

Message du Président

L'assemblée générale de notre Association du 8 novembre 1991, à Zurich, avait pour but d'opérer un survol de l'état de la pratique des tribunaux arbitraux et des tribunaux ordinaires concernant le nouveau droit suisse de l'arbitrage international (le Chapitre 12 de la LDIP) et de faire le point. Nous publierons les présentations des rapporteurs ainsi que des extraits de la discussion dans le prochain Bulletin ASA. Malheureusement, les trois heures prévues pour traiter d'un sujet aussi vaste se sont avérées trop courtes, et l'on peut se demander si les membres de l'ASA n'apprécieraient pas que, une fois au moins par année, ait lieu une réunion d'un jour entier, par exemple un vendredi ou un samedi (tout le jour), ou encore le vendredi après-midi et le samedi matin. Les participants disposeraient ainsi de plus de temps pour une discussion élargie.

Le Comité de l'ASA soumettra cette question à la prochaine Assemblée générale de printemps, que vous pouvez d'ores et déjà agender au :

Date :	vendredi 13 mars 1992
Heure :	14.00 heures
Lieu :	Hôtel Palace, à Lausanne

1265

Une année prend fin. Pour chacun de nous, elle a été chargée de travail et de responsabilités. En va-t-il pour vous comme pour moi : cette année avait l'inconvénient de compter non pas 15, mais seulement 12 mois, et il a fallu renoncer à, ou reporter la réalisation de nombreux objectifs, tant personnels que professionnels ? J'espère que cette année vous a apporté de multiples satisfactions et je vous souhaite un bon début d'année 1992. A chaque nouvelle année, à chaque nouveau jour, notre temps devient plus précieux. Nous avons encore de nombreux devoirs à accomplir, non seulement ceux que l'on peut inscrire dans nos agendas, mais encore d'autres : à l'endroit de nos familles et de l'humanité ...

Marc Blessing

Message du Président

---

Un souvenir désagréable - et quelques remarques non-scientifiques au sujet de la mission de l'arbitre.

Un souvenir désagréable

Il y a une dizaine d'années, je me rendais à Paris lourdement chargé de documents concernant un litige entre une entreprise suisse et une partie étrangère. Il s'agissait d'un arbitrage à Paris, dont le Président était un professeur nommé par une institution d'arbitrage. Nous abordions les débats finaux, avec plaidoiries. J'éprouvais un mauvais pressentiment.

Dès son début, cette procédure s'était avérée insatisfaisante. Alors que le litige n'avait aucun lien avec la France et que tant le contrat que la correspondance échangée entre parties étaient rédigés en anglais, le Président du Tribunal arbitral avait décidé sans autre que la procédure arbitrale se déroulerait en français. Il s'agissait déjà là d'un affront, qui me contraignait à rédiger tous les mémoires (de plusieurs centaines de pages) en français, puis de les traduire en allemand ou en anglais pour mes clients.

1266

La rédaction de l'acte de mission s'avéra aussi pénible. Alors que les écritures préliminaires des parties étaient parfaitement claires, le Président du Tribunal arbitral leur soumit un acte de mission qui se limitait au strict minimum et qui démontrait qu'il n'avait pas pris la peine de lire les mémoires : même les conclusions des parties n'étaient pas formulées correctement. J'étais alors un jeune avocat et je fus gêné de devoir renvoyer à un Président de trente ans plus âgé que moi son projet d'acte de mission truffé d'innombrables corrections et requérir la fixation d'une audience permettant aux parties de s'exprimer sur la formulation de l'acte de mission (requête à laquelle le Président ne donna suite qu'avec une évidente réticence).

La suite de la procédure s'en ressentit. J'avais l'impression (subjective, bien sûr) que le Président du Tribunal arbitral n'était tout simplement pas disposé, ni enclin, à analyser les termes du litige et à exprimer à fond les éléments compliqués de fait et de droit qui étaient exposés, notamment par l'audition des témoins requise par les parties. Bref, je souffrais de la superficialité et de la suffisance du Président. Aux débats finaux, j'eus le net sentiment qu'il ne s'était même pas donné la peine de lire les mémoires déposés, et encore moins de les assimiler.

