



Chapitre de livre

2004

Published version

Public access

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

Qui contrôle l'arbitrage ? : autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et
principe d'efficacité

Kaufmann-Kohler, Gabrielle

How to cite

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Qui contrôle l'arbitrage ? : autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité. In: Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage. Paris : LexisNexis Litec, 2004. p. 153–165.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44080>

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

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 23:31

QUI CONTRÔLE L'ARBITRAGE ? AUTONOMIE DES PARTIES, POUVOIRS DES ARBITRES ET PRINCIPE D'EFFICACITÉ

Gabrielle KAUFMANN-KOHLER

*Avocat au barreau, professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève,
présidente de l'Association suisse de l'arbitrage*

Qui contrôle l'arbitrage ? L'arbitre ou les parties ¹ ? Lorsque le destinataire de ces lignes présidait, la question ne surgissait même pas dans les esprits, tellement il était manifeste qu'il était le maître de l'arbitrage. Avec cette autorité souveraine, qui en a fait un grand arbitre, il lui suffisait de hausser le ton – si peu – pour que toute velléité de contestation tarisse. Mais le monde change. Nous sommes passés de l'ère des grands hommes de l'arbitrage, dont Claude Reymond est l'un des plus éminents représentants, à celle des technocrates de la procédure. L'arbitrage s'est juridictionnalisé, judiciarisé ; il est devenu plus conflictuel, plus « confrontational », diraient les anglophones, et la question du contrôle se pose de plus en plus.

Cette contribution a pour but d'esquisser les principaux axes du débat ². Nous l'aborderons en cinq temps : nous rechercherons, tout d'abord, quel est le critère décisif du contrôle (I), puis nous déterminerons quelle est la règle prévalant en droit positif (II). Nous poursuivrons en cernant les limitations à la règle ainsi établie (III) et nous interrogerons ensuite sur l'opportunité d'un changement (IV), avant de conclure (V).

-
1. Cette question a fait l'objet d'un débat lors du congrès ICCA à Londres en mai 2002, auquel l'auteur a participé. Le présent article se fonde sur les recherches et réflexions faites en préparation de ce débat, mais ne reprend que partiellement le point de vue dont la défense nous avait alors été attribuée.
 2. Sur le sujet, on consultera surtout D. HASCHER, *Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international* : RCADI 1999 p. 51-193. – C. JARROSSON, *Qui tient les rênes de l'arbitrage ? Volonté des parties et autorité de l'arbitre*, note sous Paris 1^{re} civ., 19 mai 1998, *Société Torno SpA c/ société Kagumi Gumi Co Ltd.* : *Rev. arb.* 1999, p. 601 s. – T. CLAY, *L'arbitre*, thèse Paris 2000, Paris (Dalloz) 2001. – P. MAYER, *Comparative analysis of power of arbitrators to determine procedure in civil and common law systems* : in *Planning efficient arbitration proceedings – The law applicable in international arbitration*, ICCA Congress Series n° 7, La Haye (Kluwer) 1994, p. 24-38. – *Id.*, *Le pouvoir des arbitres de régler la procédure, une analyse comparative des systèmes de civil law et de common law* : *Rev. arb.* 1995, p. 163-183.

I. LE CRITÈRE DU CONTRÔLE : L'ACCORD PROCÉDURAL DES PARTIES LIE-T-IL L'ARBITRE ?

A. Pourquoi ce critère ?

Dans la pratique, un bon arbitre gèrera l'arbitrage en puisant dans son savoir-faire, qu'il adaptera aux spécificités du litige en cause. Il entendra les desiderata des parties et écartera les requêtes inadéquates émanant de l'une ou l'autre d'entre elles. Face à une demande conjointe qui s'avérerait inappropriée – plus rare, il est vrai – il saura user de son autorité pour convaincre les conseils³ d'y renoncer. La gestion sera consensuelle, le contrôle diffus ou partagé. Telle est la dialectique de la procédure⁴.

Mais qu'advient-il si, défiant les dons de persuasion de l'arbitre, les parties insistent et conviennent d'entendre des témoins alors que l'arbitre s'estime à même de juger sur pièces, ou d'exclure le recours à une expertise technique que l'arbitre juge nécessaire⁵, ou bien de réserver trois semaines d'audience quand aux yeux de l'arbitre une seule suffirait, ou encore de maintenir une suspension d'instance au-delà des délais que l'arbitre considère raisonnables, ou enfin d'obtenir une sentence d'accord quand bien même l'arbitre pense ne pas pouvoir ratifier certains des termes prévus ? Arrêtons là l'énumération ; elle n'est évidemment pas exhaustive. Et si tout cela paraît relever de la « cuisine » arbitrale plus que de la théorie juridique, souvenons-nous que « *ce sont souvent les problèmes les plus pratiques qui postulent le recours aux concepts fondamentaux* »⁶.

Dans les hypothèses ainsi esquissées, les pouvoirs de l'arbitre prévaudront-ils sur l'autonomie des parties ? La volonté du tribunal sur la convention des justiciables ? Qui s'inclinera ? C'est là le vrai test du contrôle. Encore faut-il préciser la notion de convention ou accord des parties.

