbitres autour des principales questions juridiques. En effet, les allégations de faits et l'administration des preuves doivent intervenir dans le cadre et en fonction des bases légales invoquées par les parties, par opposition à un documentaire exhaustif sur la relation et son contexte. Si les juristes continentaux peuvent apprendre du savoir-faire anglo-américain quant à l'établissement des faits et la présentation des preuves, les juristes anglo-américains pourraient utilement adopter une approche plus juridique pour structurer l'instruction du dossier. Les arbitres pourraient aller jusqu'à imposer un schéma aux plaigneurs, les obligeant à relier leur allégations et offres de preuves aux conditions juridiques de leurs prétentions. Ce schéma pourrait ensuite être utilisé par les arbitres pour récapituler leurs décisions sur chaque contestation en fait et chaque question de droit.

h) *Lex mercatoria*

66. L'intérêt pour les principes généraux et le droit uniforme a progressé régulièrement. L'idée de la *lex mercatoria* moderne a enregistré un essor non négligeable sous l'influence de B. Goldman. Souvent critiquée pour son caractère vague, il ne s'agit pas à proprement parler d'un moyen de rendre l'arbitrage international plus sûr ou plus prévisible. Cette doctrine s'apparente à la recherche de principes généraux, que certains ont essayé de systématiser et de codifier, notamment E. GAILLARD, CARBONNEAU et BERGER<sup>43</sup>.

i) *Philosophie arbitrale et méthode*

67. B. GOLDMAN faisait remarquer, simplement mais profondément, que l'arbitrage doit servir «les besoins spécifiques du contrat international»<sup>44</sup>. Quarante ans plus tard, Lord MUSTILL y fait écho en rappelant, tout aussi fondamentalement, que l'arbitrage est et doit rester au service de la transaction, («*arbitration is part of the transaction*»), et en incitant les acteurs de l'arbitrage à s'interroger sur la raison d'être et l'objet de chaque procédure d'arbitrage. L'arbitre doit au surplus posséder la motivation, voire l'enthousiasme, nécessaire à son travail et sa mission.

---

43 Voir [www.tldb.de](http://www.tldb.de).

44 Cours RCADI cité, p. 362.

## 5. Conclusion

68. En définitive, il n'y a pas de recette à un arbitrage bien conduit. C'est le résultat d'une expérience et de connaissances qui sont mises en œuvre avec disponibilité, diligence, dévotion, enthousiasme.

## V. Limites de l'arbitrage international

69. On peut certes améliorer encore l'arbitrage international, surtout en améliorant la qualité du service fourni par certains arbitres et certains conseils. On peut aussi améliorer l'information des entreprises, afin d'éviter les malentendus sur ce que l'arbitrage international peut effectivement accomplir. Mais les solutions intrinsèques visent toujours à améliorer le fonctionnement de l'arbitrage international lui-même. Même l'arbitrage le plus idéal ne peut fournir qu'un règlement juridictionnel des litiges. Or l'insatisfaction des entreprises apparaît aujourd'hui mettre en cause le processus juridictionnel lui-même. Cette remise en cause est démontrée par les efforts considérables déployés depuis plusieurs années pour créer des modes alternatifs non juridictionnels de résoudre les litiges. M. HUNTER contraste les perfectionnements de détail que l'on continue d'apporter aujourd'hui à l'arbitrage et à la médiation, avec des changements bien plus importants que les entreprises cherchent à mettre en place pour éviter les litiges.<sup>45</sup>

### 1. Faiblesses du processus juridictionnel

70. D'abord, la croyance que c'est la solution juste qui émergera du processus juridictionnel n'est plus très répandue, si elle l'a jamais été. Chaque partie essaie plutôt de gagner une guerre d'arguments et de preuves, sans aucune garantie que le résultat final apportera une évaluation juridiquement exacte de toute la situation. La définition du litige et des questions litigieuses, et leur qualification juridique, peuvent avoir une influence déterminante sur le résultat du procès. La même relation juridique présentée différemment peut conduire à un résultat différent. On peut ainsi mettre en doute qu'il existe une solution juste unique en pratique. La justice matérielle (du résultat au fond) apparaît souvent être une fiction.

71. Il faut certes que «*justice appears to be done*», mais cela ne veut pas dire que «*justice is done*». D'ailleurs, serait-il nécessaire d'insister pour que

---

45 Op. cit., pp. 386 et 390 («the emergence of a significant *structural* change aimed at the *prevention* of disputes – thus making that most modern of jargon phrases <alternative dispute resolution> obsolete [...]»).

les arbitres soient strictement indépendants des parties (et de toutes autres personnes ayant un intérêt à l'issue du litige) si l'on avait une quelconque garantie qu'il existe une solution juste qu'il soit possible de démontrer à la manière d'un théorème? C'est bien parce que, dans la conception des législateurs et des auteurs de règlements d'arbitrage, les décisions des arbitres reposent davantage sur un art non vérifiable que sur une méthode scientifiquement démontrable qu'il importe tellement que les arbitres ne puissent être suspectés de partialité. C'est parce que l'on ne peut garantir, ni contrôler la justesse des décisions qu'il est crucial que les arbitres n'aient pas de raisons de décider en faveur d'une partie.

72. L'utilité d'une résolution juridictionnelle pour les parties en cause peut aussi être douteuse. Même si l'on était assuré d'aboutir à la solution juridiquement exacte du litige, cette exactitude aurait souvent une valeur plutôt historique: qui avait raison à l'époque des faits n'a pas d'intérêt pour une entreprise qui aura provisionné les risques. On verra dans le résultat de l'arbitrage un gain ou une perte de trésorerie dont les raisons n'ont plus de rapport avec la vie actuelle de l'entreprise. Dans bien des cas, ce qui importe c'est davantage l'enjeu financier que l'attachement à la solution juste. Une méthode autre que juridictionnelle de gérer l'enjeu financier des relations juridiques conflictuelles pourrait donc être envisagée<sup>46</sup>.

## 2. *Méthodes amiables de résolution des litiges*

73. Si les coûts, la durée et l'incertitude des procédures sont co-substantiels du processus juridictionnel de résolution des litiges, et si l'attachement à la justice n'est pas toujours au premier plan des préoccupations des entreprises, on comprend mieux les tentatives de trouver des modes alternatifs non juridictionnels de résoudre les litiges. Les avocats ont cherché à sortir de l'alternative entre justice étatique et justice privée: il ne s'agit plus de régler les litiges mais de les «résoudre». L'importance des efforts consacrés à cette recherche depuis vingt ans et l'engouement des entreprises démontrent, si besoin était, l'ampleur de l'insatisfaction des utilisateurs avec le processus juridictionnel, y compris l'arbitrage international. Ces efforts montrent aussi que l'insatisfaction ne se limite pas à la qualité des services rendus par les arbitres. C'est le processus juridictionnel lui-même qui est considéré comme étant par essence trop long, trop coûteux et d'une valeur ajoutée insuffisante – même lorsqu'il est bien conduit.

---

46 Du même avis, M. HUNTER, op. cit., p. 383: les «rights-based solutions» sont longues et coûteuses, et leur résultat est moins utile que les «interest-based solutions».

74. Cette recherche de modes alternatifs de résolution des litiges a conduit à une troisième voie, par rapport aux justices tant étatique que privatisée. Cette voie n'est pas juridictionnelle. C'est la résolution des litiges par diverses voies amiables (médiation, *partnering*, *dispute review boards*, etc.). Cette troisième voie connaît un attrait certain auprès des entreprises. La CCI a d'ailleurs publié un règlement ADR en 2001.

75. Le recours à ces méthodes peut être contractuellement obligatoire, mais les parties ne sont jamais contraintes d'accepter une solution négociée. Ce n'est que si la solution est acceptée qu'elle liera les parties, comme un contrat. Les modes alternatifs ne sont donc, en cas d'échec, que des préalables au procès, arbitral ou judiciaire. Les modes amiables ne peuvent exister sans une alternative juridique contraignante. Si tous les litiges doivent se résoudre avec l'accord des parties, les règles de droit deviennent sans objet. En l'absence d'un accord amiable, il faut encore pouvoir recourir au processus juridictionnel. Les méthodes amiables ne peuvent s'y substituer entièrement. C'est d'ailleurs ce que reflète les méthodes à deux étages: tentative amiable nécessaire avant de pouvoir aller en arbitrage. La pratique de transformer un accord amiable sur médiation en sentence d'accord n'y change rien, mais commence à agiter la doctrine. En effet, ces sentences d'accord entérinent une solution qui a été obtenue sans aucune garantie procédurale. On sait, par exemple, que les médiateurs peuvent s'entretenir séparément avec chaque partie (*caucusing*) et lui présenter une vue pas toujours objective de la situation.

### 3. Nature profonde du problème

76. L'arbitrage international reste un outil au service d'une fin. La fin est semblable à celle des tribunaux des Etats: c'est de trancher des litiges, en droit ou en équité, avec autorité de chose jugée. L'arbitrage international ne peut éviter les litiges, ni augmenter la sécurité juridique. L'insatisfaction croissante des entreprises face à cette limite est peut-être le problème le plus fondamental qu'ait confronté l'arbitrage international. Car, au-delà des critiques sur la rapidité, le coût et la qualité de l'arbitrage international, c'est son utilité, en tant que processus juridictionnel, qui se trouve remise en cause. M. HUNTER prévoit pour cette raison un déclin de l'arbitrage et de la médiation au motif que les parties n'attendront plus que leurs différends se développent en litiges pour les régler<sup>47</sup>. Les efforts considérables déployés depuis plusieurs années pour créer des modes alternatifs non juridictionnels de résoudre les litiges ne peuvent s'expliquer uniquement par une insatisfaction

---

47 Op. cit., p. 379.

avec les prestations des acteurs de l’arbitrage international. La motivation est plus profonde, et elle met en cause l’utilité du processus juridictionnel.

77. Cette remise en cause du processus juridictionnel, même dans son incarnation arbitrale, nous force à envisager un développement plus radical de l’arbitrage international que de simples améliorations de son fonctionnement. Ce que les entreprises recherchent, c’est la prévention des litiges, mais sans avoir à renoncer à leurs droits. Il s’agit de faire sauter le carcan juridictionnel. Tout en préservant tous les avantages du droit . . .

#### *4. Conclusion*

78. Le règlement juridictionnel des litiges n’est plus une finalité satisfaisante dans l’absolu, mais un pis-aller. La résolution amiable des litiges trouve sa limite dans son caractère non contraignant. La combinaison des deux n’est que leur juxtaposition, et n’apporte donc pas de progrès réel. Ayant ainsi déterminé l’origine de l’insatisfaction profonde et croissante des entreprises, et l’incapacité de l’arbitrage international et des modes de résolution amiable à remédier à cette insatisfaction, force est de rechercher ailleurs le moyen de satisfaire les besoins, bien réels, des entreprises. Nous soutiendrons que la prochaine étape logique dans la gestion des relations juridiques du commerce international passe par des moyens d’assurer la sécurité juridique. Ce n’est qu’en cherchant à réaliser cette finalité que l’on peut vraiment aboutir à prévenir les litiges, c’est-à-dire à s’en affranchir.

## Deuxième Partie

### L’arbitrage préventif

#### I. La sécurité juridique comme finalité

##### 1. *Finalité des modes actuels*

79. La finalité commune à l’arbitrage international, aux modes amiables et aux justices étatiques est toujours de résoudre des litiges. Même si certaines méthodes amiables sont parfois présentées comme des modes de prévention des litiges (*Streitvorbeugung, dispute avoidance*), elles visent en réalité à prévenir les procès, non les différends. Certes, ces modes visent à intervenir toujours plus en amont des procès. On tente de traiter les litiges dès leurs premiers signes d’apparition. On pense par exemple aux *disputes review boards*. Mais il s’agit toujours de moyens d’éviter qu’un différend doive se régler par un procès. Le point de départ de toutes ces méthodes reste donc l’apparition d’un différend. Ce dernier peut porter sur des faits, notamment techniques, ou sur leurs conséquences juridiques, ou sur les deux.<sup>48</sup> La prémissse de l’arbitrage et des autres modes alternatifs de règlement est toujours un différend, et leur finalité est sa résolution; seuls les moyens changent.

##### 2. *Besoin d’une autre finalité*

80. D’une part, la gestion des risques de contentieux est plus que jamais une priorité des entreprises. Les dirigeants d’entreprises sont d’ailleurs appelés à s’impliquer dans la gestion de ces risques.<sup>49</sup> Un contentieux est vu de plus en plus comme un signe inquiétant par les investisseurs, comme le symptôme d’un possible échec dans la gestion des relations de l’entreprise, voire comme un indice d’une certaine incompétence des dirigeants ou même de difficultés financières.

81. D’autre part, les rapports contractuels sont de plus en plus complexes, ou en tout cas toujours plus interdépendants. Les parties ne sont souvent que des

48 Les différends purement factuels, où les parties s’accordent sur les conséquences juridiques qu’aurait chacun des états de fait contestés, sortent du champ de notre étude.

