

2.2 Tribunaux cantonaux

2.2.1 Neuchâtel, Tribunal cantonal, Chambre des affaires arbitrales, arrêt du 23 février 1999, dans l'affaire R. c./ Fédération des chasseurs neuchâtelois*

Arbitrage interne – Concordat sur l'arbitrage – Clause arbitrale dans les statuts d'une association faîtière prévoyant la résolution de litiges entre elle et les associations membres – Qualité pour agir d'un membre d'une association membre de l'association faîtière prima facie admise sous réserve de l'examen plus approfondi de cette question par le tribunal arbitral – Récusation par l'association faîtière de l'arbitre nommé par le demandeur au motif de son appartenance à une des associations membres de la société faîtière (Art. 18 CIA et Art. 23 a OJ) rejetée pour abus de droit – Récusation pour apparence de prévention (Art. 23 c OJ) rejetée comme infondée.

Interne Schiedsgerichtsbarkeit – Statutarische Schiedsklausel in den Statuten eines Vereines (Dachverband) betreffend Streitigkeiten zwischen Dachverband und Mitgliedervereinen – Klageberechtigung einer Einzelperson als Mitglied eines Mitgliedervereins – Ablehnung des vom Kläger benannten Schiedsrichters durch den Dachverband aufgrund seiner Mitgliedschaft in einem Mitgliedverein des Dachverbandes (Art. 18 Konk., Art. 23 a und c OG) – Rechtsmissbrauch.

Domestic arbitration – Arbitration agreement in bylaws of an umbrella association for disputes between umbrella association and member associations – Right of an individual who is a member of a member association to rely on the arbitration agreement in dispute against umbrella association – Challenge by the umbrella association of the arbitrator named by the member association on the grounds that the arbitrator is himself a member of another member association – Challenge dismissed (Abuse of law).

* Arrêt partiellement reproduit et commenté par F. KNOEPFLER et P. SCHWEIZER dans RSDIE/SZIER 4/5 1999, p. 631./Nicht in der Amtlichen Sammlung veröffentlicht. Auszüge publiziert und kommentiert von F. KNOEPFLER und P. SCHWEIZER in RSDIE/SZIER 4/5 1999, S. 631.

A. Le requérant est membre de la Société des chasseurs Diana/NE, constituée en association au sens des articles 60 et ss. CCS. Cette association est elle-même l'un des membres de la requise, la Fédération des chasseurs neuchâtelois (ci-après FCN), également organisée en association.

Jusqu'au 16 mai 1998, la requise faisait partie du Schweizerischer Patentjäger- und Wildschutzverband (ci-après SPW). A teneur de l'article 2 alinéa 2 de ses statuts, elle assurait, entre autres tâches, la liaison entre ses membres et le SPW. Le 16 mai 1998, l'assemblée des délégués des membres de la FCN, réunie en assemblée générale ordinaire du Locle, a voté à la majorité la démission du FCN du SPW. Quarante-deux cartes de vote ont été distribuées. Dix-sept délégués ont voté pour la démission, douze contre et douze se sont abstenus. Bien qu'il n'ait pas le statut de délégué, le requérant a exprimé oralement sa désapprobation quant à la démission, pour des raisons stratégiques, l'unité des chasseurs étant selon lui nécessaire pour faire face aux protecteurs des oiseaux.

B. Le 16 juin 1998, le requérant a adressé par son mandataire un courrier recommandé au président de la FCN, dans lequel il contestait la décision de démission du SPW prise un mois auparavant. Selon lui, la sortie du SPW était contraire à l'article 2 des statuts de la FCN. Elle était également inopportune et contraire aux intérêts de la fédération. Le requérant exposait qu'aux termes de l'article 22 des statuts de la FCN, le litige relatif au vote contesté devait être porté devant un tribunal arbitral de trois membres, désignait son arbitre et fixait à la FCN un délai de vingt jours pour désigner le sien, à défaut de quoi il en référerait à la présente Chambre.