B. Définition de l'accord des parties

L'accord des parties appelle certaines précisions quant aux modalités du consentement. La convention procédurale est un contrat. Son existence présuppose

3. Nous ne distinguerons pas ici entre partie et conseil. Le conseil représente la partie. Si la position qu'il exprime ne reflète pas la volonté de la partie qu'il représente, nous ne sommes pas en présence d'un problème d'exercice de l'autonomie procédurale des parties, mais plutôt de choix du conseil et d'interaction entre conseil et partie. C'est une question différente qui ne relève pas du champ de cette contribution.
4. G. HERRMANN, *Power of arbitrators to determine procedures under the UNCITRAL Model Law : in Planning efficient arbitration proceedings – The law applicable in international arbitration*, ICCA Congress Series n° 7, La Haye (Kluwer) 1994, p. 42-55.
5. Dans un arrêt de 1980, le tribunal cantonal de Zurich avait répondu par l'affirmative et cassé la sentence rendue après que les arbitres eurent recueilli l'avis d'un expert (ZR 80 [1981] p. 123 n° 39). – V. J.-F. POUURET, *Expertise et droit d'être entendu en arbitrage international* : in *Mélanges Lalive*, Bâle 1993, p. 616.
6. H. MOTULSKY, *Écrits* T. II, Paris (Daloz) 1974, p. 44, que cite également C. JARROSSON : *Reu. arb.* 1998, p. 124.

donc un accord de volontés des parties réglant de manière obligatoire un aspect de la procédure.

En conséquence, une proposition de l'arbitre qui rencontre l'approbation des parties n'est pas considérée comme un accord procédural⁷. *Quid* de propositions concordantes émanant non pas de l'arbitre, mais des parties ? Elles ne constitueraient pas un accord sauf lorsqu'elles expriment la volonté conjointe des parties de régler un point de procédure de manière à lier l'arbitre⁸. Distinction difficile aux frontières floues. Dans le doute, la prudence conseille d'admettre l'existence d'un accord.

L'accord peut-il être tacite ? En l'absence d'exigence de forme, certainement. Ainsi, si les parties « behave in a manner which shows that they take it for granted that there will be no oral hearing, the absence of a hearing will, by implication, become part of the agreed procedure »⁹. Voilà qui est très proche des propositions concordantes des parties et est propre à soulever les mêmes difficultés.

II. LA RÈGLE : L'ACCORD DES PARTIES LIE L'ARBITRE

La règle selon laquelle l'accord des parties lie l'arbitre est bien établie. Elle trouve son fondement dans les instruments internationaux pertinents, dans de nombreux droits nationaux, dans les règlements des principales institutions d'arbitrage. Elle est approuvée par la grande majorité des auteurs et appliquée par les tribunaux.

A. Instruments internationaux

La règle selon laquelle l'arbitre est lié par la volonté commune des parties en matière de gestion de la procédure trouve son expression aux trois stades d'un arbitrage : résolution du litige devant les arbitres, annulation et exécution de la sentence. En bonne théorie, ce sont les dispositions de la *lex arbitri* qui imposent à l'arbitre l'obligation de respecter l'accord des parties. Les règles qui à l'étranger régiront l'exécution de la sentence, n'ont pas d'effet direct sur cette obligation¹⁰. Toutefois,

7. HASCHER, précité, p. 111 ; voir, en revanche, J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles (Bruylant)/Paris (LGDJ)/Zurich (Schulthess) 2002, n° 526 p. 485, qui estiment qu'en principe l'approbation des parties lie l'arbitre, sauf s'il s'agit de ratifications de pure forme.
8. M. SCHNEIDER, n° 7 ad art. 182 LDIP, in BERTI (éd.), *International Arbitration in Switzerland*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn)/La Haye (Kluwer) 2000, p. 399.
9. M. J. MUSTILL et S. C. BOYD, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2^e éd., Londres (Butterworths) 1989, p. 283. Le nouveau droit anglais exige maintenant la forme écrite à la section 5(1) Arbitration Act 1996 (id., 2001 Companion Volume to the Second Edition, Londres (Butterworths) 2001, n° 283 p. 179). Tel n'est pas le cas de la plupart des autres droits nationaux, voir POUURET/BESSION, précités, n° 526 p. 485.
10. Sauf quand les règles applicables à la procédure devant les arbitres prévoient l'obligation pour ceux-ci de faire tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible d'exécution (p. ex. art. 35 Règlement CCI). Le tribunal de première instance de Genève, dans la cause *Mine c/ République de Guinée*, admit que la Convention de New York donnait aux parties, au moins indirectement, le droit d'établir leurs propres règles de procédure (jugement du 13 mars 1986, YCA 1987, p. 514 et 522).

ne serait-ce que par ricochet ou effet-réflexe, elles dictent souvent le comportement de l'arbitre. C'est pourquoi, on ne saurait en faire abstraction.