49 C’est déjà le cas en Angleterre avec la réforme du contentieux civil, v. *Financial Times Survey*, Friday, June 25, 1999, p. 14. Voir aussi *Rev. arb.* 1999/2, pp. 230–32 sur la nouvelle loi de procédure anglaise, qui provoque un changement des mœurs à l’égard du contentieux judiciaire.

ensembliers, des sous-contractants, des prestataires de certains services ou des fournisseurs de composants parmi de nombreux autres intervenants. Les grands projets de construction, par exemple, sont réalisés par des syndicats comprenant souvent des sous-syndicats. Mais cela est aussi vrai dans les autres branches économiques, depuis la construction d'avions jusqu'à la construction d'ordinateurs, en passant par l'édition de logiciels. Les litiges peuvent ainsi affecter une pyramide de relations et sont d'autant plus destructeurs ou perturbateurs. Ce phénomène n'est pas nouveau dans les grands contrats. Comme l'écrit E. PETERSEN, «Une particularité des grands contrats est d'impliquer de multiples contributions selon une dépendance et une séquence étudiée. Ils se relient à différents degrés de sous-traitances et de prestations de toutes sortes, ainsi qu'à d'autres engagements en matière financière, de propriété industrielle, d'assurances, etc. Ils s'adossent ainsi à la réalisation de contrats distincts.»<sup>50</sup> Ce phénomène tend à se généraliser. L'effet d'un litige peut ainsi détruire non seulement une relation juridique, mais peut se répercuter sur d'innombrables autres relations juridiques (et économiques), à travers plusieurs pays. Sans oublier que le financement de toutes ces opérations peut reposer lui-même sur des montages impliquant aussi de nombreuses parties.

82. D'où l'importance de pouvoir compter plus que jamais sur la solidité juridique de chaque maillon de la chaîne. Dès lors, la résolution des litiges, que ce soit amiablement ou par une décision s'imposant aux parties, est toujours moins une finalité satisfaisante. Elle ne sera peut-être bientôt plus une finalité acceptable. Au fur et à mesure que l'arbitrage international et les modes non juridictionnels se perfectionnent et se répandent, de nombreuses entreprises prennent conscience qu'il s'agit de pis-aller, et qu'il est nécessaire de s'attaquer à la source des litiges. On ne résout pas le problème en se réservant de régler les litiges qui surviendront. Le problème c'est la survenance de litiges. Comme le dit M. HUNTER, l'arbitrage et la médiation «are no more than refinements applied to a system that has been in use for tens of thousands of years. They are not truly innovative developments that are capable of providing a real response to the rapidly changing environment in which international commerce is conducted.»<sup>51</sup>

### *3. Vers une nouvelle finalité*

83. S'il faut bien résoudre les litiges qui surviennent, on peut de moins en moins se permettre d'avoir des litiges. Le but ne doit plus être de mieux ré-

---

50 La mise en œuvre des ADR dans les grands contrats, *Les Cahiers de l'arbitrage*, Gazette du Palais 14–15 novembre 2001, pp. 42 et s., 43.

51 Op. cit., p. 392.

soudre les litiges, mais bien de les prévenir. Le fait d'avoir à endurer un processus juridictionnel ou même amiable est la conséquence ultime d'un manque de sécurité juridique. Les litiges se nourrissent de l'insécurité juridique. L'existence même d'un litige signifie que la prévisibilité du droit a failli. Le défi est donc d'éliminer l'incertitude juridique. Le besoin sous-jacent est en définitive le besoin fondamental de sécurité juridique. Les entreprises ont besoin d'un cadre d'emblée sûr, qui rendrait la situation juridique incontestable.

84. Le prix que les entreprises sont prêtes à payer pour avoir la sécurité juridique croît en même temps qu'augmente le prix de l'insécurité juridique dans l'environnement économique actuel. Les entreprises ne consacrent-elles pas déjà des ressources importantes à rédiger des contrats sûrs et détaillés? Car c'est en fin de compte l'insécurité juridique qui coûte le plus cher. Si la sécurité n'est pas assurée, le coût de l'insécurité est soit une conciliation, dont le résultat est incertain et suppose dans une certaine mesure une renonciation à ses droits; soit un procès dont le résultat prendra beaucoup de temps et d'argent avant d'être connu et est entre-temps si incertain qu'il nécessite des provisions et hypothèque les options de l'entreprise, sans parler des ressources financières et humaines qui seront englouties au service de cette activité contentieuse non productive.

85. Ce qui est nécessaire, c'est un «*genuine systemic change*» par rapport aux modes de règlements des litiges<sup>52</sup>. Il s'agit de passer du règlement des litiges à une véritable prévention, ce qui suppose une approche fondamentalement différente. Si la nouvelle finalité est la sécurité juridique, le défi est de trouver le moyen de l'obtenir. Existe-t-il un moyen efficace de prévenir les litiges, ou du moins de permettre une vérification simple de la situation juridique lorsqu'un litige survient? Comment peut-on avoir plus de sécurité juridique? Pour répondre, il est nécessaire de rechercher les causes de l'insécurité juridique, ce qui revient à comprendre comment les litiges «surviennent».

## II. Les causes de l'insécurité juridique

### 1. Fatalité?

86. La «proposition de valeur» de l'arbitrage international, comme celle des modes de règlement amiables, repose sur le postulat que certains litiges sont inévitables. Lors de la rédaction de tout contrat, les parties n'insèrent-elles pas systématiquement une clause qui commence par les mots «en cas de litige...»? La survenance de litiges est vue comme une fatalité. Ce que trahit

---

52 Id., op. cit., p. 391.

la rédaction des clauses compromissoires, qui parlent des litiges qui «s'ouvrent», «arise», comme des événements spontanés et inévitables. Si les litiges sont une fatalité, l'objectif de sécurité juridique ne peut pas être atteint, ou en tout cas pas complètement. Il faut vérifier si une telle prémissse est exacte. Les litiges sont-ils vraiment une sorte de fatalité? Ou, au contraire, la sécurité juridique est-elle atteignable?

87. Nous allons voir que les litiges, loin d'être une fatalité, ne sont qu'une façon de gérer l'insécurité juridique (*infra*, 2). L'insécurité, quant à elle, résulte à la fois de la complexité de la mise en œuvre du droit et d'une gestion unilatérale du cadre normatif des relations contractuelles (*infra*, 3). Il suffit de supprimer l'une des deux conditions cumulatives de l'insécurité juridique pour prévenir les litiges. Si l'on gère le cadre normatif de façon prospective et commune aux parties, l'on obtient la sécurité juridique, malgré la complexité de la mise en œuvre du droit (*infra*, chapitre III).

88. La question fondamentale de l'origine des litiges n'est guère discutée par les auteurs traitant du règlement des litiges. On part simplement des litiges pour les résoudre. On s'interroge peu sur la raison d'être du litige comme passage obligé pour déterminer, après coup, les droits et obligations des parties. A l'origine des litiges il y a une incertitude juridique. En effet, sans cette incertitude, la situation juridique ne serait pas contestable, sauf contestation de mauvaise foi. Il n'y aurait pas de place pour un litige «honnête» sans incertitude juridique.

## 2. *Le litige comme moyen de gérer l'insécurité juridique*

89. La réalité historique semble être que le droit s'est élaboré grâce aux procès, et donc aux litiges.<sup>53</sup> Aujourd'hui, le droit s'est développé, mais les justiciables continuent d'avoir recours aux litiges. C'est que le droit n'offre pas (encore) la sécurité juridique concrète. Il apparaît donc que, faute de pouvoir assurer une sécurité juridique suffisante, le passage par le litige est institutionnalisé comme le moyen de gérer cette insécurité dans les relations juridiques, du moins dans les sociétés occidentales. Les litiges sont ainsi créés pour gérer l'insécurité juridique, soit pour y mettre fin – mais de façon rétrospec-

---

53 M. VILLEY, Droit prospectif, Revue de la recherche juridique, 1983, p. 161 («Le berceau du droit est le *procès*; et le procès est une controverse, qui, pour les Romains, aurait pour office d'inventer la solution juste, réconciliant les points de vue des parties adverses.»). V. aussi E. PASUKANIS, La théorie générale du droit et le marxisme, p. 83 («Historiquement, le droit a commencé avec le litige, c'est-à-dire avec l'action judiciaire; et c'est plus tard seulement que le droit s'est emparé des rapports pratiques ou purement économiques préexistants qui revêtirent ainsi, dès le début, un aspect double, à la fois économique et juridique»).

tive. L'activité juridictionnelle est déclenchée par une prétention. A un certain moment, une partie adresse une prétention à une autre pour qu'elle soit acceptée ou contestée, puis tranchée.

90. Dans une dérive actuelle, l'insécurité juridique et sa gestion par la création d'un litige sont exploitées à l'extrême. Comme presque n'importe quelle réclamation bien conçue a une certaine chance de succès, étant donné l'incertitude planant sur l'issue de tout procès, la simple existence d'un litige a une valeur économique. Le litige peut donc être utilisé comme une arme de négociation et comme source d'enrichissement. C'est même l'arme absolue lorsque l'enjeu économique peut être multiplié de façon prodigieuse grâce au processus de la *class action*, surtout si les risques financiers encourus par les demandeurs sont quasi nuls (pas besoin d'avancer les frais d'avocats et absence de condamnation aux dépens). La médiatisation du procès peut encore ajouter des enjeux commerciaux potentiellement énormes. Il s'ensuit une pression souvent irrésistible de transiger. On sait qu'ainsi de très nombreux procès intentés aux Etats-Unis ne vont pas jusqu'au *trial*. Certes, on explique que la raison en est que la situation juridique devient suffisamment claire grâce à la phase de *pre-trial discovery* pour que les parties puissent évaluer leurs chances de succès et transiger sur cette base. Mais beaucoup de ces procès aujourd'hui n'épuisent même plus la phase de *pre-trial discovery*, ce qui rend nécessaire une autre explication. L'exemple du procès intenté aux Etats-Unis contre les banques suisses au sujet des fonds en déshérence montre qu'un minimum d'insécurité juridique suffit pour créer des enjeux énormes et obtenir une transaction proportionnée à ces enjeux, mais sans relation avec les montants qui pourraient revenir aux demandeurs (en l'occurrence les titulaires de comptes ou leurs héritiers). Ces opérations juridico-financières ne seraient pas possibles sans l'insécurité juridique.

91. Ce qui est significatif dans cette exploitation extrême de l'insécurité juridique et du passage par le litige, c'est justement ce rôle du litige pour gérer rétrospectivement l'insécurité juridique. On peut dire que cette culture du litige est un élément central de la culture juridique occidentale. La tendance à régler les problèmes par le contentieux semble même s'accentuer, car un cercle vicieux s'est installé. Le litige met certes fin à l'incertitude juridique dans un cas particulier entre les parties. Mais le fait d'utiliser de façon générale les litiges pour gérer l'insécurité juridique semble contribuer à augmenter globalement cette insécurité. Les litiges arrivent de plus en plus vite et coûtent de plus en plus cher. Il faut donc être prêt à se battre à tout moment et contre tout le monde. C'est la prétention qui a l'initiative. Et chacun doit se comporter en conséquence.

### *3. Les causes de l'insécurité juridique*

92. Pour pouvoir remédier à l'insécurité juridique, il faut comprendre ses causes. C'est ainsi qu'on pourra dire si la sécurité juridique est atteignable ou utopique. Or l'insécurité juridique a deux causes cumulatives: la complexité juridique et une gestion unilatérale du cadre normatif.

#### *a) La complexité juridique comme source d'insécurité*

93. Ce n'est pas le droit, soit le libellé des règles, qui est en soi complexe. C'est plutôt sa mise en œuvre dans les faits qui est génératrice de complexité. Cette complexité n'est plus à démontrer. Elle est due, sans entrer ici dans les détails, au fait que l'applicabilité d'une règle dépend d'un enchaînement de circonstances et de règles, c'est-à-dire d'un cheminement, parmi beaucoup d'autres cheminements. A cela s'ajoute le caractère général et abstrait des règles, qui demandent à être précisées, et le fait que la subsumption des faits à la prémissse de la règle applicable dépend elle-même de plusieurs facteurs. Cette combinaison de facteurs fait que le résultat du litige peut changer diamétralement en fonction de nombreuses circonstances. A cela s'ajoute souvent la difficulté d'établir les faits, qui aboutit à une vérité judiciaire toujours incomplète.

#### *b) Gestion unilatérale du cadre normatif*

94. Les sujets de droit opèrent en fonction d'un cadre, ou présupposé, normatif. Ce cadre normatif est formé des règles que les sujets présument leur être applicables. Par nature, le cadre normatif n'est pas vérifiable. Il n'existe que dans le monde normatif, qui est une construction de l'esprit. Cette construction n'est vérifiable ni expérimentalement, ni mathématiquement.

95. Néanmoins, chaque sujet de droit, notamment chaque entreprise, voudrait que le présupposé normatif en fonction duquel il exerce son activité soit fiable, ce qui suppose qu'il soit vérifiable. Et vérifiable rapidement. L'entreprise ne veut pas que le présupposé normatif puisse être sérieusement contesté après coup, c'est-à-dire après qu'elle a déployé ses ressources et son activité en fonction de ce présupposé. Elle ne veut pas d'une situation où son partenaire puisse arriver avec une autre version de ce qu'est le présupposé normatif. Bref, elle ne veut pas de litige. Chaque litige confirme d'ailleurs la précarité du présupposé normatif.