Dans une réponse du 30 juin suivant, la requise a déclaré à R qu'il n'avait pas qualité pour contester une décision de la FCN, n'étant que le membre d'une des sociétés affiliées à celle-ci et qu'il ne pouvait par conséquent pas saisir le tribunal arbitral. Dans un courrier du 6 juillet 1998 à la FCN, le requérant a maintenu sa position, enjoint encore une fois la FCN de désigner son arbitre et changé d'arbitre au profit de M. Dans sa réponse du 8 juillet 1998, la requise n'a pas modifié son point de vue.

C. Le 14 septembre 1998, R a déposé une requête devant la Chambre arbitrale du Tribunal cantonal en concluant d'une part à ce que celle-ci donne acte à la requise qu'il contestait la décision de son assemblée générale du 16 mai 1998 et qu'il avait désigné M comme arbitre et d'autre part à ce que la Chambre nomme l'arbitre dont la désignation incombait à la FCN.

Par son mandataire, la requise a déposé le 15 octobre suivant une réponse; elle concluait préjudiciellement à l'irrecevabilité de la requête pour défaut de compétence de la Chambre et tardiveté, principalement à son rejet et subsidiairement à la récusation de l'arbitre choisi par le requérant et à la nomination pour son compte de B en qualité d'arbitre.

D. a) En audience de conciliation, le 9 décembre 1998, le juge instructeur de la Chambre des affaires arbitrales a circonscrit à cinq les questions qui se poseront au tribunal arbitral et demandé aux parties de se déterminer sur chacune:

1. Le tribunal arbitral est-il compétent pour se prononcer sur un recours contre une décision de l'assemblée générale de la FCN (étant précisé qu'un recours contre la décision du 16 mai 1998 a été déposé par R devant le Tribunal du district du Val-de-Ruz)?
2. Le tribunal arbitral a-t-il été saisi par une partie R qui a qualité pour agir devant lui?
3. [...]
4. La lettre du 16 juin 1998 du recourant à la FCN a-t-elle ou non créé valablement litispendance?
5. La décision de l'assemblée générale est-elle annulable parce que contraire à l'article 2 des statuts?

Aux cinq questions, le requérant répond oui. La requise répond non à toutes, excepté à la question numéro 1 où la réponse est oui.

b) Le juge instructeur indique ensuite que la Chambre arbitrale du Tribunal cantonal aura à trancher deux questions, soit d'une part celle de savoir si elle est compétente pour répondre préjudiciellement à l'une des quatre questions encore contestées et définies ci-dessus et d'autre part celle de

savoir si l'arbitre M est récusable pour l'un des motifs prévus aux articles 22 et 23 OJF, auquel renvoie l'article 18 CIA.

c) Le requérant demande à la Chambre de répondre aux questions préjudicielles, en tout cas à la troisième, même si selon lui, elle n'est pas tenue de le faire. Le requérant conteste que M doive être récusé.

La requise estime que toutes les questions préjudicielles sont de la compétence du tribunal arbitral. Elle ignore si M a une opinion préconçue mais soutient que du fait qu'il est membre de la Société des Chasseurs de Boudry, il ne pourra pas dire de façon indépendante si la décision de démission du SPW est conforme aux statuts de la FCM.

Les parties invitent la Chambre à statuer.

Considérant

1. La Chambre des affaires arbitrales doit examiner d'abord s'il lui appartient de trancher une ou plusieurs des trois questions préjudicielles encore litigieuses (qualité du requérant pour agir devant le tribunal arbitral; création ou non de litispendance par la lettre du 16 juin 1998 du requérant à la FCN; violation ou non des statuts de la FCN par la décision de son assemblée générale du 16 mai 1998),

a) L'article 3 du Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969 énumère les compétences du tribunal supérieur de la juridiction civile ordinaire du canton où se trouve le siège de l'arbitrage. Dans le Canton de Neuchâtel, l'autorité compétente est la Chambre des affaires arbitrales du Tribunal cantonal (art. 2 et 3 de la loi neuchâteloise sur l'arbitrage du 5 octobre 1970). En vertu du concordat précité, ses compétences sont les suivantes, parmi d'autres qui ne concernent pas le présent cas:

art. 3 litt. a) : nommer les arbitres que les parties n'auraient pas désignés ou qui n'auraient pas été désignés par l'organe de leur choix.