Au stade du règlement du différend devant l'arbitre, l'article 19 de la Loi-type de la CNUDCI, dont on a dit qu'il formait la *magna charta* de la procédure arbitrale¹¹, ancre la suprématie de l'autonomie des parties. Il statue que celles-ci sont « libres de convenir de la procédure à suivre par les arbitres ». Ce n'est que « faute d'une telle convention » que l'arbitre peut « procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié ». Dans ce « système à deux niveaux »¹², la volonté de l'arbitre, inférieure, le cède à celles des parties, supérieure. Et si l'arbitre n'entend pas céder, il ne lui reste que la démission¹³.

Tant l'autonomie des parties que les pouvoirs des arbitres sont subordonnés aux « dispositions de la présente loi », limites qui visent le respect des garanties procédurales¹⁴ et sur lesquelles nous reviendrons.

Au deuxième stade, l'article 34(2)(a)(iv) de la loi-type admet l'annulation de la sentence au motif que « la procédure arbitrale [...] n'a pas été conforme à la convention des parties ».

Enfin, au troisième stade, l'article V(1)(d) de la Convention de New York instaure un motif de non-exécution d'une sentence étrangère lorsque « la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties ». Le même motif est repris à l'article 36(1)(a)(iv) de la Loi-type de la CNUDCI ainsi qu'à l'article V(1)(c) de la Convention inter-américaine¹⁵. Quant à l'article X(1)(d) de la Convention européenne de 1961, il utilise un libellé identique lorsqu'il prévoit que l'annulation d'une sentence ne constitue une cause de non-exécution que si elle est fondée sur certains griefs, parmi lesquels le cas où « la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties ».

B. Droit national

En hommage au destinataire de ce volume, commençons par le droit suisse. L'article 182 LDIP adopte le même système que la loi-type. En d'autres termes, « quel qu'il soit, le choix des parties lie l'arbitre »¹⁶, sous réserve seulement des principes

-
11. Travaux préparatoires de la loi-type : Seventh Secretariat Note – Analytical Comments on Draft Text, A/CN.9/264 (25 mars 1985), citée par Howard M. HOLTZMANN et J. E. NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary*, Deventer/Boston (Kluwer) 1989, p. 559. – V. First Secretariat Note – Possible features of a Model Law, A/CN.9/207 (14 mai 1981), citée par HOLTZMANN/NEUHAUS, p. 570.
 12. P. BINDER, *International commercial arbitration in UNCITRAL Model Law jurisdictions : an international comparison of the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration*, Londres (Sweet & Maxwell) 2000, n° 5-015 p. 126.
 13. P. SANDERS, *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation*, La Haye (Kluwer) 2001, p. 42.
 14. Seventh Secretariat Note, citée à la note 11, p. 124.
 15. Convention inter-américaine sur l'arbitrage commercial international de 1975.
 16. LALIVE, POUURET et REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne (Payot) 1989, n° 1 ad art. 182 LDIP.

fondamentaux de procédure. L'accord peut être tacite¹⁷, mais ne se confond pas avec l'approbation donnée par les parties à des dispositions prises par l'arbitre¹⁸.

Malgré le caractère obligatoire de la convention des parties, la violation d'une telle convention n'entraînera l'annulation de la sentence que si elle se confond avec une violation du droit d'être entendu en procédure contradictoire et de l'égalité des parties¹⁹.

Le droit français connaît la même hiérarchie entre autonomie des parties et pouvoirs des arbitres²⁰. Dans les termes de la cour d'appel de Paris, « *il est constant que lorsqu'il existe, l'accord des parties sur la procédure lie les arbitres* »²¹. Contrairement à la position en droit suisse, en l'absence de motif d'annulation spécifique, la jurisprudence assimile le non-respect de l'accord des parties à une violation de l'ordre public. Ainsi, le dépassement du délai fixé par les parties pour la reddition de la sentence représente un motif d'annulation²².

Le Federal Arbitration Act américain, centré sur les rapports entre arbitrage et tribunaux étatiques, ne répond pas à notre question. La jurisprudence est cependant parvenue à « *much the same result* » que la loi-type ou l'article 182 al. 1 LDIP²³. L'arbitre qui refuse de mettre en œuvre l'accord des parties, n'a d'autre choix que de démissionner²⁴. Comme en droit suisse, le non-respect d'un accord procédural des parties ne suffit pas à entraîner l'annulation de la sentence²⁵.

Les lois anglaises de 1950 et 1979 étaient muettes sur le sujet. L'Arbitration Act 1996 en dit peut-être trop. D'une part, la section 34 de la loi pose le principe de la suprématie de l'autonomie des parties (« *It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter* »)²⁶. Paradoxalement, elle le fait en mettant l'accent sur les pouvoirs

17. SCHNEIDER, précité, n° 5 ad art. 182, se référant à LALIVE, POUDRET et REYMOND, précités, n° 2 ad art. 24 Concordat intercantonal sur l'arbitrage.

18. LALIVE, POUDRET et REYMOND, précités, n° 1.2 ad art. 182 LDIP. – SCHNEIDER, précité, n° 8 ad art. 182.

19. ATF 117 Ia 346.

20. NCPC, art. 1494.

21. Paris 1^{re} civ., 19 mai 1998, *Torno c/ Kagumai* : *Rev. arb.* 1999 p. 601, 604.

22. Paris 1^{re} civ., 22 sept. 1995, *Dubois et Vanderwalle c/ Boots Frites* : *Rev. arb.* 1996 p. 100, note GAILLARD. La solution a été confirmée récemment, Paris 1^{re} civ., 26 oct. 2000, *Brljevic c/ Sarl NCM Industrie* : *Rev. arb.* 2001 p. 200 s.