96. Or le comportement des entreprises ne correspond pas à leurs aspirations. Elles commencent par construire ensemble le cadre normatif de leur relation au moyen d'un contrat. Il y a donc au départ accord à peu près complet sur le cadre normatif, c'est-à-dire sur les règles applicables. Mais ensuite, les

parties élaborent leurs vues unilatéralement. Entre contrat et litige, les parties ne travaillent généralement pas en commun sur l'évaluation du cadre normatif de leur relation. Ainsi, la relation juridique, qui est par essence relative à autrui et mutuelle, est néanmoins appréhendée unilatéralement par chaque partie, jusqu'à ce que ces parties se retrouvent dans la relation de nouveau mutuelle, mais antagoniste, du procès. Et voilà comment une partie devient une partie adverse. Avec ce système, chaque partie est virtuellement une partie adverse.

97. En définitive, ce qui est en cause, c'est donc l'évaluation du cadre normatif dans lequel la relation juridique se développe. Dans notre culture occidentale, cette évaluation se caractérise par l'unilatéralisme et le maximalisme, avec à la clé l'antagonisme. Chaque partie suit, plus ou moins bien, sa situation juridique pour elle-même et cherche à maximiser ses avantages.

98. L'inconvénient de cette approche est qu'elle repose sur un postulat qui se révèle être une pure fiction, comme on vient de le voir. C'est le postulat que l'on peut toujours connaître la situation juridique de façon sûre et fiable. Or tout le monde sait que, sitôt qu'une situation devient un peu complexe, si l'on sollicite l'avis de deux juristes, on se retrouve confronté à trois avis différents! Et encore, cette remarque n'a trait qu'à l'application du droit aux faits. L'établissement des faits est lui-même problématique, voire impossible avec certitude. C'est la raison d'être des règles sur la charge de la preuve, ainsi que des règles de preuve (*rules of evidence*). Même si les *rules of evidence* ne s'appliquent pas en tant que telles à l'admissibilité des preuves en arbitrage international, elles n'en conservent pas moins une grande valeur comme aide à l'appréciation des preuves.

#### 4. Conclusion

99. La notion de litige est un pis-aller pour traiter les conséquences du manque de sécurité juridique. Le recours aux litiges est le corollaire d'une évaluation unilatérale du cadre normatif des rapports contractuels.

### III. Remède à l'insécurité juridique

#### 1. L'approche prospective commune

100. S'il n'est pas (encore) possible de dominer la complexité de la mise en œuvre du droit, il est possible d'agir sur l'autre condition de l'insécurité juridique, en remplaçant une évaluation unilatérale par une évaluation commune du cadre normatif. Cette évaluation commune doit nécessairement être pros-

pective: ce qui doit être partagé par les parties, c'est la connaissance des règles qui leur sont applicables avant qu'elles ne trouvent application. Pour sortir du cercle vicieux que représente la nécessité d'établir rétrospectivement la situation juridique des parties ayant fonctionné sur un mode unilatéral, il faut que les parties recherchent les règles applicables avant que les faits dont dépend leur application se soient réalisés. Le vrai problème est qu'on a toujours établi le droit après-coup, au moment où les règles ont déjà eu l'occasion de s'appliquer.

101. Certes, on ne peut pas appliquer les règles avant que les faits auxquels elles s'appliquent se soient réalisés. Mais il existe tout de même une solution: c'est de dissocier les deux composantes de l'activité juridictionnelle (voir ci-dessous). C'est ainsi que l'on peut briser le cercle vicieux (consistant à devoir créer un litige pour résoudre l'insécurité juridique) en recourant à un énoncé prospectif commun des règles applicables à la relation. Les deux parties peuvent ainsi se fier au même énoncé des règles qui leur sont applicables. Cette solution permet d'instaurer une connaissance mutuelle du cadre normatif après la conclusion de leur contrat et avant tout litige.

102. Une telle démarche s'impose aussi, en dehors d'avantages pratiques, pour une raison logique. En effet, la situation juridique a un impératif de cohérence: comme son objet est la relation entre les parties, et comme elle prétend donc s'appliquer aux deux parties, la situation juridique doit nécessairement être unique et mutuelle. Mais les vues qu'en ont les parties risquent de différer. Pour s'assurer que les parties aient la même connaissance de leur situation juridique mutuelle, il faut que celle-ci soit évaluée par un mécanisme commun. Ce mécanisme commun peut être un tiers juridiquement habilité à évaluer la situation juridique.

## 2. *Les deux étapes de l'activité juridictionnelle*

103. L'activité juridictionnelle, et notamment celle de l'arbitre, peut être scindée en deux étapes distinctes. La première est l'énoncé des règles qui étaient applicables à l'époque des faits. C'est l'étape prospective: même si elle est faite après les faits, on se place à un moment où les règles ne se sont pas encore appliquées, comme au futur antérieur. C'est comme si l'arbitre disait aux parties: «voilà ce que vous pouviez, deviez, ou ne deviez pas faire à l'époque».

104. Ensuite seulement, l'arbitre examinera ce que les parties ont fait, et en tirera les conséquences juridiques. C'est là la seconde étape, où l'arbitre applique les règles qu'il a énoncées. L'activité juridictionnelle de l'arbitre est globalement rétrospective: il applique les règles après que les faits se sont déroulés. Mais cette activité suppose un moment préalable d'énoncé des règles

qui étaient applicables. La distinction entre l'énoncé des règles applicables et leur application est essentielle pour notre propos. Il convient donc de s'y attarder.

*a) Etape prospective de l'activité juridictionnelle*

105. L'énoncé prospectif des règles applicables revient à déterminer les différentes options juridiques qui étaient ouvertes aux intéressés au moment des faits litigieux. Il suffit d'examiner les sentences arbitrales pour se convaincre que cette étape est toujours présente. Les sentences contiennent des développements qui pourraient être rédigés au futur antérieur. C'est qu'avant d'appliquer le droit, il faut identifier les règles applicables, en se plaçant dans la situation juridique de l'époque. Dans le cadre de l'application rétrospective des règles à une situation passée contentieuse, l'étape prospective est un préalable nécessaire.

106. Certains arbitres ou juges ne semblent pas, à première vue, se replacer dans le contexte de l'époque. Ils semblent se borner à comparer le fondement de fait de la prétention litigieuse avec les éléments nécessaires à l'octroi de la prétention en droit. Ils constatent simplement la coïncidence ou la non-coïncidence entre les deux, et octroient ou rejettent la prétention. Autrement dit, la prétention se fonde sur une base légale, dont il suffit d'énumérer les conditions, puis d'en vérifier la réalisation. Peu importe que ces conditions correspondent à un cadre normatif qui eût pu être énoncé à l'époque.

107. Mais en réalité, il faut bien que ces arbitres identifient les bases légales, c'est-à-dire les règles qui leur permettront de dire quels sont les éléments nécessaires à l'octroi de la prétention. Même si les plaideurs choisissent d'invoquer tel article du Code, cela ne dispense pas l'arbitre, comme le juge, de déterminer la disposition réellement applicable, serait-elle autre que celle invoquée par le demandeur. La maxime *da mihi facta dabo tibi jus* est régulièrement invoquée par le Tribunal fédéral pour refuser d'annuler une sentence qui octroie des conclusions sur une base différente de celle invoquée par le demandeur et pour rappeler que le rôle des arbitres est de déterminer d'office les règles applicables.<sup>54</sup> En réalité donc, les arbitres doivent bien identifier eux-mêmes les règles qui étaient applicables.

108. Au surplus, les règles juridiques sont fondamentalement destinées à guider les justiciables en temps réel, avant de servir à résoudre les litiges. Les

---

54 ATF St Petersburg Bank c. ATA, 2 mars 2001, 4P.260/2000/rnd, Bull. ASA 3/2001, 531–38, 534, consid. 5b: «De même, le tribunal arbitral ne statue pas *ultra petita*, qui fonde le paiement auquel il condamne sur une réparation du dommage alors même que la partie n'a invoqué que l'exécution du contrat».

règles ne sont considérées rétrospectivement qu'en cas de litige. On doit pouvoir connaître et comprendre les règles autrement que dans le rétroviseur du juge.

109. Par exemple, le demandeur reproche au défendeur de ne pas lui avoir permis d'exercer son droit de préemption sur des actions avant que le défendeur les ait vendues à un tiers. Le défendeur réplique que le droit de préemption ne s'appliquait pas en l'espèce, car le demandeur n'aurait de toute façon pas pu l'exercer pour des raisons de réglementation publique (par exemple, interdisant le contrôle par des étrangers dans le secteur économique en cause), ce que conteste le demandeur. Trois ans après les faits, un tribunal arbitral énoncera les règles applicables, dont on pourra déduire si le défendeur aurait effectivement dû donner la possibilité au demandeur d'exercer son droit de préemption dans ces circonstances, avant de vendre les actions à un tiers. Si ces règles avaient été établies (prospectivement) de façon incontestable à l'époque, le défendeur aurait pu décider en connaissance de cause de vendre ou non à un tiers en fonction de son obligation, ou non, d'offrir les actions au demandeur. Faute d'avoir pu établir les règles de façon incontestable, le défendeur s'est fondé sur son appréciation unilatérale. Trop prudent, il a renoncé à effectuer une vente qui aurait permis un rapprochement avec un grand groupe permettant de valoriser fortement son entreprise. Ou, pas assez prudent, le défendeur a décidé au contraire d'effectuer une vente qui l'obligeait en réalité à offrir préalablement ses actions au demandeur. Dans ce cas, cette vente aura conduit à deux ans de consolidation avec le groupe acheteur, mais qui seront ensuite anéantis par une sentence défavorable, obligeant de surcroît le défendeur à indemniser le demandeur et laissant le défendeur dans une situation dans laquelle la société défenderesse n'est plus viable faute d'alliance avec un grand groupe. Que le défendeur ait choisi l'une ou l'autre option, il avait pratiquement une chance sur deux de faire un choix désastreux, soit en renonçant à une occasion unique au motif d'une obligation juridique en réalité inexistante, soit en saisissant cette occasion en violation de son obligation en réalité existante. Le défendeur avait de toute façon 50 % de chances de commettre une erreur juridique aux conséquences catastrophiques.

110. Dans un autre exemple, un demandeur-distributeur conteste la résiliation par le défendeur-concédant d'un contrat de distribution exclusive au motif que le distributeur avait refusé d'appliquer une certaine politique promotionnelle. Le distributeur estime qu'il n'était pas tenu d'appliquer cette politique. Deux ans plus tard, le tribunal arbitral énoncera les règles applicables, dont on pourra déduire si le distributeur aurait effectivement dû appliquer ladite politique. Si ces règles avaient été énoncées à l'époque, le distributeur aurait pu décider en connaissance de cause d'appliquer ou non ladite politique; faute d'un tel énoncé, le distributeur s'est fondé sur son appréciation.

tion unilatérale, avec 50% de chances de se tromper, et le concédant s'est fondé sur sa propre appréciation pour résilier le contrat, avec 50% de chances de se tromper, avec pour conséquence d'avoir nommé un nouveau distributeur en conflit avec le premier jusqu'au terme de l'arbitrage.

111. Parmi les cas les plus fréquents, et les plus perturbateurs, on trouve les résiliations pour justes motifs des contrats de durée. La durée du procès arbitral fait que l'incertitude se prolonge, surtout dans les contrats (autres que les contrats de service) où l'effectivité de la résiliation dépend de son bien-fondé, ou pour la dissolution d'une société simple pour justes motifs, qui est prononcée avec effet *ex nunc*. A cela s'ajoutent les problèmes de liquidation du contrat. Il n'existe pratiquement aucun arbitrage qui n'aurait pu être évité par un énoncé commun de règles en temps opportun. Tout au plus, certains litiges nés de développements soudains et peu prévisibles ne peuvent être facilement anticipés pour obtenir à temps l'exposé des règles applicables.

*b) Etape rétrospective de l'activité juridictionnelle*

112. L'étape rétrospective est celle de l'application des règles aux faits de la cause. Le procès, tant judiciaire qu'arbitral, vise à appliquer rétrospectivement à des faits passés les règles de droit pertinentes. L'étape prospective est absorbée dans l'étape rétrospective, mais les deux sont réunies dans l'activité juridictionnelle. Il en va d'ailleurs de même du *Schiedsgutachten* et de l'arbitrage dit contractuel. Toutes ces activités, qu'elles aient force de chose jugée ou seulement force contractuelle, consistent à appliquer des règles de droit rétrospectivement à des faits passés, afin de rendre une décision tranchant entre des vues opposées.

*3. Dissociation des deux étapes juridictionnelles*

*a) Utilité de dissocier l'énoncé prospectif des règles applicables*

113. Si les parties avaient su à l'époque des faits ce que la sentence arbitrale leur énonce comme étant les règles qui étaient applicables à l'époque, elles auraient peut-être agi différemment: «*If I knew then what I know now, . . .*» est une réflexion fréquente lorsque le client prend connaissance de la sentence arbitrale. Autrement dit, s'il avait su, il aurait souvent agi différemment.