- art. 3 litt. b) : statuer sur les demandes de récusation des arbitres, prononcer leur révocation et pourvoir à leur remplacement
- art. 3 litt. f) : statuer sur les recours en nullité et en révision.

Ni la question de la qualité pour agir de R, pas plus que celle de la création de la litispendance par la lettre du 16 juin ou celle de la violation des statuts par la décision du 16 mai 1998 n'entrent dans une des catégories visées dans la liste de l'art. 3 du Concordat. Cette liste ne fait pas état d'autres compétences dévolues à la Chambre arbitrale du Tribunal cantonal.

b) L'article 8 al. 1 CIA stipule que si la validité de la convention d'arbitrage ou son contenu ou sa portée sont contestés devant le tribunal arbitral, celui-ci statue sur sa propre compétence, par une décision incidente ou finale. Cette disposition est impérative en ce sens que le tribunal arbitral, pour autant qu'il soit valablement constitué, est seul compétent pour statuer sur sa propre compétence, sous réserve du cas prévu à l'article 36 litt. b) où c'est l'autorité étatique de recours qui tranche lorsque le tribunal s'est déclaré à tort compétent ou incompétent (v. Jolidon, in Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, p. 180).

La jurisprudence du Tribunal fédéral précise que si le juge doit se garder d'admettre trop facilement qu'une clause compromissoire a été conclue, pour la raison que les voies de recours offertes en matière arbitrale sont en général plus restreintes que devant les tribunaux étatiques et que les frais sont souvent plus élevés, "(...) en revanche, s'il est acquis qu'une clause compromissoire a été passée, il n'y a pas lieu de l'interpréter restrictivement. Le juge partira de l'idée qu'en décidant de compromettre, les parties ont voulu doter le tribunal arbitral d'une compétence étendue" (ATF 116 Ia 56, JT 1990 I 563).

En l'espèce, les deux parties au litige reconnaissent la validité de la clause compromissoire de l'article 22 des statuts de la FCN. Seule sa portée est discutée. Pour les raisons exposées ci-dessus, celle-ci doit être interprétée largement.

c) L'article 5 CIA stipule que l'arbitrage peut porter sur tout droit qui relève de la libre disposition des parties, à moins que la cause ne soit de la

compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi. Tel n'est pas le cas en l'espèce. L'ordre public n'est pas en jeu. Les droits de tiers ne sont pas non plus menacés : seuls sont concernés le requérant d'une part et les diverses sociétés membres de la FCN, avec leurs propres membres d'autre part. Tous ont accepté la clause compromissoire en s'affiliant, directement pour les sociétés et indirectement pour les individus, à la FCN et en se soumettant à ses statuts. Le litige relève ainsi de la libre disposition des parties et entre en principe dans la sphère de juridiction du tribunal arbitral.

d) L'article 22 des statuts de la FCN stipule : "Tout litige pouvant surgir au sein de la Fédération entre la Fédération et une société, entre les sociétés ou au sein d'une société (...)" sera tranché par le tribunal arbitral. Sans que la Chambre ait à se prononcer sur la question de savoir si le requérant a la qualité pour agir devant le tribunal arbitral à teneur de cette disposition, elle constate que le texte même de la clause compromissoire ménage au tribunal arbitral une très large compétence *ratione materiae*.

e) En fin de compte, il ressort du texte du concordat, de celui des statuts et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, que c'est le tribunal arbitral lui-même qui est compétent pour trancher les trois questions préjudicielles encore litigieuses. Le souhait du requérant, exprimé à l'audience, ne saurait conduire l'autorité de céans à statuer, du moins à ce stade.

f) Il est vrai que si le requérant n'avait aucun lien de nature associative avec la requise, la Chambre des affaires arbitrales aurait éprouvé quelque hésitation à se saisir de la requête, voire aurait nié sa compétence. Il ne serait en effet pas admissible qu'un plaideur mette en oeuvre une procédure judiciaire sans même avoir la qualité pour agir devant le tribunal arbitral; il appartient d'ailleurs au juge d'examiner d'office, en tout état de cause, la qualité pour agir ou défendre des parties (RJN 1980-81 p. 96 cons. 2, fondé sur l'article 32a CPC repris en substance à l'article 22 CPC actuel). L'irrecevabilité d'une requête fautive de qualité pour agir n'est ainsi pas exclue.