23. Gary B. BORN, *International Commercial Arbitration : Commentary and Materials*, 2^e éd. Ardsley (Transnational Publisher)/La Haye (Kluwer) 2001, p. 435 ; pour la jurisprudence, voir not. *Sheet Metal Workers Int'l Ass'n, Local 420* ; *V. Kinney Air Conditioning Co.*, 756 F.2d v. 742, 744 (9th Cir. 1985) et *Federal Deposit Ins. Corp* ; *V. Air Florida System, Inc.*, 822 F.2d 833, 842 (9th Cir. 1987) ; voir aussi *Tibor Várady/John J. Barceló, III/Arthur T. von Mehren*, *International Commercial Arbitration*, St. Paul, Minn. (West Publishing Co.) 1999, p. 403.

24. VÁRADY, BARCELÓ et VAN MEHREN, précités, p. 63.

25. BORN, précité, p. 435.

26. Section 34(1)(b), qui met en œuvre le principe général de la section 1(b).

du tribunal arbitral « in order to reflect what actually happens in practice »²⁷. D'autre part, la section 33 impose à l'arbitre l'obligation d'adopter une procédure « suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined »²⁸.

Quid lorsque le respect de cette obligation est incompatible avec l'exécution de l'accord des parties ? Le législateur n'a pas ignoré la question. Il avait d'ailleurs été suggéré d'introduire une disposition permettant à l'arbitre d'écarter l'accord des parties. Suggestion rejetée, car elle aurait constitué « an indefensible inroad into the principle of party autonomy »²⁹.

Un accord contraire à la section 33 serait probablement nul. En conséquence, l'arbitre serait en droit de refuser de l'appliquer. Toutefois, si les parties persistent, il ne lui restera qu'à s'incliner ou à démissionner³⁰. S'il s'incline, les tribunaux ne seraient guère susceptibles d'annuler la sentence pour violation de la section 33³¹. S'il ne s'incline ni ne démissionne, l'arbitre prend-il le risque d'une annulation pour non-respect de l'accord des parties³² ? Sauf à préciser que l'annulation présuppose une « substantial injustice »³³, qui est probablement exclue dans ces circonstances, la réponse ne semble pas certaine³⁴.

Que tirer de ces éléments ? L'antagonisme des deux dispositions illustre au mieux la problématique ; la section 33 figure la composante juridictionnelle de l'arbitrage, alors que la section 34 en reflète la nature contractuelle. C'est dire que, s'il va plus loin que d'autres législations récentes dans l'articulation du dilemme, le droit anglais reste à mi-chemin dans la mise en œuvre du principe d'efficacité. Il se contente, si l'on suit Mustill, d'une « stratégie » visant à créer un « climat psychologique nouveau » qui se veut empreint de dynamisme³⁵.

Tout en réitérant la prévalence de l'autonomie des parties par rapport aux pouvoirs des arbitres, la loi suédoise de 1999 semble donner plus de latitude

27. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, 1996 Report on the Arbitration Bill, (ci-après « DAC »), *Arb. Int.* 1997, para. 173 (iv), p. 303. – P. A. KARRER, *Liberté du tribunal arbitral de conduire la procédure*, Bulletin CCI 1999, vol. 10, n° 1, p. 14. – D. ST. JOHN SUTTON, J. KENDALL et J. GILL, *Russell on Arbitration*, 21^e éd., Londres (Sweet & Maxwell) 1997, n° 5-042, note 68, p. 189.

28. Section 33(1)(b). Pour V.V. VEEDER, *La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : la naissance d'un magnifique éléphant* : *Rev. arb.* 1997, p. 9, la section 33 s'applique « quel que soit l'accord des parties ».

29. DAC, précité, para. 173 (ii) : *Arb. Int.* 1997, p. 302.

30. DAC, précité, para. 155-158 et 162 : *Arb. Int.* 1997, p. 301 ; Martin HUNTER, *The procedural powers of arbitrators under the English 1996 Act* : *Arb. Int.* 1997, p. 347 ; Robert MERKIN, *Arbitration Law*, Londres/New York (LLP), 1991, p. 81.

31. Selon la section 68(2)(a). Merkin, précité, p. 80 ; DAC, para. 161 : *Arb. Int.* 1997, p. 300-301.

32. Selon la section 68(2)(c).

33. Section 68 (2).

34. Voir p. ex. MERKIN, précité, p. 142.

35. M. MUSTILL, *La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : philosophie, inspiration, aspiration* : *Rev. arb.* 1997, p. 38, 41 et 43.

à l'arbitre. L'article 21 prévoit que le tribunal arbitral doit traiter le litige « *de manière impartiale, appropriée et rapide* » et qu'il est tenu de « *se conformer à ce qu'ont décidé les parties, si rien n'y fait obstacle* »³⁶.