114. En mettant en œuvre la première étape de l'activité juridictionnelle au moment où les parties doivent encore agir, déployer leurs ressources et organiser leur activité en fonction des règles applicables, et non après-coup lorsqu'elles ont déjà agi, on obtient la sécurité juridique. Si l'on identifie ces règles avant que leurs prémisses et prescriptions soient réalisées (ou pas réalisées), on se trouve au moment où le sujet de droit n'a pas encore agi en fonc-

tion de ces règles. Ce dernier peut donc tenir compte des règles et savoir ce que le droit prescrit, permet, interdit, etc.

115. Encore faut-il que cette information soit commune aux parties. Les développements dans les sentences qui décrivent quelles étaient les règles applicables, et que les parties devaient respecter à l'époque des faits, devraient, pour avoir toute leur valeur pour les parties, leur être connues et communes déjà à l'époque des faits. La meilleure des sentences n'aura jamais autant de valeur qu'un énoncé prospectif incontestable.

116. Dans l'exemple ci-dessus du droit de préemption, l'énoncé prospectif décrirait les règles régissant le droit de préemption et leur interaction avec la réglementation publique pertinente sur les investissements étrangers. Dans l'exemple de la résiliation du contrat de distribution, il suffirait d'expliquer les règles sur les obligations du distributeur en matière de promotion et régissant généralement les rapports entre les parties en matière de politique promotionnelle.

*b) Similitude avec l'utilité des contrats*

117. Si l'on reconnaît l'utilité d'écrire un contrat, on doit logiquement aussi reconnaître l'utilité d'obtenir un énoncé prospectif et commun des règles applicables. Dire que l'arbitrage préventif est inutile équivaut à soutenir qu'un contrat est inutile. C'est simplement faux. Même lorsque les parties sont de bonne foi, c'est-à-dire s'efforcent d'agir de façon juste, un litige honnête peut survenir. Si une partie n'est pas de bonne foi, l'énoncé prospectif des règles sera encore plus utile, afin de protéger la partie de bonne foi. La seule question est celle du coût: coût de rédiger un contrat, coût d'obtenir un avis prospectif commun des règles applicables. Est-il plus avantageux de prévenir les litiges que de les résoudre? La réponse dépend du coût de la prévention, comparé au coût et à la probabilité d'un litige potentiel.

118. L'énoncé prospectif mutuel des règles applicables peut être accompli de trois façons: d'un commun accord entre les parties (sorte de contrat complémentaire sur les règles applicables), par un avis d'un tiers à valeur contractuelle (avis de droit prospectif), ou par un énoncé des règles qui participe par avance de l'autorité de chose jugée d'une future éventuelle sentence arbitrale (arbitrage préventif ou pré-arbitrage). Passons en revue ces trois modes d'énoncé prospectif des règles applicables.

*4. Enoncé concerté*

119. Il est tout d'abord possible de pallier la conséquence indésirable du manque de vérifiabilité du cadre normatif si les parties se mettent d'accord

pour établir en commun ce cadre chaque fois que cela peut être utile. On se concerte sur les règles applicables, avant qu'elles trouvent application, c'est-à-dire avant d'agir en conséquence. Le problème de ne pas savoir quelle règle sera appliquée par le juge disparaît, puisqu'on est d'accord sur les règles applicables et sur leurs conditions d'application. Les deux parties savent donc en fonction de quelles règles juridiques elles peuvent ou doivent se conduire. La connaissance des règles applicables est partagée, mutuelle, comme après avoir signé un nouveau contrat, mais sans avoir à le renégocier. La démarche commune d'établissement des règles applicables permet de s'y fier, car elle empêche les divergences de vues qui sont le produit d'évaluations unilatérales sur le même sujet.

### *5. L'avis commun prospectif*

120. Le même résultat peut être obtenu par un avis de tiers ayant aussi valeur contractuelle, pour le cas où les parties ne pourraient (faute de compétences juridiques suffisantes) ou ne voudraient (pour des raisons de convenance ou politiques ou par crainte de diverger) s'entendre sur les règles applicables à l'avenir de leur relation. Cet avis consiste pour les parties à faire clarifier par un tiers, de façon qui les lie, les règles applicables à leur relation. Cette pratique a la faveur de certains grands groupes soucieux d'éviter tous litiges entre eux. La «consultation conjointe» peut être requise, le plus souvent en dehors de tout environnement contentieux, sur des questions soit techniques, soit juridiques, soit tous les deux, et déboucher sur une recommandation ou lier les parties.<sup>55</sup> Mais la consultation conjointe est demeurée une pratique informelle, dont le cadre juridique n'est guère exploré. «La consultation juridique conjointe peut n'être que le complément de la consultation technique, surtout si les aspects techniques et juridiques d'un différend s'avèrent étroitement imbriqués. Elle peut également être autonome. La consultation juridique semble avoir connu un intérêt particulier en raison de l'absence de maîtrise par les parties de différentes nationalités d'un système juridique tiers. De telles consultations servent à mesurer des risques, à organiser une stratégie de prévention, à consolider des accords ou à modifier des engagements dans la mesure où de telles révisions se révéleraient opportunes compte tenu de la critique juridique révélée par la consultation.»<sup>56</sup>

---

55 E. PETRESEN, op. cit., pp. 43–45.

56 Id., p. 45.

## 6. *L'arbitrage préventif*

121. Les entreprises veulent pouvoir mener leurs affaires en fonction d'un cadre normatif fiable. Cette fiabilité existe si l'énoncé des diverses règles applicables est commun aux parties, et davantage encore si cet énoncé s'impose de façon définitive. Si l'énoncé des règles n'a qu'une force contractuelle, on peut penser que l'arbitre pourra revenir sur le contenu de l'énoncé de règles s'il l'estime entaché d'une erreur grossière de droit, par analogie avec le régime du *Schiedsgutachten* (voir *infra*). Le caractère définitif est indispensable si les parties veulent pouvoir tabler sur l'énoncé de règles pour déterminer leur stratégie et leur comportement en fonction des règles énoncées. C'est justement lorsque l'une des parties cherche à se dégager de la solution donnée par le tiers qu'apparaît l'avantage de l'arbitrage sur le *Schiedsgutachten*: s'il s'agit d'un arbitrage, le recours en nullité est la seule voie de contestation ouverte.<sup>57</sup> Il faut donc que l'énoncé de règles bénéficie de cette force de la sentence et ne puisse être remis en cause qu'avec elle. C'est cette caractéristique qui nous amène à préférer l'expression d'«arbitrage préventif».

## 7. *Conclusion*

122. L'énoncé des règles applicables est d'autant plus fiable s'il n'a pas seulement force contractuelle, mais participe par avance de l'autorité de chose jugée d'une éventuelle seconde étape juridictionnelle. On serait tenté, à première vue, d'être sceptique sur la possibilité d'un tel pré-arbitrage portant sur les règles applicables. On pourrait même l'exclure sommairement comme ne rentrant dans aucune des catégories reconnues. On pourrait même le condamner hâtivement comme étant un sidéroxylon, l'autorité de chose jugée étant indissociable d'un litige. Il convient donc d'examiner si l'arbitrage préventif peut exister.

## IV. Notion d'arbitrage préventif

123. Il n'existe pas de théorie du caractère définitif d'un tel énoncé de règles, pour la bonne raison que cet énoncé n'a jusqu'ici pas été, à notre connaissance, envisagé comme tel. Certes, certaines entreprises qui ont recours à des avis prospectifs ont parfois exprimé le souhait que ces avis puissent être définitifs. Mais il leur était régulièrement répondu que l'autorité de

---

57 CH. JARROSSON, Rev. arb. 2001. 5, 17.

chose jugée ne pouvait évidemment pas s'attacher à de tels avis, puisqu'ils ne sont pas des décisions juridictionnelles. On n'a pas été plus loin, à notre connaissance, pour rechercher le moyen de conférer ce caractère définitif souhaité. Nous verrons cependant qu'il n'y a pas de raison de l'exclure, même si l'on ne peut évidemment pas parler en l'occurrence d'autorité de chose jugée. L'autorité de chose jugée suppose, en effet, un litige et une décision juridictionnelle, c'est-à-dire l'application rétrospective de règles à des faits passés<sup>58</sup>. Pour reconnaître un caractère définitif à un énoncé de règles, il apparaît indispensable de dépasser la dichotomie entre force contractuelle et force de chose jugée. L'énoncé prospectif est une catégorie intermédiaire, car elle ne consiste ni à créer des règles ni à les appliquer, mais plutôt à les énoncer, si nécessaire en les particularisant.

### 1. Qualification et catégories

124. Il est nécessaire que la qualification d'une institution juridique corresponde à un régime applicable et vice versa. La qualification consiste à classer dans une catégorie. Chaque catégorie juridique est assortie de son régime propre. C'est précisément toute l'utilité de distinguer ces catégories. Sinon, l'on aurait une catégorie inutile, «*a distinction without a difference*» comme disent les plaideurs.

125. En matière de mission donnée à un tiers de s'exprimer sur la situation juridique ou factuelle entre les parties, les catégories existantes se définissent en fonction de certains critères. En Suisse, le critère principal se réfère à la force obligatoire de la solution donnée par le tiers. On distingue ainsi entre l'arbitrage proprement dit (ayant force de chose jugée) et les décisions ayant force contractuelle (dont l'exécution doit encore être poursuivie en justice).<sup>59</sup> Dans la catégorie des décisions à force contractuelle, on classe: l'arbitrage contractuel,<sup>60</sup> la réception en Suisse de l'*arbitrato irrituale* italien<sup>61</sup>, le *Schiedsgutachten*<sup>62</sup> et même la détermination d'éléments de fait, notamment

---

58 Sur la question de savoir sur l'autorité de chose jugée suppose un litige: CH. JARROSSON, La notion d'arbitrage, n° 137.

59 A. BUCHER, Le nouvel arbitrage international en Suisse, 1988, pp. 23 et s.

60 W. WENGER, Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren im schweizerischen Recht, 1968.

61 PATOCCHI/SCHIAVELLO, Arbitrato irrituale: how should it be handled in a non-Italian jurisdiction? A discussion from a Swiss perspective, The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, June 1998.

62 Nous utiliserons le terme *Schiedsgutachten* plutôt qu'expertise, car le premier est clairement réservé à une décision obligatoire, alors que le second n'a pas toujours ce sens lorsqu'il n'est pas suivi d'épithètes tels que «irrévocable» ou «obligatoire».

techniques. Ont aussi une force contractuelle, mais ne sont pas des décisions, la détermination d'éléments du contrat par un mandataire commun et l'adaptation du contrat<sup>63</sup>. Il n'est pas exclu qu'un arbitre puisse recevoir en même temps mandat de compléter ou d'adapter le contrat qu'il doit appliquer pour trancher le litige dont il est saisi. Ainsi, l'arbitre pourra avoir mission de compléter (avec force contractuelle) un élément essentiel du contrat, qu'il aurait sans cela dû déclarer nul dans sa mission d'arbitre.

126. H. MOTULSKY distinguait (du point de vue du droit français) trois catégories: l'arbitre qui tranche une contestation en rendant une décision, le mandataire commun qui parfait une convention sans trancher aucun litige (art. 1592 Code civil français) et l'expert qui formule une opinion, laquelle ne lie ni les parties ni le juge.<sup>64</sup> L'arbitrage contractuel n'y figure pas. B. OPPETIT s'est interrogé sur la spécificité de l'arbitrage contractuel<sup>65</sup>, que CH. JARROSSON estime être une appellation trompeuse.<sup>66</sup> Dans les droits où il est reconnu, il n'a certes qu'une force contractuelle, mais sa nature est quand même de trancher un différend; nous aurons l'occasion d'y revenir. L'arbitrage contractuel se recoupe donc partiellement avec l'expertise irrévocable du droit français, la «tierce décision obligatoire» développée récemment en droit belge<sup>67</sup> et le *Schiedsgutachten*: toutes sont des décisions d'un tiers liant contractuellement les parties. On peut dès lors se demander s'il ne se justifie pas d'avoir, du point de vue de la nature de l'activité (décision), un concept large et unitaire de l'arbitrage, comprenant l'arbitrage juridictionnel, l'arbitrage de qualité et l'arbitrage contractuel.<sup>68</sup> Tout dépend évidemment de quel point de vue l'on établit les catégories: pour décider du degré de force contraignante de la décision du tiers, ou plutôt pour déterminer d'autres aspects de leur régime juridique, par exemple les garanties de fonctionnement nécessaires suivant la nature de l'activité. W. HABSCHEID va jusqu'à écarter l'existence d'un litige juridique comme critère de distinction entre les différents types de *Schiedsgutachten*, au motif que ce critère est sans valeur dès lors que les parties ne sont pas d'accord sur les points en question et que

63 A. BUCHER, op. cit., p. 23; W. PETER, Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, A Study with Particular Reference to Means of Conflict Avoidance Under Natural Resources Investment Agreements, Dordrecht, etc. 1986.