En l'espèce, il faut admettre, *prima facie*, et sous réserve de l'examen plus complet auquel devra se livrer le tribunal arbitral, que le requérant dispose de la qualité pour agir au travers de sa qualité de membre indirect de la requise, à l'instar de ce qu'a retenu un arrêt du Tribunal fédéral auquel il se

réfère (ATF 119 II 271, 276). Cet arrêt pourrait conduire à lui reconnaître la qualité pour agir, et au-delà, une légitimation active (v. Bohnet/Schweizer, Les défenses relatives à l'instance et à l'action, spécialement en procédure civile neuchâteloise, in RJN 1997, p. 7 et suivantes, p. 64 no 138 et suivants). Le lien de nature associative, dont le requérant se prévaut pour exercer un recours contre une décision de l'assemblée générale de la requise, suffit à ce stade pour ne pas exclure d'emblée son droit de saisir le tribunal arbitral. Dès l'instant où la constitution de ce dernier est problématique, la requête (préalable) adressée à la Chambre des affaires arbitrales pour permettre la nomination des arbitres est recevable.

2. En second lieu, la Chambre des affaires arbitrales doit examiner le bien-fondé de la demande de récusation de l'arbitre M formée par la requise. La Chambre est seule compétente à teneur du texte clair de la loi, l'article 21 CIA qui consacre cette compétence étant une disposition impérative (art. 1 al. 3 CIA, ATF 111 Ia 255 et ss.).

a) La FCN ne reproche pas à M sa personnalité, mais son appartenance, comme chasseur et garde-faune auxiliaire, à la Société des Chasseurs de Boudry (une des sociétés membres de la FCN), "même si, soit dit en passant, cette société avait donné pour mandat à ses délégués de voter la démission de la SPW à l'assemblée générale du 16 mai 1998" (réponse à la requête, du 15 octobre 1998). En audience de conciliation, le 9 décembre 1998, le représentant de la FCN précise qu'il ignore si M a une opinion préconçue sur la décision de sortir du SPW. Il considère en revanche que du fait que celui-ci est membre de la Société des Chasseurs de Boudry, il ne pourra pas dire de façon indépendante si la décision en question a été prise valablement au regard des statuts.

R conteste que ce soit un motif de récusation comme il avait contesté dans son courrier du 16 novembre 1998 adressé à la présente Chambre que le fait d'être chasseur et garde-faune auxiliaire en soit un.

b) L'article 18 CIA stipule que les arbitres peuvent être récusés pour les motifs que l'OJF prévoit pour la récusation obligatoire ou facultative des juges fédéraux, ainsi que pour les motifs énoncés dans un règlement d'arbitrage auquel elles ont déclaré se soumettre. Les statuts ne prévoient pas un tel règlement.

Le caractère impératif de l'article 18 CIA n'empêche pas en théorie les parties d'ajouter, d'un commun accord, d'autres motifs de récusation à ceux mentionnés (Jolidon, op. cit. p. 77 et 259). En l'espèce toutefois, une telle extension conventionnelle ne ressort ni des statuts ni du dossier.

Seuls les motifs de récusation prévus par l'OJF entrent par conséquent en ligne de compte.