C. Règlements d'arbitrage

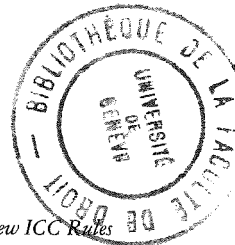
L'existence même de règlements d'arbitrage confirme les résultats qui précèdent. En effet, ces textes ne sont applicables que parce qu'en vertu de leur autonomie, les parties ont choisi de s'y référer. Strictement parlant, leur contenu est donc sans pertinence pour notre investigation.

De toute manière, ils consacrent la primauté de la volonté des parties sur les choix de l'arbitre. Même s'il n'en allait pas ainsi, c'est précisément en tant qu'émanation de la volonté des parties qu'ils investiraient l'arbitre du pouvoir d'ignorer un accord procédural.

Ainsi, à l'article 14.1 du Règlement LCIA, les parties limitent leur propre liberté en prévoyant que leur choix doit être « *consistent with the arbitral tribunal's general duties [...] to adopt procedures suitable to the circumstances of the arbitration, avoiding unnecessary delay or expense [...]* ». Et *quid* si les parties insistent néanmoins sur le respect de leur accord ? Le débat est alors déplacé sur le terrain du caractère irrévocable du choix du règlement d'arbitrage, question qui dépasse le cadre de cette contribution. Qu'il soit simplement retenu que l'irrévocabilité prévue par certains règlements³⁷ est en contradiction avec la solution prévue par la plupart des lois d'arbitrage. Du point de vue de l'article 182 LDIP, de tels accords sont valables, l'institution n'étant toutefois pas tenue de poursuivre l'administration de la procédure³⁸.

III. LES LIMITATIONS DE LA RÈGLE OU LORSQUE L'ACCORD DES PARTIES NE LIE PAS L'ARBITRE

L'analyse qui précède laisse apparaître que les textes connaissent différentes exceptions à la règle. La Loi-type CNUDCI n'admet de convention des parties que sous réserve des dispositions de la loi. D'autres textes insistent sur les garanties procédurales ou sur l'impératif d'efficacité. Avant d'examiner ces limitations-là, il faut se demander si l'exercice de l'autonomie des parties n'est pas restreint encore d'une autre manière, à savoir dans le temps.



36. Traduction non officielle parue à la *Rev. arb.* 2000, p. 148.

37. P. ex. art. 15(1) Règlement CCI ; Y. DERAÏNS et E. A. SCHWARTZ, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, La Haye (Kluwer) 1998, p. 209.

38. SCHNEIDER, précité, n° 18 ad art. 182, p. 402.

A. Restriction dans le temps ?

De façon générale, la réponse est négative. Lors de l'élaboration de la loi-type, la délégation italienne avait proposé qu'après le commencement de l'arbitrage, l'exercice de la liberté des parties soit subordonné au consentement des arbitres. La proposition ne fut pas retenue : la loi-type doit protéger les parties, non les arbitres, dont il est dit qu'ils peuvent démissionner³⁹. L'article 19 instaure donc un droit continu à modifier la procédure⁴⁰.

La plupart des droits nationaux ne contiennent pas de restriction dans le temps. Le Code de procédure civile italienne fait exception. En vertu de l'article 816(2), les parties peuvent déterminer la procédure jusqu'au commencement de l'arbitrage. Ensuite, la tâche revient à l'arbitre⁴¹. L'ancien article 1693 du Code judiciaire belge contenait une limitation similaire, qui a été assouplie dans le nouveau texte. Désormais, les parties sont en droit de fixer la procédure tant qu'elles le font dans le délai imparti par l'arbitre. Au-delà, cette prérogative appartient exclusivement aux arbitres⁴².

Comme la plupart des droits ne connaissent pas de restrictions dans le temps, la question se transforme : sous l'angle de la chronologie de l'arbitrage, quels sont les accords procéduraux auxquels l'arbitre ne saurait opposer une démission ? De manière générale, tous ceux dont il a eu connaissance avant d'accepter sa mission. Plus spécifiquement, ceux qui sont contenus dans la convention d'arbitrage,⁴³ de même que ceux qui interviennent ultérieurement, mais toujours avant la constitution du tribunal arbitral⁴⁴. Et ceux qui sont pris dans l'acte de mission ? C'est moins certain. Si l'arbitre signe l'acte de mission, oui, bien sûr. S'il n'a alors pas encore accepté ses fonctions d'arbitre, également. Mais dans le cas où il a d'ores et déjà donné son acceptation et où il s'oppose au contenu de l'acte de mission, c'est la réponse inverse qui s'impose⁴⁵.

39. Commission Report, A/40/17 para. 172, cf. HOLTZMANN/NEUHAUS, précités, p. 566 et 590. – Klaus Peter BERGER, *International Economic Arbitration*, Deventer/Boston (Kluwer) 1993, p. 371-372 et nombreuses citations à la note 2, qui se réfèrent notamment au processus législatif aux Pays-Bas, où une disposition prévoyant une limitation temporelle a été écartée.