64 H. MOTULSKY, Ecrits, t. II: Etudes et notes sur l'arbitrage, 1974, pp. 41–43.

65 Théorie de l'arbitrage, pp. 72–81.

66 Rev. arb. 2001, 24.

67 O. CAPRASSE, De la tierce décision obligatoire, Journal des Tribunaux, 18 sept. 1999, p. 565. M. STORM, La tierce décision obligatoire ou l'avis obligatoire comme moyen de prévention des litiges. Une étude comparative des limites entre le droit des contrats et le droit de la procédure, Rev. de dr. internat. et de dr. comp., 1985. 285.

68 R. DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, 1982, n° 28 et 452; B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, pp. 53–54.

même lorsque ce désaccord ne porte que sur des points de fait, il affecte les droits qui dépendent de l'état de fait.<sup>69</sup>

127. L'arbitrage préventif ne s'insère dans aucune des catégories existantes. Cela n'est pas surprenant, car les catégories existantes concernent toutes des décisions rétrospectives, sauf le mandataire commun, qui crée, complète ou adapte une règle contractuelle pour l'avenir. Le propre de l'arbitrage préventif n'est pas d'appliquer des règles à une situation passée (conflictuelle), ni de créer des règles, mais de les énoncer. Afin de découvrir si un régime juridique existant peut s'appliquer à l'arbitrage préventif, il se justifie de comparer plus en détail les catégories existantes avec l'arbitrage préventif. Les catégories existantes pouvant entrer en considération sont à première vue: le complètement d'un contrat, le *Schiedsgutachten*, l'arbitrage contractuel et l'arbitrage juridictionnel.

## 2. Comparaison avec le complètement d'un contrat

128. Le complètement d'un contrat n'entre pas, sauf pouvoir spécialement donné à cet effet, dans la mission de l'arbitre préventif: créer des règles c'est faire davantage que de les énoncer. L'arbitrage préventif est tout à la fois moins et plus qu'un complètement de contrat. Du point de vue de la nature de l'activité, c'est moins, car l'arbitre préventif ne crée pas de règles; l'arbitre préventif ne fait qu'énoncer des règles pré-existantes. Le mandataire commun ayant le pouvoir de fixer le prix d'un contrat de fourniture à long terme, par exemple, a un pouvoir bien plus redoutable, d'autant plus qu'il l'exerce en équité.<sup>70</sup> Mais l'arbitrage préventif est aussi plus qu'un complètement de contrat, car il liera le futur arbitre d'une façon plus définitive qu'une règle contractuelle, dont la validité peut être remise en cause par l'arbitre (juridictionnel) s'il la juge manifestement inéquitable.

## 3. Comparaison avec le *Schiedsgutachten*

129. Le type de *Schiedsgutachten* qui est le plus proche de l'arbitrage préventif est celui qui porte sur la détermination d'une question juridique.<sup>71</sup> Mais l'objet de ce *Schiedsgutachten*, contrairement à l'arbitrage préventif, est une question spécifique, généralement litigieuse entre les parties. Ce *Schiedsgutachten* fixe un montant (rémunération, taux d'intérêt, dommage) ou vérifie la

69 Id., p. 197.

70 GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, p. 579; HABSCHEID, Droit judiciaire suisse, pp. 551.

71 HABSCHEID, Kralik-FS, pp. 191–92.

réalisation d'une condition.<sup>72</sup> Ce *Schiedsgutachter* n'est donc pas saisi pour énoncer les règles applicables à une certaine situation; sa mission est de rendre une décision sur un point controversé. Quant aux autres types de *Schiedsgutachten*, n'ayant pas pour objet des questions juridiques, ils sont encore plus éloignés de l'arbitrage préventif, qui est juridique. L'établissement de faits essentiels n'est clairement pas l'objet de l'arbitrage préventif.

130. L'arbitrage préventif, c'est-à-dire l'énoncé de règles à caractère définitif, pourrait-il constituer une nouvelle catégorie de *Schiedsgutachten*, qui serait déclaratoire non pas sur l'application d'une règle à un fait (question particulière), mais sur un ensemble de règles applicables? Jusqu'à présent, le *Schiedsgutachten* a toujours été conçu comme une détermination spécifique, généralement de prétentions, en fait ou en droit, litigieuses, c'est-à-dire une décision.<sup>73</sup> Bien qu'il soit tentant de raccrocher l'arbitrage préventif à une catégorie connue, une telle extension de la notion de *Schiedsgutachten* ferait fi de la dichotomie entre décision rétrospective et énoncé prospectif de règles, ainsi que de son corollaire, la dichotomie entre question litigieuse (résultant de positions opposées) et absence d'une telle question. On ne serait donc pas plus avancé, et même moins avancé, en voulant appliquer à l'arbitrage préventif le régime inadapté du *Schiedsgutachten*.

#### 4. Comparaison avec l'arbitrage contractuel

131. Les frontières ne sont pas toujours claires autour de l'arbitrage contractuel. Si sa force obligatoire n'est clairement que contractuelle, sa nature est contestée. Certains le qualifient de contractuel et donc régi par le droit de fond<sup>74</sup>, alors que d'autres, plus nombreux, y voient une institution régie par le droit de procédure.<sup>75</sup> Pour HABSCHEID, constater une situation de fait ou de droit litigieuse est une fonction de nature identique à celle du juge ou de l'arbitre.<sup>76</sup> Le *Gutachter* et l'arbitre contractuel exercent la fonction de dire le droit (*rechtsprechende Funktion*).<sup>77</sup> Or toute activité juridictionnelle

72 W. HABSCHEID, Id., p. 188. R. HÜRLIMANN, Das *Schiedsgutachten* als Weg zur außergerichtlichen Beilegung von Baustreitigkeiten, *Baurecht* 1/92, pp. 23 et s.

73 HABSCHEID, KRALIK-FS, pp. 197, 200–01 (voir le vocabulaire utilisé: «Entscheidung», «Ansprüche», «Streitentscheidung»).

74 W. WENGER, op. cit. Cet auteur a pu être influencé par la thèse contractualiste de F. E. Klein, pour qui la source contractuelle de l'arbitrage donne sa nature à toute la procédure qui en découle. Egalement, en relation avec la réception en droit suisse de l'*arbitrato irrituale*, voir PATOCCHI/SCHIAVELLO, op. cit., qui suivent Wenger.

75 W. HABSCHEID, p. 192; GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 597; HABSCHEID in Lehmann-FS 801.

76 W. HABSCHEID, Kralik-FS p. 200.

77 Id., p. 201.

est régie par le droit de procédure.<sup>78</sup> Par conséquent, tout le droit du *Schiedsgutachten* est régi par le droit de procédure.<sup>79</sup> La différence entre l’arbitrage et le *Schiedsgutachten* qui tranche un litige juridique ne se situe ainsi qu’au niveau de l’effet de la décision. La sentence possède l’autorité de chose jugée et le caractère exécutoire, alors que les parties à un arbitrage contractuel, comme avec le *Schiedsgutachten*, doivent encore pour cela passer par un procès, judiciaire ou arbitral, dans lequel le *Schiedsgutachten* peut être annulé en cas de contrariété manifeste au droit.

132. L’*arbitrato irruuale* est toutefois considéré en droit italien comme de nature contractuelle, le *lodo irruuale* étant censé avoir la valeur d’un accord entre les parties, ce qui a conduit des auteurs à considérer que l’*arbitrato irruuale* ne devrait pas être qualifié d’arbitrage en droit suisse, mais plutôt de contrat.<sup>80</sup> PATOCCHI/SCHIAVELLO rejoignent W. WENGER en considérant que rien n’empêche un arbitrage purement contractuel en droit suisse.<sup>81</sup> La procédure est toutefois semblable à celle d’un arbitrage juridictionnel, seule la sentence n’ayant qu’un effet contractuel et ne pouvant faire l’objet d’un recours en nullité.<sup>82</sup>

133. L’arbitrage préventif n’est pas un arbitrage contractuel pour la même raison qu’il n’est pas un *Schiedsgutachten*: l’arbitrage préventif n’est pas une décision rétrospective, il n’applique pas des règles à des faits passés, mais énonce des règles applicables de façon prospective. Accepter contractuellement et d’avance une décision sur une question litigieuse n’a pas les mêmes conséquences que d’accepter contractuellement un énoncé des règles applicables pour l’avenir.

## 5. Comparaison avec l’arbitrage

134. L’arbitrage est une juridiction. «L’acte juridictionnel est défini comme étant celui par lequel un litige est tranché juridiquement.»<sup>83</sup> Et, dans le cas le plus fréquent où l’acte juridictionnel a pour objet un litige existant, «L’acte juridictionnel consiste alors en une vérification opérée par un organe juridiquement habilité à y procéder, de la prétention juridique de l’une des parties,

78 Id., p. 200.

79 Id., p. 201.

80 PATOCCHI/SCHIAVELLO, op. cit., p. 140. Cette opinion se fonde notamment sur l’ATF 117 Ia 365, 368–69 (1993), où il s’agissait de savoir si les parties avaient convenu d’un arbitrage ou d’une *valuation*.

81 Id., p. 142.

82 Id., pp. 143–44. Ces auteurs ajoutent que la sentence contractuelle peut être attaquée pour les mêmes motifs qu’une *valuation*.

83 CH. JARROSSON, La notion d’arbitrage, n° 61.

contestée par l'autre.»<sup>84</sup> Dans l'acception la plus usuelle, il faut y ajouter «avec autorité de chose jugée», afin d'exclure les modes produisant une décision à force uniquement contractuelle.<sup>85</sup> L'arbitrage préventif sort évidemment du champ des textes sur l'arbitrage juridictionnel par sa nature prospective et faute de litige.

## 6. *Nature gracieuse?*

135. On serait tenté de dire que l'arbitrage préventif est gracieux, l'arbitre préventif n'étant pas saisi d'un litige. Mais contrairement à la juridiction gracieuse (pour ceux qui considère l'acte gracieux comme juridictionnel)<sup>86</sup>, l'arbitrage préventif n'a pas trait à une question juridique concrète et particulière. Le juge gracieux doit constater une situation juridique «selon qu'elle se présente ou non en harmonie avec l'ordonnancement juridique»<sup>87</sup>. Au surplus, la juridiction gracieuse est généralement destinée à fournir un certain contrôle du juge,<sup>88</sup> alors que cette motivation est absente de l'arbitrage préventif, qui est une prestation de service destinée à satisfaire un besoin des seules parties.

136. En conclusion, l'arbitrage préventif ne rentre dans aucune des catégories existantes. Les régimes existants ne peuvent donc s'appliquer sans autre à l'arbitrage préventif.

## V. Fondement de l'arbitrage préventif

### 1. *Quelle base au caractère définitif de l'arbitrage préventif?*

137. L'autorité de la chose jugée procède du besoin qu'on ne puisse pas remettre en cause ce qui a été prononcé. Cette notion s'applique aussi à la juridiction gracieuse. CH. JARROSSON donne comme exemple la nécessité de ne pas remettre en cause une filiation ou un divorce prononcé en procédure gracieuse<sup>89</sup>. Par conséquent, ce n'est pas le caractère non contentieux de l'arbitrage préventif qui s'oppose à l'autorité de chose jugée, mais plutôt son ca-

84 Id., N° 142.

85 Voir définition de A. BUCHER: «la fonction exercée par un tiers institué en vertu de la volonté des parties et chargé de trancher, sur la base et dans les limites de la convention d'arbitrage, une contestation juridique par une *sentence ayant l'autorité de la chose jugée au même titre qu'un jugement*», op. cit., n°33 (souligné par lui).

86 CH. JARROSSON, La notion d'arbitrage, n° 67.

87 D. LE NINIVIN, n° 282.

88 CH. JARROSSON, La notion d'arbitrage, n° 114.

89 Id., n°137.

racître d'énoncé de règles générales et abstraites. La *juridictio* consiste à dire le droit, avec ou sans litige, mais par l'application d'une règle à un fait concret (normalement passé). Reste que dans la grande généralité des cas, l'acte juridictionnel a pour objet un litige. Comme l'arbitrage préventif ne produit pas une décision, il n'est pas possible d'appliquer la notion d'autorité de chose jugée à la sentence préventive.

138. L'arbitrage préventif ne bénéficie d'aucun texte national ou international lui reconnaissant une valeur particulière. Est-il nécessaire que l'ordre juridique permette à l'arbitre préventif d'exercer sa fonction? Pour l'arbitrage, on a pu dire que «Les arbitres sont des particuliers, auxquels l'ordre juridique permet d'exercer une fonction qui est en principe réservée à l'Etat.»<sup>90</sup> Or les arbitres préventifs exercent une partie de la fonction juridictionnelle dévolue aux arbitres. Il faudrait donc bien que le pouvoir donné à l'arbitre préventif soit reconnu par l'ordre juridique. Par quel ordre juridique? Comme l'arbitrage, l'arbitrage préventif a une base contractuelle: il tire sa force de la volonté des parties. Ce qui nous mène à l'autonomie de la volonté, ce qui peut nous conduire à la problématique de la *Grundlegung* du contrat, de la règle fondant la «force normative» de la volonté. En matière d'arbitrage, l'ordre juridique donnant sa force à la convention d'arbitrage est d'abord celui du siège de l'arbitrage. La force de la convention d'arbitrage et celle de la sentence reposent aussi sur la Convention de New York de 1958, laquelle tient compte du rattachement à la loi du siège de l'arbitrage. L'arbitrage préventif a-t-il un siège? Il semble qu'il doit avoir le même siège que l'arbitrage éventuel qui pourrait avoir lieu si la sentence préventive doit être mise en application.