La sentence arbitrale qui s'ensuivit fut courte, rédigée sous forme d'attendus. Les questions juridiques n'étaient guère traitées. Il était reproché à mes clients

d'avoir violé des dispositions de droit public de l'Etat de la partie adverse, moyen qui n'avait même pas été soulevé par cette dernière dans la procédure. Il s'agissait de la thèse soutenue par l'arbitre désigné par la partie adverse (un haut fonctionnaire renommé), adoptée par le Président du Tribunal arbitral. Cette thèse procurait au Tribunal arbitral, me sembla-t-il, un moyen commode de se dispenser de statuer sur le fond du litige.

Que peut faire un avocat dans une telle situation ?

Que peut-il entreprendre contre la légèreté et le manque d'intérêt avec lequel un Président traite un dossier dont la valeur litigieuse est considérable ? Et je me demandais : est-ce là le résultat tellement vanté d'une jurisdiction arbitrale moderne ? Certes, chaque avocat sait que des questions de fait ou de droit peuvent être jugées de manière différente et que l'on peut gagner ou perdre des procès. De même, chaque avocat est habitué à accepter des opinions divergentes et une appréciation différente du fait ou du droit. Le problème n'est pas là : il s'agit plutôt de la frustration de l'avocat qui ne parvient pas à établir une communication satisfaisante avec le Tribunal arbitral. Il s'agit aussi de l'atmosphère générale, qui peut porter préjudice à cette communication, voire l'empêcher.

Chaque avocat fait de telles expériences dans sa carrière; ce sont peut-être les expériences négatives qui nous aident finalement le plus à progresser. Si j'évoque aujourd'hui cette situation, ce n'est nullement pour en faire une critique tardive, mais bien plutôt pour analyser

1267

toutes les expériences, tant positives que négatives - ce qui est un devoir permanent non seulement pour l'avocat, mais aussi et tout particulièrement pour chaque arbitre. Il faut se demander de quelles qualités doit être doté un arbitre pour éviter de telles erreurs. J'aimerais faire ici quelques remarques personnelles, quelques réflexions qui me tiennent à cœur et que l'on ne trouve pas dans les lois, règlements et commentaires.

#### Les qualités de l'arbitre

On est en droit d'attendre beaucoup d'un arbitre. On exigera bien sûr qu'il soit bon juriste, dispose d'une vaste expérience, sache organiser et conduire un procès d'un bout à l'autre, et connaisse toutes les subtilités de la procédure arbitrale. De même, l'arbitre doit être indépendant et impartial, à quoi l'on pourrait ajouter qu'une impartialité superficielle, voire une impartialité d'apparence, ne suffit pas; il doit s'agir d'une impartialité profonde, intérieure, excluant les préjugés culturels, politiques, sociaux ou autres. Une telle impartialité existe-t-elle ? Chacun formulera lui-même la réponse à cette question. Le plus important me paraît être de constater que l'impartialité n'est pas un état de fait établi et permanent; il faut lutter pour l'atteindre, puis pour la conserver; cela nécessite donc de l'arbitre un travail actif au plan intérieur, un travail de conscience, de réflexion et d'autocritique, et cela dans chaque procédure arbitrale.

Pour en revenir à l'expérience évoquée ci-dessus, je ne doute pas que le Président du Tribunal arbitral, professeur de droit, disposait de connaissances juridiques suffisantes et je lui reconnaïs sans autre l'impartialité telle que définie par le règlement de la CCI. Il n'empêche que, en qualité de Président d'un Tribunal arbitral, il ne répondait pas aux expectatives justifiées des parties. Ces expectatives justifiées comportent de nombreux éléments, qui paraissent aller de soi, mais dont l'existence ou l'absence tiennent souvent à la personnalité de l'arbitre :

- L'arbitre doit être capable de prendre connaissance des prises de position des parties en faisant abstraction de tout préjugé. Cela exige que l'arbitre fasse le vide et se libère pour mieux comprendre et percevoir la manière dont les parties ont vécu leurs différences, et mieux suivre leur raisonnement.
- L'arbitre doit faire preuve de patience, de disponibilité et d'une certaine modestie. Il doit réservé son opinion. Le raisonnable rapide, celui qui a tout de suite "tout compris" aura de la peine à satisfaire à cette exigence.
- L'arbitre doit avoir une inclination à trancher des questions litigieuses, et démontrer un réel intérêt à comprendre le fond du litige; il doit donc se plonger dans le domaine en question (et cela même

lorsqu'il s'agit, par exemple, de comprendre des données techniques).