40. Fifth Working Group Report, A/CN.9/246, para. 63, V. HOLTZMANN et NEUHAUS, précités, p. 565-566 et 579.

41. Sur l'ancêtre de cette disposition dans le Code de 1865, Carmine PUNZI, *Arbitrato rituale e irrituale*, t. I, Rome 1995, pp. 474-475. P. BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, 2000, n'insiste guère sur cette restriction, mettant plutôt l'accent sur l'autonomie : « *il principio fondamentale in materia è che le parti sono libere nella loro autonomia contrattuale, di fissare le regole di procedura cui gli arbitri debbono attenersi* » (p. 167).

42. Art. 1693(1).

43. JARROSSON, précité, p. 617.

44. MUSTILL et BOYD, précités, p. 281 (inchangé in 2001 Companion); JARROSSON, précité, p. 617.

45. Voir toutefois Cass. 1^{re} civ., 8 mars 1988, *Sofidif c/ OIAETI* : *Rev. arb.* 1989, p. 481, note JARROSSON.

B. Autres restrictions : garanties procédurales et efficacité

Sans nier que certains textes sont plus restrictifs⁴⁶, retenons dans une optique transnationale qui s'intéresse avant tout aux convergences, que deux types de limitations s'imposent à l'examen des législations récentes. Tout d'abord, les garanties fondamentales de procédure font obstacle à un accord des parties qui y serait contraire. À titre d'illustration de cette catégorie de restrictions, citons l'article 182 al. 3 LDIP, le paragraphe 1042(3) de la Zivilprozessordnung allemande, ou les articles 1693 et 1694 du Code judiciaire belge. La section 33(1) de la loi anglaise doit également être interprétée comme impliquant une limitation fondée sur la « *fairness* »⁴⁷.

Ensuite, l'impératif d'efficacité de l'arbitrage fait son entrée dans certains des textes les plus récents. Il en va ainsi de la section 33 de la loi anglaise de 1996 ou encore de l'article 21 de la loi suédoise de 1999. Cette dernière disposition, déjà citée, prévoit que le tribunal arbitral doit traiter le litige « *de manière impartiale, appropriée et rapide* » et qu'à cet égard, il est tenu de « *se conformer à ce qu'ont décidé les parties, si rien n'y fait obstacle* ». Cette formule devrait permettre de tenir compte très largement de l'impératif d'efficacité⁴⁸.

Quelles que soient les restrictions à l'autonomie des parties, là où elles existent, la vraie question est celle de la sanction de la violation de ces restrictions.

C. Sanction de la violation des limitations à l'autonomie des parties ?

Plusieurs solutions ont cours. Selon certains ordres juridiques, les arbitres n'ont d'autre choix que de se plier aux desiderata des parties ou de démissionner. Telle semble être la réponse que la doctrine anglaise apporte à la difficile interaction des sections 33 et 34⁴⁹. Jarrosson arrive au même résultat en droit français. Après avoir relevé que, postérieurement à l'acte de mission, on doit « *être plus circonspect pour admettre que les parties, à supposer qu'elles soient d'accord entre elles, puissent imposer*

46. La loi-type subordonne l'autonomie au respect des dispositions de la loi. D'autres droits plus anciens ou de tradition moins libérale prévoient encore une autonomie très restreinte. À titre d'exemple, on citera l'art. 287 du Code de procédure civile et commerciale du Guatemala, selon lequel l'arbitrage doit être mené conformément aux dispositions du code, qui ne peuvent être modifiées en aucune circonstance par accord des parties (mentionné par Born, précité, p. 417).

47. Not. William W. PARK, *The New English Arbitration Act : Mealey's Int. Arb. Report*, 1998, vol. 13 n° 6, p. 26.

48. S. JARVIN, *La nouvelle loi suédoise sur l'arbitrage : Rev. arb.* 2000, p. 53, envisage notamment que la procédure convenue par les parties soit particulièrement lourde à mettre en œuvre.

49. MUSTILL et BOYD, précités, p. 282, (inchangé en 2001 Companion); les auteurs cités à la note 30 ci-dessus. V. M. LITTMAN, *The Arbitration Act 1996 : The parties' right to agree procedure : Arb. Int.* 1997, qui insiste sur le fait que l'autonomie des parties est « *self-evidently incongruent with the task that the parties have assigned to the arbitrators to solve their dispute in a fair, timely and economical fashion* » (p. 270-271).

des règles à l'arbitre », il conclut qu'en cas de blocage, la démission du tribunal reste la seule issue ⁵⁰.

Dans d'autres droits, l'arbitre pourrait passer outre, la sentence n'étant pas susceptible d'annulation tant que les garanties fondamentales de procédure sont respectées. Il en va ainsi en droit suisse ⁵¹ et en droit américain ⁵². Mais la difficulté n'est pas éliminée pour autant. Elle resurgit au stade de l'exécution, puisque l'article V(1)(d) de la Convention de New York permet de refuser d'exécuter une sentence lorsque la procédure n'a pas été conforme à la convention des parties.

Il est vrai que, souvent invoqué, ce motif est très généralement rejeté. Parmi les rares cas d'admission, on compte notamment une décision turque pour le moins déconcertante ⁵³. Dans leur contrat, les parties avaient fait élection du droit turc, ce que les arbitres siégeant en Suisse avaient compris comme un choix du droit matériel. À tort, estima le juge turc de l'*exequatur* : l'élection englobait le droit de procédure, qui n'avait pas été appliqué. D'où refus d'exécution. Dans une autre affaire, déjà ancienne, la clause arbitrale prévoyait que « all disputes shall be settled in one and the same arbitral proceedings ». Or, la procédure avait commencé par un arbitrage de qualité suivi d'un arbitrage classique. Et la cour d'appel du canton de Bâle-ville de refuser l'exécution ⁵⁴.