## 2. *Faux problème*

139. Mais, avec l'arbitrage préventif, il ne s'agit pas de créer une nouvelle juridiction. L'arbitrage préventif n'est qu'un démembrément de l'arbitrage, qui est lui-même reconnu par les ordres juridiques nationaux et le droit international public. L'arbitrage préventif n'est pas indépendant de l'arbitrage. La sentence préventive n'a pas besoin d'exécution forcée. La question de sa reconnaissance et de son efficacité ne se pose que dans le cadre d'un arbitrage ultérieur. Or qui peut le plus peut le moins: qui peut investir un arbitre peut aussi investir un arbitre préventif, en conjonction avec un arbitre juridictionnel, le premier exerçant de façon anticipée une partie du pouvoir du second (en énonçant les règles applicables). On voit d'ailleurs mal pourquoi l'on interdirait aux parties de trouver le moyen de faire ainsi constater d'avance les

---

90 H. MOTULSKY, *Ecrits II*, p. 14.

règles qui les régissent. En effet, les parties peuvent aller jusqu'à conditionner la mise œuvre des voies de droit. Selon GULDENER, «Auch wenn in den Prozessgesetzen nicht ausgesprochen ist, dass der Rechtsweg durch Parteivereinbarung temporär ausgeschlossen werden könnte, so dürfen doch Vereinbarungen und Satzungen der angeführten Art als gültig betrachtet werden».<sup>91</sup> 140. De plus, rien ne semble s'opposer au fait de lier un éventuel futur arbitre. En effet, on admet qu'un *Schiedsgutachten* puisse lier le juge dans un procès ultérieur, de sorte que ce dernier ne pourra pas revoir l'appréciation des preuves faite par le *Schiedsgutachter*.<sup>92</sup> Quand le contrat de *Schiedsgutachten* ne vise pas seulement une contestation de faits, mais une «subsumtion» des faits sous la prémissse d'une règle, la décision du *Schiedsgutachter* fait une appréciation d'un rapport juridique. Il s'agit alors de mettre fin à un litige juridique par une procédure quasi judiciaire, bien que non soumise au droit de l'arbitrage, ni ne conduisant à une sentence ayant l'autorité de chose jugée. Mais le *Schiedsgutachten* lie quand même le juge ou l'arbitre. Ce dernier vérifie seulement la régularité de la procédure devant le *Schiedsgutachter*, si ce dernier n'a pas dépassé les pouvoirs qui lui étaient conférés, et si la décision n'est pas manifestement fausse juridiquement («*offensichtlich unrichtig*»).<sup>93</sup> Or un *Schiedsgutachten* empiète davantage sur l'activité de l'arbitre dans un procès arbitral ultérieur que ne le fait l'énoncé de règles par un arbitre préventif. En effet, le *Schiedsgutachten* exécute les deux stades de l'acte juridictionnel. Comme l'arbitre, il énonce les règles et les applique pour régler un litige.

141. Certes, nous soutiendrons que l'arbitre ne peut ignorer une sentence préventive au motif qu'elle serait manifestement contraire au droit. Il faudrait qu'elle soit en plus contraire à l'ordre public. Mais ce critère tient à l'art. 190 al. 2 LDIP. Si le droit de l'arbitrage concerné connaît l'annulation des sentences au motif de «*manifest disregard of the law*», l'arbitre pourrait aussi ignorer une sentence préventive pour ce motif. Il nous semble, en effet, que le critère doit être le même que pour l'annulation d'une sentence, dès lors que la sentence préventive est un démembrément de la sentence juridictionnelle.

142. Enfin, le fait de démembrer l'activité juridictionnelle de l'arbitre reçoit un appui supplémentaire de la grande liberté qui règne quant à l'objet des *Schiedsgutachten*. «Andererseits gibt es keinen Bereich der Schiedsgerichts-

91 Über dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozess und eidgenössischen Betreibungsrecht, *Revue de droit suisse*, vol. 65 (1946), pp. 185–254, 211–12.

92 HABSCHIED, Kralik-FS, p. 201 («dh diese [Tatsachen] sind nicht mehr zu prüfen, neues Tatssachenvorbringen und neue Beweisanträge sind ausgeschlossen. Der Richter ist an die Entscheidung des Gutachters gebunden. Es handelt sich daher in diesem Fall um einen Beweis-(mittel-)vertrag, den man – zumindest in diesem Fall – für zulässig halten muss) [avec les références].»

93 Id., pp. 201–02. Et l'auteur de conclure: «Liegen diese Voraussetzungen vor, muss der Richter ein der Entscheidung des Gutachters entsprechendes *Urteil* fällen.»

barkeit, in dem nicht auch ein Schiedsgutachten möglich wäre, denn jede Aufgabe, mit der ein Schiedsgericht betraut werden kann, kann auch von einem Schiedsgutachter erfüllt werden».<sup>94</sup>

143. Si l'on transpose tout cela à l'arbitrage préventif, le résultat est que la sentence préventive liera l'arbitre, qui ne peut remettre en cause l'énoncé de règles sauf pour les mêmes raisons qui permettraient d'annuler la sentence arbitrale. C'est dans cette limite que la sentence préventive dessaisit l'arbitre juridictionnel de la première étape de l'activité juridictionnelle.

144. La définition de la force de la sentence préventive pose un problème théorique intéressant. Puisque l'énoncé de règles ne bénéficie pas d'une théorie existante, il faudrait en construire une. Pour cela, il faut revenir aux bases. L'énoncé de règles est-il une norme au même titre que celles qu'il énonce?<sup>95</sup> L'énoncé est destiné à être intégré dans une décision juridictionnelle future éventuelle, qui est aussi une norme (spécifique). Bien que le problème ne soit pas identique, le débat sur le caractère abstrait des avis consultatifs de la Cour Internationale de Justice<sup>96</sup> pourrait éclairer notre sujet. En même temps, l'arbitrage préventif se situe en aval de l'arrêt interprétatif (objectif et abstrait) des textes communautaires<sup>97</sup>.

### 3. Questions pratiques

145. Certes, le fonctionnement de l'arbitrage préventif n'est pas facilité par l'absence de dispositions légales prévoyant son régime, et notamment permettant l'intervention d'un juge d'appui. Mais l'arbitrage international a aussi connu ce type de problèmes avant d'être presque universellement soutenu. Malgré les milliers d'années d'histoire de l'arbitrage, l'arbitrage international tel que nous le connaissons aujourd'hui est le résultat d'une lutte pour sa survie et son efficacité, notamment dans les années cinquante et soixante. L'arbitrage international moderne s'est développé spontanément, et les lois et jurisprudences d'abord sceptiques, voire hostiles, sont devenues peu à peu bienveillantes. Des solutions pratiques ont été trouvées au moyen d'institutions privées, telle la CCI, qui ont assuré l'efficacité des arbitrages de façon autonome, sans que l'intervention des juridictions étatiques d'appui soit nécessaire.

---

94 Id., p. 199.

95 Voir, sur le concept de norme englobant tant les règles que les décisions qui les appliquent, P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973.

96 Voir not. L. WILDHABER, *Advisory Opinions – Rechtsgutachten höchster Gerichte*, Helbing & Lichtenhahn 1962, p. 95.

97 Commentaire Mégret, *Le droit de la CEE*, vol. 10, *La Cour de Justice – Les actes des institutions*, pp. 261 et s.

146. Avant que le régime juridique de l’arbitrage international atteigne son degré de développement actuel, il a notamment fallu conquérir l’autonomie de la clause compromissoire, la compétence des arbitres de statuer sur leur propre compétence lorsqu’elle est contestée, la capacité de compromettre des entités publiques, etc. L’arbitrage est une combinaison sujette à caution: jugement d’une contestation juridique par des privés au moyen d’une convention. L’arbitrage international privé s’est néanmoins imposé malgré l’incompatibilité initiale entre sa nature contractuelle et l’effet juridictionnel recherché. Des doutes sérieux, aujourd’hui oubliés, existaient aussi sur la nature contractuelle ou juridictionnelle de l’arbitrage, dont dépendaient des enjeux importants quant à son régime et donc à son efficacité, sans laquelle il ne pouvait survivre. C’est finalement la thèse du caractère mixte ou complexe de l’arbitrage qui s’est imposée.<sup>98</sup> Le régime de l’arbitrage international est complexe. Les solutions dépendent de la prédominance attribuée à la composante contractuelle ou à la composante juridictionnelle. Par exemple, le contrôle des sentences se fait sous forme de recours en nullité en fonction de la composante contractuelle. Tout cela était loin d’être évident d’emblée. A une époque où l’on cherche à régler empiriquement des détails de l’arbitrage international, on a souvent oublié les considérations théoriques qui ont permis de construire tout l’édifice.

147. Les autres catégories discutées ci-dessus sont aussi composites. Ces catégories sont un peu comme des molécules: elles se composent en réalité d’atomes. Ainsi, l’activité juridictionnelle comprend deux étapes, l’énoncé des règles et leur application. Le premier a un caractère prospectif, le second rétrospectif, et l’ensemble est aussi rétrospectif. Il n’est d’ailleurs pas certain que chacune de ces deux étapes ne puissent pas être elle-même décomposée en particules, mais ce n’est pas notre propos. Ce qui compte, c’est qu’une institution présente des avantages tels que sa reconnaissance juridique se justifie. L’arbitrage international est un phénomène né de la liberté et de l’initiative privée en matière de commerce international. Son utilité était sa meilleure légitimation. Les traités, puis des législations nationales, en ont facilité et renforcé l’efficacité. Ils ont ainsi reçu dans les ordres juridiques respectifs un phénomène préexistant.

#### *4. Force obligatoire fondée sur le caractère commun*

148. Tant l’investiture de l’arbitre préventif que la requête qui lui est présentée sont conjointes. La requête repose sur un état de fait commun aux par-

98 Voir not. SAUSER-HALL, «Rapport à l’Institut de droit international», Annuaire de l’Institut, vol. 49 (1952), pp. 522 et s.; H. MOTULSKY, *Ecrits II*, pp. 10–12.

ties. Comme avec la sentence d'accord, les deux parties demandent la même chose. Certes ce qu'elles demandent ne comporte pas de conclusions spécifiques. Mais l'arbitre préventif est requis conjointement par les parties de rendre un énoncé qu'elles veulent définitif. Les sentences d'accord parties obtiennent l'autorité de chose jugée sur le fondement de la volonté des parties, alors même qu'il n'y a plus de litige.<sup>99</sup>

##### *5. Force obligatoire fondée sur la bonne foi*

149. Les parties ne se limitent pas à confier leur mission à l'arbitre préventif qu'elles ont investi. Les parties se fient ensuite à l'énoncé des règles applicables par l'arbitre préventif. La relation contractuelle se développe ainsi sur la base de la sentence préventive. Il serait contraire au principe de la bonne foi, qui est d'ordre public, de remettre en cause après coup l'énoncé des règles auxquelles les parties se sont fiées. Et cela d'autant moins si l'avis a été exécuté dans la durée, en ce sens que les parties l'auront ainsi intégré dans leur relation. C'est sur cette base que la relation aura procédé entre les parties.

##### *6. Force obligatoire dérivée de l'arbitrage international*

150. Le caractère définitif de l'énoncé de règles signifie que la juridiction qui serait saisie d'un litige ultérieur entre les mêmes parties devra respecter les règles énoncées par l'arbitre préventif. Il y a donc, comme on l'a expliqué, un démembrément de l'activité juridictionnelle en faveur de l'arbitre préventif, avec pour corollaire une limitation des pouvoirs de l'arbitre juridictionnel saisi ultérieurement d'un éventuel contentieux. Ce dernier est dessaisi de la première étape de l'activité juridictionnelle, dans la mesure où l'arbitre préventif en avait été effectivement saisi. Cette limitation des pouvoirs d'un futur arbitre apparaît valide, comme on a tenté de le démontrer. Qui peut le plus, en choisissant l'arbitrage, peut le moins, en choisissant l'arbitrage préventif et en imposant à un futur arbitre contentieux de suivre les règles dégagées par l'arbitre préventif. Il arrive d'ailleurs en pratique que les parties à un arbitrage «stipulent» des questions de fait ou de droit, ou limitent la mission des arbitres à un choix entre deux ou plusieurs options prédéterminées. Si l'arbitre ignore les limites fixées à sa mission, sa sentence pourra être annulable pour

---

<sup>99</sup> G. LÖRCHER, *Enforceability of Agreed Awards in Foreign Juridictions*, *Arbitration International*, vol. 17/3 (2001), pp. 275 et s. Voir aussi les jugements d'expédition: CH. JARROSSON, n° 114 § 3: le juge contrôle et s'approprie pour son jugement les éléments conventionnels des parties.

non-respect de sa mission (art. 1502 NCPC français) ou pour avoir statué *infra, praeter* ou *ultra petita* (art. 190 al. 2 let. c LDIP). Dans la mesure où l'énoncé des règles est topique dans le cadre d'un litige ultérieur, il ne pourra donc pas être remis en cause. En quelque sorte, l'arbitrage international permet de développer l'arbitrage préventif, grâce à la loi d'autonomie.