La Chambre observe que la requise a omis de désigner avec précision lequel ou lesquels de ces motifs elle visait. L'article 22 OJF stipule que lorsqu'un des motifs de récusation de ses lettres a à c est réalisé, l'arbitre concerné doit obligatoirement se récuser. Toutefois, la situation est différente en l'espèce puisque cette disposition trouve application non pas directement mais par renvoi de l'article 18 CIA qui stipule que les parties "peuvent récuser les arbitres pour les motifs que l'OJF prévoit pour la récusation obligatoire ou facultative (...)" (v. Jolidon, op. cit. p. 262 et ss.). La récusation en application du CIA pour les motifs prévus à l'OJF n'est donc pas obligatoire mais facultative.

Dans le présent cas, la FCN n'a invoqué aucun des motifs prévus à l'article 22 OJF. La Chambre n'a pas à les examiner d'office.

c) Le grief fait à l'arbitre M est formulé en des termes très vagues par la requise. On peut d'emblée considérer qu'il ne vise pas l'article 23 litt. b OJF, la FCN ayant déclaré elle-même que la personnalité de l'arbitre n'était pas en cause.

La Chambre arbitrale doit donc essentiellement se pencher sur les lettres a et c de l'article 23 OJF. Pour savoir si la première de ces dispositions est applicable à l'arbitre M, il convient de déterminer si, en qualité de membre de la Société des Chasseurs Diana/NE, l'arbitre contesté "fait partie" de la FCN, et, cas échéant, si ce statut commande sa récusation.

La doctrine est floue sur la question de savoir si l'individu membre d'une association elle-même membre d'une fédération doit être considéré comme membre de la fédération à titre individuel. Les auteurs se bornent généralement à définir le membre par rapport à son investiture statuaire, se

fondant sur le principe de l'autonomie de l'association pour affirmer qu'il appartient aux seuls statuts de déterminer à qui revient la qualité de membre (Sattiva Spring, Les fédérations à but idéal en droit suisse, thèse 1990, p. 125 et ss. et références citées).

Dans un arrêt 119 II 271, en particulier 276, le Tribunal fédéral expose: celui qui est touché par le prononcé de l'organe d'une association dont il "ne fait partie qu'indirectement (...), autrement dit lorsque seules des associations ou d'autres personnes morales peuvent devenir membres, en tant que sections, de l'association faîtière (...) peut, lui aussi, attaquer les décisions de l'association, conformément à l'article 75 CC, ...". Le Tribunal fédéral qualifie l'individu membre d'une association elle-même membre d'une fédération de "membre indirect" (arrêt cité, p. 276). Selon l'article 3 des statuts de la FCN, peuvent faire partie de celle-ci des sociétés et autres groupements. Il n'est pas fait mention des individus.

A la lumière de cette jurisprudence, il convient d'admettre que l'arbitre proposé par le requérant, qui est inscrit à la Société des Chasseurs de Boudry, elle-même membre de la FCN, "fait partie" au sens de l'article 23 litt. a OJ de la FCN dont il est un "membre indirect".

La Chambre arbitrale devra dès lors examiner selon l'article 23 litt. a OJ la compatibilité de ce statut avec celui d'arbitre dans la cause soumise au tribunal arbitral.

d) Le texte de l'article 23 litt. a OJ stipule qu'un juge (en l'espèce un arbitre) peut être récusé "dans l'affaire d'une personne morale dont il fait partie". Bien que les griefs de la requise à l'encontre de l'arbitre M aient été formulés sans grande précision, la Chambre arbitrale, qui applique le droit, doit examiner les causes de récusation auxquelles pourraient se rapporter ces griefs pour décider si celles-ci sont réalisées ou non. En l'espèce, la requise paraît reprocher à l'arbitre de faire partie de la Société de Chasse de Boudry. La Chambre doit dire si celui-ci est récusable de ce seul fait.