- L'arbitre doit avoir la capacité d'établir une communication directe et constructive avec les parties et/ou leurs conseils. Il ne suffit pas que l'arbitre se borne à recevoir les mémoires des parties. Tout arbitre expérimenté sait combien l'interrogatoire des parties et le dialogue avec les personnes directement impliquées dans l'état de fait litigieux sont importants.
- Il n'est guère compréhensible qu'un arbitre considère que des débats oraux et une communication directe avec les parties ne sont pas nécessaires (parce qu'il s'est déjà forgé son opinion sur les points essentiels de son jugement). De même, il n'est pas admissible que l'arbitre impose des restrictions formelles ou temporelles qui donnent aux parties l'impression qu'elles n'ont pas eu l'occasion d'exposer et de défendre leur cause de manière complète et satisfaisante.
- L'arbitre doit également savoir créer une atmosphère qui permet aux parties et/ou à leurs conseils de travailler de manière tranquille, sans tension, sans stress. De nombreuses conditions "d'ambiance" peuvent influencer négativement le déroulement d'une procédure arbitrale. Ainsi, l'avocat qui plaide se sentira sous pression dès l'instant où

il aura le sentiment que l'arbitre ne l'écoute qu'avec distraction et ennui. De même, l'avocat ne devrait pas se voir imposer des limites de temps, qui lui donnent l'impression qu'il ne peut pas présenter et défendre la cause de ses clients de manière complète et détendue.

- La partie et/ou son conseil peuvent aussi être gênés par le choix d'une salle de séance inadéquate, par exemple dotée d'une seule table à laquelle on est serré et ne dispose pas de suffisamment de place et d'espace pour pouvoir s'exprimer à son aise. Il faut bannir les salles de conférences "aveugles".
- Il peut arriver que le dialogue direct devant le Tribunal arbitral ravive la confrontation entre les parties et tourne à la dispute, assortie de reproches et de termes violents. L'arbitre doit savoir maîtriser une telle situation. Comme arbitre, je suis d'avis qu'il ne faut pas réprimer ces moments d'émotion, ni en faire le reproche aux parties; je pense qu'il est bon et parfois nécessaire que de telles émotions puissent s'exprimer. Je me souviens d'avoir assisté à une sérieuse dispute entre parties, lors du premier ou deuxième jour de débats oraux prévus pour une à deux semaines; ayant pu extérioriser leurs émotions sans retenue, les parties s'en trouvèrent mieux et la suite des débats démontra qu'elles se comprenaient mieux et avaient

trouvé une nouvelle attitude l'une envers l'autre et une compréhension réciproque, qui rendait à nouveau possible une collaboration future.

On observera que tout cela va de soi. Il s'agit, en terme technique, du "droit d'être entendu", notion vaste et vague. Les parties peuvent recourir contre une sentence arbitrale qui ne respecte pas cette norme minimale. Toutefois : l'arbitre ne doit pas s'en tenir au respect minimal du droit d'être entendu, il a le devoir moral d'en faire davantage.

Si l'on peut attendre de l'arbitre qu'il aille au-delà du minimum, on ne saurait en revanche exiger de lui qu'il recherche en toutes circonstances le maximum du droit d'être entendu. Cela ouvrirait la porte à des réquisitions abusives et entraînerait des lenteurs et retards inacceptables. Il s'agit - au sens d'un leitmotiv - que l'arbitre :

- accorde aux parties le droit d'être entendues dans une mesure répondant largement à leurs "expectatives justifiées";
- et qu'il le fasse volontiers.

Les usagers de l'arbitrage international ont le droit d'exiger beaucoup de la Suisse en tant que siège d'un

Tribunal arbitral. Il appartient à chaque arbitre de modéler la procédure de manière que même la partie succombante et son conseil aient la certitude et la satisfaction d'avoir pu faire valoir tous leurs arguments et que ceux-ci ont été sérieusement examinés.

Je souhaite que, ainsi, des expériences telles que celle décrite plus haut soient épargnées à d'autres.

Quelles sont les qualités attendues d'un arbitre ?