## VI. Régime de l'arbitrage préventif

151. Ce n'est pas le lieu d'écrire un traité d'arbitrage préventif. Notre but est simplement de montrer l'utilité de l'institution et sa viabilité juridique, sa viabilité économique étant déjà reconnue. Nous nous limitons donc à évoquer quelques questions. Il faut aussi reconnaître que les développements sur le régime de l'arbitrage préventif ne peuvent actuellement s'appuyer sur aucune jurisprudence ou doctrine spécifique. Tout est encore à construire. Il est donc surtout utile de soulever les questions, sans prétendre les résoudre toutes.

### 1. *Contrat d'arbitrage préventif*

152. Le régime propre à l'arbitrage préventif s'applique si les parties ont effectivement convenu d'un arbitrage préventif. Le critère sera la volonté des parties. Il faut qu'elles aient voulu obtenir un énoncé prospectif de règles, et non la décision d'un différend. Il faudra aussi qu'elles l'aient voulu à titre définitif, et non pas comme un avis à force contractuelle ou comme la fixation d'éléments à intégrer à leur convention. La sentence préventive doit être destinée à lier un éventuel arbitre. L'arbitrage préventif ne pourrait pas exister sans convention d'arbitrage complémentaire. En effet, il ne semble pas que les parties puissent modeler l'office du juge, le contractualiser. Avec la justice étatique, c'est nécessairement du prêt-à-porter, car l'organisation judiciaire est établie pour tous les justiciables, et non pas par les parties en cause.

### 2. *Déclenchement*

153. Quand le droit, et l'obligation corollaire, d'arbitrer préventivement deviennent-ils exigibles? Pour l'arbitrage international, c'est l'existence d'un litige qui rend exigible le droit d'arbitrer ce litige. L'arbitrage préventif supposant l'absence de litige, et portant sur l'énoncé de règles, l'exigibilité du droit d'arbitrer préventivement doit dépendre du besoin d'énoncer ces règles. C'est donc une incertitude sur les règles applicables qui doit exister. Mais est-il nécessaire que cette incertitude soit partagée? L'affirmation d'une incerti-

tude par une partie suffit pour qu'il y ait incertitude. Contrairement au litige, qui suppose une prétention et sa contestation, l'incertitude ne peut être écartée simplement parce qu'elle est contestée. Il y a un intérêt à faire énoncer les règles applicables déjà du fait qu'une partie ne les connaît pas. Nous en concluons qu'il suffit d'affirmer son incertitude pour que le droit d'arbitrer préventivement devienne exigible. Cela revient à dire que l'une ou l'autre des parties peut à tout moment demander l'arbitrage préventif pour dissiper une incertitude sur les règles applicables. Une autre question est celle de savoir qui supportera les coûts de l'arbitrage préventif.

### *3. Incertitude*

154. Lorsqu'un contrat est signé, la situation juridique entre les parties est en général claire. Mais de nouveaux faits, des changements de situation ou de nouvelles opportunités économiques soulèvent de nouvelles questions, qui peuvent donner lieu à incertitudes sur la situation juridique. C'est à ce moment-là, avant de prendre des décisions économiques, que l'énoncé prospectif mutuel est utile. En effet, si les parties consultent séparément leurs avocats, de deux choses l'une. Soit elles obtiennent des avis divergents et les germes d'un litige sont en place. Soit elles obtiennent des avis de droit identiques, et les parties agiront chacune en fonction de la même analyse juridique – mais alors était-il utile que les parties encourent séparément les mêmes frais d'avocat pour recevoir le même avis, tout en ayant couru le risque que ces avis divergent? On peut encore envisager une troisième possibilité: les avis obtenus séparément sont concordants, mais n'étant pas mutuellement partagés, les parties, ou l'une d'elles, comptent sur une moins bonne information de l'autre partie pour tenter de s'avantager au détriment de l'autre – auquel cas les germes d'un litige sont aussi plantés. Le moment crucial pour recourir à un énoncé prospectif de règles est donc bien le moment où une incertitude se fait jour, avant d'agir en fonction d'appréciations juridiques unilatérales. En lisant les sentences arbitrales, on voit généralement à quel moment les parties auraient dû faire clarifier les règles applicables. Et, la plupart du temps, ce besoin était reconnaissable à l'époque. Il ne dépendait donc que des parties, et de leur diligence, de prévenir leur litige en demandant en temps opportun l'énoncé des règles applicables. Il est déconcertant de voir des parties à un contrat choisir un droit neutre, qu'elles ne connaissent donc pas, et conduire ensuite toute leur relation sans s'inquiéter de ce que prévoit ce droit.

#### *4. Absence de litige*

155. Si le droit d'arbitrer suppose un litige, celui d'arbitrer préventivement suppose la condition négative inverse. On peut reprendre la définition du litige dégagée par Ch. Jarrosson comme critère de l'arbitrage en droit positif: «En résumé, on dira qu'il y a litige [...] dès lors qu'une partie résiste en pouvant s'appuyer sur une argumentation juridique, au point de vue qu'une autre partie essaye d'imposer, et qui diffère du sien.»<sup>100</sup> Le point de départ est l'expression d'un point de vue, c'est-à-dire une prise de position. Pour exclure l'arbitrage préventif, cette position d'une partie, rejetée par l'autre, doit avoir trait à l'application d'une règle juridique, et non à l'énoncé des règles applicables. En effet, si les parties divergent quant aux règles applicables à l'avenir, il ne s'agit pas d'un litige juridictionnel. Le type de litige sur les règles applicables à l'avenir peut faire l'objet d'un arbitrage préventif.

#### *5. Requête d'arbitrage préventif*

156. Après avoir désigné le tiers habilité à rendre l'avis, les parties lui adressent une requête conjointe. L'objet de la requête ne doit pas être une question contentieuse, et elle est présentée conjointement par les parties. Elle décrit le sujet sur lequel les parties souhaitent que les règles applicables soient énoncées. La requête décrit la situation de façon aussi complète que possible et doit être accompagnée de tous les documents qui s'y rapportent. La préparation d'une requête commune ne pose généralement pas de problème, car au moment de l'arbitrage préventif, les parties n'ont pas encore d'enjeu économique irrémédiable dans cette détermination juridique. N'ayant pas encore pris de position, ni agi en conséquence, ce n'est qu'ensuite que les parties détermineront leur stratégie et leur comportement en fonction de l'énoncé obtenu.

157. Par exemple, dans un projet de construction, les parties communiquent au tiers des contrats de consortium et de sous-consortium, avec un exposé en fait, et demandent quelles règles régissent la prise de décisions au sein du sous-consortium et les pouvoirs pour voter au nom d'un sous-consortium dans le consortium, notamment lorsque les membres des sous-consortia ont des intérêts divergents quant à la position que le consortium devrait adopter à l'égard du client. Les uns ayant terminé leur part des travaux voterait pour l'arrêt des travaux, afin de faire pression sur le maître de l'ouvrage pour être payés. Les autres voterait pour la continuation des travaux, afin de pouvoir accomplir leur part des travaux.

---

100 La notion d'arbitrage, n° 525.

158. Un autre exemple de requête concerne le cas d'un licencié d'une certaine technologie qui souhaite développer cette technologie. Les parties au contrat de licence désirent savoir à quoi s'en tenir sur le sort de ces futurs développements. Il faudra donc énoncer les règles applicables en l'espèce aux développements indépendants, par rapport aux simples améliorations, dans le domaine technologique concerné: quel sera l'ayant-droit des développements, pendant et après la fin du contrat, l'application de redevances, les conditions d'utilisation et de révélation du savoir-faire, notamment de révélation par le dépôt d'un brevet, l'obligation éventuelle de «grant-back», le tout dans les limites imposées par le droit de la concurrence. On voit ainsi que le champ de l'arbitrage préventif peut être plus ou moins large au gré des parties.

## 6. *Qualifications de l'arbitre préventif*

159. Contrairement au juge, l'arbitre préventif ne dispose pas d'arguments juridiques contradictoires fournies par les parties et parmi lesquelles il pourrait se contenter de choisir la plus convaincante. L'arbitre préventif doit pouvoir identifier les diverses règles applicables à la situation et maîtriser leur interaction. La profondeur de l'analyse exige des connaissances juridiques de haut niveau et potentiellement dans plusieurs domaines. On nous dira que c'est aussi vrai de l'arbitre juridictionnel, mais c'est encore plus vrai de l'arbitre préventif. Ces compétences sont davantage susceptibles d'être réunies par une institution (cabinet d'avocats, centre universitaire) que par un individu. Le service à rendre est d'ailleurs moins personnalisé que pour un procès judiciaire ou arbitral. L'arbitre préventif n'a notamment pas à conduire une procédure contentieuse équitable, ni à établir des faits contestés. La préparation de l'énoncé de règles requiert donc un savoir-faire particulier, différent du savoir-faire relatif au contentieux et de la rédaction de contrats. On peut imaginer que les grands bureaux d'avocats auront à terme un département spécialisé en la matière. Sa tâche sera d'agir comme arbitre préventif, et non comme conseil. En matière d'arbitrage préventif, le rôle des conseils externes devrait être très limité. On peut même se demander si toute cette activité ne rentrera pas dans la partie cachée de l'iceberg décrit par M. HUNTER, selon lequel 80 % des litiges échappent aux avocats et sont résolus autrement.<sup>101</sup>

---

101 Op. cit., p. 385.

## 7. *Nomination de l'arbitre préventif*

160. Il peut s'agir d'une personne ou d'un «tribunal» de plusieurs personnes. Comme en arbitrage, les parties peuvent se mettre d'accord sur cette nomination ou sur la méthode de nomination, et prévoir une autorité de nomination subsidiaire. Si rien n'est prévu, on peut se poser la question, non résolue, de la nomination par un juge d'appui.

## 8. *La prestation de l'arbitre préventif*

161. L'approche est fondamentalement différente de celle prévalant en matière contentieuse. Alors que la mission du juge ou de l'arbitre juridictionnel est rétrospective (application de règles à des faits passés), celle de l'arbitre préventif est prospective. Certes, les parties peuvent aussi prendre des conclusions déclaratoires en matière contentieuse, mais l'arbitre tranche alors quand même une question litigieuse spécifique supposant un intérêt concret du demandeur. Alors que l'arbitre préventif énonce des règles pour l'avenir. Et il n'a pas à appliquer ces règles à une situation spécifique. La situation qui sert de prémissse à l'arbitre préventif ne fait donc pas l'objet d'allégations opposées des parties. Il n'y a pas non plus lieu d'administrer des preuves pour trancher des questions de fait, ni d'organiser une procédure contradictoire pour ce faire. L'arbitre préventif n'est pas davantage confronté à des questions litigieuses (*issues*), qui résulteraient de prétentions juridiques conflictuelles, et il a encore moins à trancher sur des conclusions opposées.

162. L'arbitre préventif pourrait aussi recevoir mandat, accessoirement, de compléter le contrat dans le cadre de son énoncé de règles. Dans la mesure où l'arbitre préventif n'est pas saisi d'une question spécifique, le complètement devrait être circonscrit autrement: peut-on admettre, au regard de l'art. 27 CCS, que les parties mandatent un tiers non seulement pour déterminer un élément essentiel de leur contrat, mais plus généralement pour créer des règles régissant leur contrat sur tel ou tel sujet? On peut en douter, mais la réponse dépend probablement du cas d'espèce, en fonction notamment de l'étendue et de l'importance du sujet pour lequel les règles devraient être créées. Mais la partie de la mission de l'arbitre préventif consistant à créer ces règles contractuelles devrait avoir une valeur contractuelle seulement. On peut quand même se poser la question, car les règles à énoncer par l'arbitre préventif englobent tant les règles contractuelles que légales s'appliquant à la relation.

## 9. Procédure

163. Puisque l’arbitrage préventif est un démembrement de l’arbitrage international, il suit que le premier doit respecter les règles du second dans la mesure où elles sont transposables à l’activité de l’arbitre préventif. Les garanties d’indépendance de l’arbitre et d’une procédure équitable doivent être respectées. Les parties procédant hors conflit, il est certes peu probable que des problèmes de droit d’être entendu ou d’égalité de traitement surviennent dans cette phase. Mais ces principes trouveront à s’appliquer dans le cas où les parties divergent sur les règles applicables à l’avenir («conflit préventif»).

## 10. Sentence préventive

164. Pour des exemples de sentences préventives, on peut s’inspirer des avis prospectifs, notamment selon la pratique de la consultation conjointe. Le savoir-faire de l’arbitre préventif est important. La sentence préventive n’énonce pas les règles applicables comme le ferait un *Restatement* américain. Elle ne consiste pas non plus en des développements doctrinaux. Elle ne se situe même pas entre les deux. Il s’agit plutôt de particulariser les textes disponibles. Il s’agira aussi d’intégrer le contrat dans le cadre légal supplétif et impératif.

165. Il semble que le concept de sentence partielle ne présenterait pas la même utilité qu’en arbitrage. Mais il est concevable qu’il soit utile de clarifier dans un premier temps, surtout s’il y a urgence, certaines règles, avant d’en énoncer d’autres plus tard.