La lettre de la loi est claire. Le simple fait qu'un arbitre fasse partie d'une personne morale en litige commande que la récusation soit prononcée si elle est demandée. Dans leur commentaire CIA, Lalive, Poudret et Reymond, (Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, note 2.4 ad. art. 18

CIA) regrettent la grande portée de cette disposition, qui peut conduire à la récusation d'un arbitre qui n'a en réalité aucun intérêt personnel en cause du simple fait qu'il est, comme ici membre d'une grande association. Poudret (Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, p. 119 note 3 ad art. 23 litt. 19), expose de son côté que si le texte de la loi est regrettable, il n'en est pas moins clair, de sorte que "toute participation à une association, une société commerciale ou une coopérative partie au procès ou directement intéressée à celui-ci (...) constituait un motif de récusation (voir les références)". L'auteur ajoute que le caractère malheureux de cette extension n'a pas échappé aux membres de la Commission d'experts chargée de la révision de l'OJ, qui ont prévu de remplacer ce motif de récusation à l'article 23 al. 1er litt. a, comme à l'article 10 al. 1er litt. a PA, par celui "d'intérêt personnel à l'affaire". Ce critère permettra de ne pas prononcer la récusation d'un arbitre faisant partie d'une personne morale lorsqu'il apparaîtra que celui-ci n'a pas d'intérêt personnel à l'issue du litige. Poudret conclut que tel n'est malheureusement pas le cas de *lege lata*, ni pour les magistrats fédéraux ni pour les arbitres vu le renvoi impératif de l'article 18 CIA. Il est d'avis qu'on ne saurait refuser d'appliquer cette règle à la lettre comme le suggère Jolidon (Jolidon, op. cit. p. 266).

Les circonstances de l'espèce commandent pourtant à la Chambre de suivre Jolidon, contre la doctrine majoritaire, sous peine de cautionner un abus de droit.

Conformément à une proposition du Tribunal fédéral, le Conseil fédéral avait prévu dans son projet de l'OJ que le fait d'appartenir à une société anonyme ne constituerait pas un motif de récusation... en toute circonstance, car on ne saurait admettre que la détention d'une seule action ou même de quelques-unes serait de nature à influencer le juge (Feuille fédérale 1943 I p. 107, citée par Jolidon, op. cit., p. 266). Les Chambres ne suivirent pas le Conseil fédéral de telle sorte que la loi actuelle vise toute participation à une personne morale. Il n'en demeure pas moins que le but visé par les dispositions sur la récusation dans le CIA est d'assurer aux parties que leur cause sera jugée objectivement, par un tribunal arbitral indépendant et impartial. Ce but doit être prédominant (Jolidon, réf. cit. et jurisprudence citée). "Cela implique que le motif de récusation soit interprété avec une réserve raisonnable, excluant l'abus de droit et tenant compte des différents intérêts en jeu, de la personnalité des arbitres" (réf. cit.).

En l'espèce, la requise a clairement dit au cours de la procédure que la personnalité de l'arbitre M n'était pas en cause. Dès lors, en invoquant comme motif de récusation le fait que celui-ci fait partie de la Société de Chasse de Boudry - si tant est qu'on admette que ce grief a été valablement soulevé par la requise - , la requise commet un abus de droit et tente de détourner le but de la loi. Elle admet qu'il n'y a rien à reprocher à la personnalité de l'arbitre mais réclame quand même sa récusation pour la seule raison qu'il entre dans la catégorie des personnes récusables de par la loi.

Le critère de la seule appartenance à la Société des Chasseurs de Boudry comme cause de récusation en soi est abusif de droit pour une autre raison également. La FCN a toujours dénié au requérant la qualité pour recourir devant le tribunal arbitral contre la décision de l'assemblée générale du 16 mai 1998. Dans les courriers de président tout d'abord, puis dans sa réponse du 15 octobre 1998, la FCN a toujours soutenu très clairement que les membres de la FCN sont les sociétés qui lui sont affiliées et non les individus adhérant à celles-ci. Dans les trois pièces précitées, les dirigeants exposent que R n'a pas la qualité pour contester une décision de l'assemblée générale, cette possibilité étant réservée aux sociétés membres.