En résumé, soit l'arbitre n'a d'autre choix que de démissionner, soit sa sentence court le risque de se voir refuser l'exécution. Même si elle s'abat rarement, l'épée de Damoclès est là, qui menace l'effectivité de l'arbitrage.

IV. LE TEMPS DU CHANGEMENT EST-IL VENU ?

A. Les raisons du changement

L'examen qui précède révèle une certaine ambivalence. D'une part, le droit insiste de plus en plus sur l'efficacité de la procédure. De l'autre, il n'en reste pas moins qu'en l'état actuel « *party autonomy reigns supreme* » ⁵⁵. Face à une convention contraire à l'impératif de gestion efficace de la procédure, l'arbitre sera largement démuni. Même dans les ordres juridiques où il ne court pas de risque d'annulation de la sentence, il hésitera à imposer ses vues pour ne pas compromettre l'exécution de la sentence. Un peu comme si nous étions à mi-chemin d'une évolution, au

50. JARROSSON, précité, p. 618-619. – V. Karl-Heinz BÖCKSTIEGEL, *Principaux critères retenus par les arbitres internationaux pour l'organisation d'une procédure efficace* : in *Arbitrage : regard sur la prochaine décennie* : *Bulletin de la Cour d'arbitrage de la CCI*, Supplément spécial 1999, p. 49-50.

51. Voir note 19 ci-dessus.

52. Voir note 23 ci-dessus.

53. Déc. 1^{er} févr. 1996, YCA 1997, p. 807, 811-813. À part celle-ci et celle qui est citée à la note suivante, il n'y a, à notre connaissance, pas d'autre décision publiée au *Yearbook ICCA* refusant l'exécution pour le motif du non-respect de la convention des parties selon l'art. V(1)(d) CNY.

54. Déc. 6 sept. 1968, YCA 1976, p. 200 (original in RSJ vol. 64 1968, p. 378 et s.). Voir aussi CA Dubai, Int ALR vol. 2 p. 13, où les parties avaient choisi une loi étatique.

55. KARRER, précité, p. 14.

milieu du gué. Faut-il y rester, ou passer sur l'autre rive ? Faut-il donner à l'arbitre des pouvoirs accrus afin de mettre en œuvre l'impératif d'efficacité ⁵⁶ ?

La situation actuelle n'est guère satisfaisante. Avant toute chose, les parties ont besoin d'une sentence exécutable. Quant à l'arbitre, il doit avoir les moyens de ses obligations, qui comprennent une gestion efficace en termes de temps et d'argent. Le changement de paradigme procédural correspond à l'évolution de la fonction de l'arbitrage. Devenu au cours des dernières décennies *le* mode de résolution des différends en matière internationale, l'arbitrage s'est démocratisé. Toutes sortes de pratiques, auparavant réservées aux tribunaux étatiques, y ont fait leur entrée ; la procédure s'est judiciarisée ; elle est souvent plus hostile, plus contentieuse.

Parallèlement, le rythme du commerce international s'est accéléré. Les usagers de l'arbitrage – les demandeurs en tout cas – ont moins de temps à perdre en procédures. Fréquemment, ils dépendent d'une décision rapide. L'essor des méthodes alternatives de règlement des différends le démontre bien. Pour répondre à ces besoins, pour maîtriser cette évolution, il faut augmenter l'efficacité des procédures, ce qui passe par l'accroissement des pouvoirs de l'arbitre.

B. Les sources des pouvoirs de l'arbitre et la nature consensuelle de l'arbitrage, obstacles au changement ?

Les pouvoirs de l'arbitre en matière de procédure trouvent leur fondement dans le consentement des parties et dans la *lex arbitri* ⁵⁷, loi qui fait précisément prévaloir l'autonomie des parties. Voilà qui n'avance guère notre raisonnement, sauf à changer la loi. Comment alors justifier le changement ? Deux approches sont envisageables : la mission juridictionnelle et le contrat d'arbitrage. Elles reflètent la double nature de l'arbitrage, construction contractuelle dont la finalité est juridictionnelle.

Pour reprendre les termes de Jarrosson, « *la volonté des parties trouve sa limite dans ce qui fait l'essence du pouvoir juridictionnel* » ⁵⁸. Il en résulte que l'arbitre doit disposer de la liberté nécessaire à l'exercice de sa fonction de juge ⁵⁹. Pour Hascher, les pouvoirs des arbitres en matière de procédure se justifient par le besoin d'efficacité, inhérent à l'administration de la justice ⁶⁰.

56. Question posée en particulier par Serge LAZAREFF, *Arbitres et procédure arbitrale : une synthèse, in Arbitrage : regard sur la prochaine décennie*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Supplément spécial 1999, p. 73 et s.