## 11. Sentence préventive d’accord parties

166. On peut concevoir que les parties s’entendent sur les règles applicables, ce qui vaut contrat. Mais si une partie veut que ce contrat soit entériné dans une sentence préventive d’accord, on ne voit pas ce qui pourrait s’y opposer. Certes, l’incertitude n’existe plus, et une sentence préventive serait donc en principe sans objet utile, mais il peut y avoir un intérêt à lier l’arbitre d’un futur litige avec une force participant de l’autorité de chose jugée. C’est *mutatis mutandis* le même raisonnement que pour la sentence arbitrale d’accord: puisque les parties se sont mises d’accord il n’y a plus de litige à trancher et une sentence est devenue inutile, sauf si une partie désire que l’accord ne puisse plus être remis en cause<sup>102</sup>. De même que le fait qu’un litige ait

---

102 Sur cette problématique, voir G. LÖRCHER, op. cit.

existé légitime le droit à recevoir une sentence d'accord, de même le fait qu'une incertitude ait existé légitime le droit à obtenir une sentence préventive d'accord.

## 12. *Recours*

167. La sentence préventive ne peut être portée devant une juridiction sur recours en annulation. Mais on a vu qu'en cas de litige, l'arbitre saisi pourrait écarter la sentence préventive pour des cas d'annulation d'une sentence arbitrale (art. 190 al. 2 LDIP). Au surplus, la sentence arbitrale rendue sur sentence préventive peut faire l'objet d'un recours, ce qui emporte un contrôle indirect de la sentence préventive, mais très limité puisque le fond n'est pas revu sur recours en nullité, sauf violation de l'ordre public. L'idée d'une révision de la sentence préventive, soit par l'arbitre, soit par l'instance étatique de recours, au motifs de faits déterminants nouveaux ou nouvellement découverts, pose un problème apparemment délicat. Mais tout ce qui était connu de l'arbitre préventif ne peut être remis en cause. Cela milite pour une requête aussi complète que possible, éventuellement suivie d'écritures complémentaires.

## 13. *Exception d'arbitrage préventif?*

168. Une partie peut-elle s'opposer à la saisine d'un arbitre au motif qu'elle est prématuée tant que l'arbitre préventif n'est pas saisi? Dès lors qu'une partie formule une prétention et que l'autre y résiste, il y a litige. Il semble donc que l'arbitre saisi d'un tel litige est compétent même si les parties avaient convenu d'un arbitrage préventif. En effet, la condition négative de l'absence de litige ne sera plus réalisée. La solution n'est donc pas la même que si les parties saisissent un arbitre sans respecter une clause de *valuation* ou de conciliation préalable. Dans ce dernier cas, en effet, l'arbitre n'est pas encore compétent.

## VII. Proposition de valeur

169. H. MOTULSKY écrit que «l'une des explications du succès de l'arbitrage réside certainement dans cette idée que l'arbitrage représente un pas de plus [par rapport au droit et à la justice étatique] vers l'harmonisation des intérêts sociaux.»<sup>103</sup> Notre thèse est que l'arbitrage préventif représente le pas suivant. En effet, si l'idée de droit a longtemps été inséparable des idées de

litige et de justice, nous avons tenté de démontrer que l’aspiration, notamment des entreprises, est que le droit ne soit plus synonyme de litige. Le droit doit être associé avec sécurité juridique. L’avantage que constitue l’existence de règles pour une partie, en lui permettant d’organiser favorablement ses activités, lui demeure acquis – grâce à l’arbitrage préventif – ou peut au contraire lui être retiré – par un litige, si l’insécurité juridique s’installe sur l’application des règles en fonction desquelles cette partie a organisé ses activités. Le droit ne permet vraiment l’harmonisation des intérêts que s’il est connu d’avance et fiable.

### *1. Avantage de coût*

170. L’arbitrage préventif vise à supprimer les coûts de contentieux et d’ADR, y compris le détournement des ressources productives de l’entreprise pour les investir dans un procès, alors qu’elles auraient pu générer de la richesse (*opportunity cost*). Mais le coût principal des litiges, c’est le risque pour chaque entreprise que son présupposé normatif soit démenti et qu’ainsi ses efforts et ses investissements soient ruinés.

### *2. Gestion du risque*

171. L’arbitrage préventif est une sorte d’assurance contre les différends. La survenance d’un litige est un signe de mauvaise gestion juridique si ce litige aurait pu être évité par un arbitrage préventif en temps utile. Contrairement à certains modes alternatifs de résolution des litiges, l’arbitrage préventif se fonde sur le droit. Il offre donc tous les avantages propres au droit: prévisibilité, équité, cohérence et adéquation des solutions développées sur la base d’une pratique extrêmement riche. De plus, en même temps qu’il énonce les règles applicables, l’arbitre préventif enregistre les faits non contestés, éliminant ainsi certaines contestations de faits à l’avenir, et qui sont à l’origine d’une partie importante des litiges.

### *3. Efficacité*

172. En éliminant les incertitudes juridiques, l’arbitrage préventif facilite les décisions économiques et renforce l’efficacité de la relation contractuelle entre les parties. L’énoncé des règles applicables peut donc non seulement

---

103 Ecrits II, p. 29.

éviter les litiges, mais aussi améliorer la qualité de la relation entre les parties en y ajoutant sécurité et transparence juridiques. En effet, ce n'est pas parce qu'il n'y a pas de litige qu'une relation est nécessairement saine ou optimale.

173. Contrairement à l'approche contentieuse, où l'on se bat sur la justesse d'une action passée, l'arbitrage préventif clarifie les règles juridiques en amont de tout litige. La valeur ajoutée du droit est d'autant plus grande qu'il peut être intégré de façon sûre. La valeur ajoutée du droit est moindre si son contenu est incertain, car non commun aux parties. Enfin, la valeur du droit est la plus faible quand il intervient seulement pour régler un litige.

#### *4. Confidentialité envers l'autre partie?*

174. Un inconvénient possible de recourir à l'arbitrage préventif serait qu'une requête d'arbitrage préventif révélerait des intentions et projets qu'une partie a intérêt à garder secrets.

#### *5. Risque de perdre un avantage stratégique?*

175. La réticence d'une partie à recourir à l'arbitrage préventif pourrait aussi provenir de l'idée qu'elle pense pouvoir obtenir plus que ce à quoi elle aurait droit, en étant mieux conseillée et en manœuvrant plus habilement que son partenaire. Mais cette attitude, outre qu'elle tend à sous-estimer le partenaire, ignore le coût de faire prévaloir sa position au cas où le partenaire ne l'accepterait pas volontairement. Cette attitude provoque les litiges.

#### *6. Risque de ne pas pouvoir faire valoir pleinement ses droits?*

176. Peut-on concevoir qu'un processus préventif pose des règles sur un sujet qui n'est pas un litige mais qui aurait pu le devenir, ou pourrait encore le devenir? Y aurait-il là une violation anticipée du contradictoire? L'arbitre préventif accomplit une opération qui est un des éléments de l'activité juridictionnelle, mais il le fait hors contentieux et pour l'avenir. Il restera donc une place pour une décision juridictionnelle ultérieure si un litige survient. Même en procédure contentieuse, le droit d'être entendu est limité en ce qui concerne la qualification juridique des faits, ni sur le fondement de l'action<sup>104</sup>. Or c'est

---

104 ATF *St Petersburg Bank c. ATA*, Bull. ASA 3/2 001 531.534, consid. 5 b «Le tribunal arbitral ne statue pas *ultra petita*, qui fonde le paiement auquel il condamne sur une réparation du dommage alors même que la partie n'a invoqué que l'exécution du contrat».

surtout sur ces questions que porte l’arbitrage préventif. De toute manière, la sentence préventive ne fait pas perdre à une partie le bénéfice d’un droit déjà réalisé. Si un litige se produit, les règles énoncées ne pourront certes pas être remises en cause, mais leur application aux faits concrets de la cause sera l’objet du débat.

## Conclusion

177. L’arbitrage international juridictionnel a certes encore un bel avenir devant lui . . . tant qu’il n’y aura pas une meilleure alternative pour gérer l’incertitude juridique. L’arbitrage international est la médecine pathologique: on va chez le médecin après être tombé malade. L’arbitrage préventif est l’équivalent de la médecine préventive: on y recourt lorsqu’on est en bonne santé, afin de ne pas tomber malade. Il s’agira d’évaluer la proposition de valeur de l’arbitrage préventif, par opposition à celle de l’arbitrage juridictionnel. Pour cela, il faut comparer, d’une part, la valeur (*cost/benefit*) de l’énoncé prospectif des règles applicables et, d’autre part, la valeur de s’en remettre à l’application rétrospective d’une règle à une situation qui a une certaine probabilité de devenir contentieuse.

## Bibliographie

### *Traités*

- M. BLESSING, *Introduction to Arbitration in Swiss and International Perspectives*, Swiss Commercial Law Series, Vol. 10, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1999.
- A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse, Théorie et pratique du droit*, Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1988.
- A. BUCHER, P.-Y. TSCHANZ, *International Arbitration in Switzerland*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1989.
- R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, n° 28 et 452.
- PH. FOUCARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965.
- PH. FOUCARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.
- B. GOLDMAN, *Recueil des cours 1963 II*, Académie de droit international, tome 109, Leyde, 1964.
- M. GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Schulthess, Zurich, 1979.
- W. HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Librairie de l'Université Georg et Cie, Genève, 1981.
- P. A. LALIVE, *Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial*, Académie de droit international, Extrait du Recueil des Cours, Volume II, 1967.
- P. LALIVE, J.-F. POUDRET, C. REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, Lausanne, 1989.
- P. LALIVE, *Répertoire de droit international privé suisse*, Stämpfli & Cie, vol. 1, pp. 229 et s.
- H. MOTULSKI, *Ecrits II., Etudes et Notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974.
- B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998.
- P. SANDERS, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, Kluwer Law International, La Haye, 1999.
- P. SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2 vol., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989.
- G. WETTER, *The International Arbitral Process: Public and Private*, 5 vol., New York, 1979.

*Monographies*

- CH. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987.
- D. LE NINIVIN, *La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile*, Litec 1984.
- P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Volume XVII, Dalloz, Paris, 1973.
- W. PETER, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, A study with Particular Reference to Means of Conflict Avoidance Under Natural Resources Investment Agreements*, Dordrecht, etc. 1986.
- W. WENGER, *Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren im schweizerischen Recht*, Helbing & Liechtenhahn, 1968.

*Articles*

- O. CAPRASSE, *De la tierce décision obligatoire*, *Journal des Tribunaux*, 18 sept. 1999, pp. 565 et s.
- A. GIARDINA, *ICSID: A Self-Contained, Non National Review System, International Arbitration in the 21<sup>st</sup> Century; Towards «Judicialisation» and Uniformity*, Transnational Publishers, Inc., Irvington, N. Y., 1993, pp. 99 et ss.
- W. HABSCHEID, *Kralik-FS*, pp. 197 et s., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Vienne, 1986.
- W. HABSCHEID, *Lehmann-FS*, pp. 789 ss, vol. II, W. de Gruyter, Berlin et J. C. B. Mohr, Tübingen, 1956.
- M. HUNTER, *International Commercial Dispute Resolution; The Challenge of the Twenty-first Century*, *Arbitration International*, vol. 16/4 (2000).
- R. HÜRLIMANN, *Das Schiedsgutachten als Weg zur außengerichtlichen Beilegung von Baustreitigkeiten*, *Baurecht* 1/92, pp. 23 et s.
- CH. JARROSSON, *Les frontières de l'arbitrage*, *Revue de l'arbitrage*, 2001, pp. 5 et s.
- P. KARRER, *Brief des Präsidenten*, *Bulletin ASA* 2000/4.
- R. LILICH, C. BROWER, *International Arbitration in the 21st Century; Towards «Juricialization» and Uniformity*, Transnational Publishers, Inc, Irvington, N. Y., 1993.
- G. LÖRCHER, *Enforceability of Agreed Awards in Foreign Jurisdictions*, *Arbitration International*, vol. 17/3 (2001), pp. 275 et s.
- W. W. PARK, *Of Elephants and Pornography*, *Arbitration International*, vol. 17/3 (2001), pp. 263 et s.

- P. M. PATOCCHI, G. SCHIAVELLO, Arbitrato irrituale: how should it be handled in a non-Italian jurisdiction? A discussion from a Swiss perspective, *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, June 1998.
- E. PETERSEN, La mise en oeuvre des ADR dans les grands contrats, *Les cahiers de l'arbitrage*, Gazette du Palais 14–15 novembre 2001, pp. 42 et s.
- M. STORM, La tierce opposition obligatoire ou l'avis obligatoire comme moyen de prévention des litiges. Une étude comparative des limites entre le droit des contrats et le droit de la procédure, *Rev. de dr. Internat. et de dr. comp.*, 1985.
- P.-Y. TSCHANZ, The Contribution of the Aminoil Award to the Law of State Contacts, *The International Lawyer*, vol. 18/2, pp. 245 et s. (1984).
- P.-Y. TSCHANZ, Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international, *R. C. D. I. P.*, vol. 73/1985, pp. 47 et s.