- L'arbitre doit bien entendu être au bénéfice des connaissances et de l'expérience que l'on peut attendre d'un juriste confirmé. Celles-ci peuvent être acquises par la pratique quotidienne, et en s'intéressant à l'arbitrage international, notamment en participant aux nombreux séminaires, congrès et colloques qui ont lieu dans le monde entier. Mais ce n'est là qu'une première moitié.
- A cela s'ajoute un élément supplémentaire, qui ne s'apprend pas dans les livres et ne fait l'objet daucun congrès : l'arbitre doit travailler à soi-même et avec soi-même, forger sa propre personnalité. Il s'agit d'un travail critique qui doit s'exercer en dehors comme à l'intérieur de l'arbitrage. C'est la seconde moitié.

Que peut et veut faire l'ASA pour la formation des arbitres ?

La Suisse bénéficie d'une tradition bien établie en matière d'arbitrage international, dans des litiges concernant aussi bien des individus que des entreprises ou même des Etats. Les parties ont confiance en la qualité et l'intégrité de l'arbitre suisse (qui est souvent le Président du Tribunal arbitral). Elles font également confiance à la qualité des avocats suisses, qui les conseillent et défendent leurs intérêts dans les procédures arbitrales. Nous avons donc une responsabilité importante.

Sans fausse modestie, on peut dire que la Suisse ne manque pas d'excellents juristes, avocats et arbitres. Il n'en reste pas moins que chaque pause entraîne un retard, et que toute autosatisfaction serait malvenue. Pour être en mesure de fournir ce qu'il y a de mieux, il faut travailler sans cesse, perfectionner sa formation, s'adapter aux nouveaux défis et exigences de l'actualité afin de participer à son évolution. Au cours des vingt dernières années, il y a eu évolution profonde non seulement du rôle et de la conception de l'arbitrage, mais aussi des domaines du droit qui sont l'essence de l'arbitrage international. Je pense aux nombreuses révisions du droit matériel suisse (Nouveau droit de la vente, révision du droit de la société anonyme, du droit fiscal, du droit bancaire et boursier, etc.), mais surtout :

- à l'évolution du droit européen, dont l'arbitre a de plus en plus à connaître;
- aux réformes juridiques en Europe de l'Est, qui ont déjà commencé à jouer un rôle important dans des arbitrages aujourd'hui en cours;
- aux législations nouvelles et modernes des états industrialisés (Extrême et Moyen Orient) qui jouent un rôle toujours plus important du fait que la partie qui passe commande et achète exige l'application au contrat de sa propre loi;
- à l'importance grandissante des dispositions de droit public des états avec lesquels les contrats internationaux créent des liens;
- au développement de certains aspects importants des droits du commerce international, du contrat d'entreprise, des sociétés et des finances, qui tend vers une globalisation.

L'arbitre doit observer ces développements et s'adapter à leur évolution, ce qui lui impose l'exigence d'une qualité professionnelle. L'ASA ne peut pas assurer cette formation et ce perfectionnement dans d'aussi vastes domaines, qu'il se procurera plutôt en suivant les nombreux séminaires, colloques et congrès internationaux.

1271

Il faut aussi une formation spécifique dans le domaine de l'arbitrage international. L'ASA souhaite y contribuer concrètement et offrir à chacun la possibilité de se tenir "à jour" :

- par des exposés et discussions sur des objets d'actualité à l'occasion des assemblées générales;
- par la publication, dans le Bulletin de l'ASA, de décisions de Tribunaux arbitraux et étatiques, et d'informations sur la bibliographie et les congrès;
- par les groupes de travail locaux de l'ASA, qui ont pour vocation d'analyser et d'approfondir l'étude de certains aspects de l'arbitrage.

La formation des arbitres a constitué l'un des aspects essentiels de l'activité de notre précédent Président, Monsieur le Professeur Pierre Lalive, et nous lui sommes reconnaissants d'avoir déjà concrétisé plusieurs projets dans ce domaine. Le Comité de l'ASA prépare de nouveaux projets et il serait heureux de bénéficier de votre participation active. Nous vous sommes reconnaissants de nous communiquer non seulement vos informations et suggestions, mais aussi vos critiques. En particulier, nous souhaitons que nos membres étrangers nous fassent part de leurs impressions et perception de l'arbitrage en Suisse, ainsi que des expériences (bonnes ou mauvaises) qu'ils ont pu faire dans des procédures arbitrales impliquant des

avocats ou des arbitres suisses. Nous sommes désireux de connaître leur avis et leurs expériences au sujet du nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse.

Nous nous sommes fixés un but élevé et un mot d'ordre que nous aimerais atteindre dans chaque procédure arbitrale :

"The Fine Art of Arbitration".

Marc Blessing

1272