57. Kenneth S. ROKISON, *The source and limits of arbitrator powers in England*, in Julian LEW (ed.) *Contemporary problems in international arbitration*, Londres (Queen Mary College School of International Arbitration) 1986, p. 89 ; Sigvard JARVIN, *The source and limits of the arbitrator's powers : Arb. Int.* 1992, p. 144, qui insiste sur le consentement.

58. JARROSSON, précité, p. 619.

59. JARROSSON, note à Cass. 1^{re} civ., *Sofidif c/ OIAETI : Rev. arb.* 1989 p. 481, 488, également repris par D. HASCHER, précité, p. 112 ; même raisonnement en droit anglais chez ROKISON, précité, p. 91-92.

60. HASCHER, précité, pp. 108-110.

L'effet premier du contrat d'arbitre est d'investir une personne du pouvoir de juger⁶¹. Il fixe aussi contractuellement la confiance que les parties placent dans les capacités juridictionnelles de l'arbitre⁶². Clay fait découler du contrat d'arbitre diverses obligations en matière de procédure, dont celle de conduire l'instance⁶³. À ce sujet, deux optiques s'affrontent. Si elles admettent l'une et l'autre que l'investiture est le résultat de la volonté des parties, elles divergent sur les effets de cette investiture.

Pour la première, en raison de l'origine consensuelle de sa mission, l'arbitre doit se conformer à la volonté conjointe des parties tout au long de l'arbitrage. La seconde considère, en revanche, qu'une fois l'investiture acquise, l'arbitre doit remplir sa fonction de juge quitte à s'opposer aux parties⁶⁴. C'est donc à l'arbitre qu'il appartient de prendre toutes décisions relatives à la conduite de l'instance; l'approbation des parties est souhaitable, mais non nécessaire. Si les parties désapprouvent l'arbitre, elles pourront tout au plus le révoquer⁶⁵. Ainsi, l'arbitre est le maître de la procédure. Il tient ce pouvoir du contrat qu'il a investi.

Pour séduisante qu'elle soit, cette approche est controversée. Berger, par exemple, estime que la primauté de l'autonomie des parties est un « *implied term of the receiptum arbitri* », qui postule la faculté des parties d'amender la procédure⁶⁶.

En résumé, tant la mission juridictionnelle de l'arbitre que le contrat d'arbitre, compris comme l'investiture donnant à l'arbitre les moyens de juger, peuvent justifier des pouvoirs accrus de l'arbitre au service de l'efficacité du processus arbitral. Ces deux fondements se rejoignent pour donner à l'arbitre un statut renforcé⁶⁷. La nature consensuelle de l'arbitrage, la source contractuelle des pouvoirs de l'arbitre n'est donc pas un obstacle au changement si l'on tient compte de la fonction juridictionnelle de l'arbitre.

V. CONCLUSION : LA MISE EN ŒUVRE DU CHANGEMENT

Il dépasserait le cadre de cette contribution que de détailler les modalités de la mise en œuvre du changement. Ce sera le sujet d'un autre article. En conclusion, notons simplement deux aspects.

Premièrement, vu l'état actuel du droit, la mise en œuvre du principe d'efficacité doit passer par l'adaptation des textes et de la jurisprudence. Parmi ceux-ci, on comptera en premier lieu les règlements d'arbitrage, qui pourraient suivre la

61. CLAY, précité, para. 764, p. 589.

62. CLAY, précité, para. 800, p. 616.

63. CLAY, précité, para. 802ss, pp. 617ss.

64. CLAY, précité, para. 804, p. 619; dans le même sens quant au résultat, J. CRITCHLOW, *The source of power : a critical appreciation of the relationship of the arbitrators and the parties* : in *The Commercial Way to Justice : The 1996 International Conference of the Chartered Institute of Arbitrators*, La Haye (Kluwer) 1997, p. 311.

65. Sur la révocation, CLAY, précité, para 893 et s., p. 680 et s.

66. BERGER, précité, p. 372, note 2.

67. CLAY, précité, para. 1081, p. 805.

voie montrée par la LCIA. On visera, ensuite, le droit national de l'arbitrage, lois et jurisprudence sur l'annulation des sentences. La loi suédoise et la pratique judiciaire tant américaine que suisse pourraient servir d'exemples. Enfin, le libellé de l'article V(1)(d) de la Convention de New York devrait être amendé afin d'éliminer le motif de la violation de la procédure convenue par les parties. La révision actuellement en cours ne porte hélas pas sur cette disposition. En l'état, la jurisprudence pourrait cependant tendre à y remédier par une interprétation restrictive.

Venons-en au second élément de notre conclusion. Même avec des pouvoirs renforcés pour les besoins de l'efficacité du processus, l'arbitre ne saurait faire fi de l'avis des parties. Il les consultera au préalable⁶⁸, respectera les désirs raisonnables, tentera d'obtenir un consensus. C'est seulement après, si les besoins d'une administration efficace de la justice arbitrale l'exigent, qu'il passera outre.

68. W. Lawrence CRAIG, William W. PARK et J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3^e édition, Dobbs Ferry, N4 Oceana Publications, 2000, p. 641, voit dans l'obligation de l'arbitre de consulter les parties une règle de la *lex mercatoria* de la procédure.