La situation de l'arbitre M n'est pas différente de celle du requérant. Il est membre d'une des sociétés membres de la FCN. Aux yeux des dirigeants de celle-ci, il ne fait donc pas partie de la FCN, mais seulement d'une de ses composantes. Dès lors, en soutenant que l'arbitre M doit être récusé en application de l'article 23 litt. a OJ, la requise invoque contre l'arbitre une disposition qu'elle conteste par ailleurs lui être applicable. Pour cette raison également, l'application à la lettre de l'article 23 litt. a OJ au cas d'espèce constituerait un abus de droit et détournerait le but de la loi.

e) La Chambre arbitrale doit encore résoudre la question de savoir si des circonstances déterminées et objectives montrent qu'on peut soupçonner M de n'être pas impartial dans cette cause. Cette question relève de l'application de l'article 23 litt. c OJF.

Selon la doctrine, un soupçon de prévention objectivement justifié suffit pour qu'un arbitre puisse être récusé, sans qu'il y ait besoin que celle-ci se soit manifestée. Ce sentiment ne doit cependant pas être uniquement

subjectif. Il doit reposer sur des faits concrets qui soient en eux-mêmes propres à avoir une incidence sur l'issue de la procédure et à justifier objectivement et raisonnablement un tel sentiment chez une personne réagissant normalement (Jolidon, op. cit. p. 268 et la jurisprudence citée).

D'après le Tribunal fédéral (ATF 111 Ia 74 cons. 2a et références citées), une apparence de partialité existe, en général, lorsque l'arbitre a un intérêt indirect mais proche à la solution du différend soumis à arbitrage. Dans l'arrêt précité, une recourante réclamait la récusation d'un arbitre après que la sentence arbitrale avait été rendue. Elle soutenait que celui-ci, administrateur unique d'une société et probablement actionnaire important de celle-ci, avait passé avec une des parties au litige un accord aux termes duquel si celle-ci était condamnée à payer une indemnité à l'adverse partie, cette dette serait reprise par la société de l'arbitre. Le Tribunal fédéral, sans trancher la question, a considéré que si les allégations de la recourante étaient vraies, "cette circonstance serait propre à faire douter de l'entière indépendance de l'arbitre pour juger de la cause (...)" et que s'ils étaient avérés, de tels faits "pourraient constituer un motif de récusation".

La situation de l'espèce n'est pas comparable. Des déclarations en audience des dirigeants de la FCN, il ressort que ceux-ci appuient leur demande de récusation de M sur son appartenance à la Société des chasseurs de Boudry en qualité de membre-chasseur d'une part et de garde-faune auxiliaire d'autre part.

Le fait qu'il soit lui-même chasseur ne permet objectivement pas de déduire qu'il ne serait pas suffisamment indépendant ou impartial. Il ne renseigne pas sur son opinion quant à la limitation de la chasse aux oiseaux prévue par le SPW ni, par conséquent, sur ses convictions en ce qui concerne la démission de la FCN.

Le constat qu'il assume une tâche de garde-faune auxiliaire au sein de sa société de chasse n'est pas plus déterminant. Il ne permet pas de déduire que M aurait une idée préconçue quant aux deux points évoqués ci-dessus. En effet, le rôle du garde-chasse est de veiller à ce que la pratique de la chasse se déroule conformément aux règles légales et aux usages définis par les sociétés. Il fait la police de chasse. Le fait qu'il remplisse ce rôle ne permet pas de savoir s'il approuve ou désapprouve une modification des règles qu'il

doit faire respecter. On ne se trouve pas dans la situation visée dans l'ATF 99 Ia 45, JT 1974 I 517, où le Tribunal fédéral avait considéré que la désignation d'un architecte en tant qu'expert pour déterminer si la pose d'un panneau publicitaire était compatible avec les exigences de la protection de la nature n'était pas arbitraire, alors même que cet architecte était aussi président *ad interim* d'une section de la Ligue suisse pour la protection de la nature (jurisprudence critiquée par Jolidon, op cit. p. 272). En effet, s'il apparaît clairement qu'un des buts de la Ligue pour la protection de la nature est de freiner les immixtions de l'homme dans celle-ci, ce qui ôtait probablement une partie de son impartialité à l'expert architecte dans l'affaire précitée, le but du garde-chasse n'est pas d'empêcher la chasse, mais de veiller à ce qu'elle se déroule conformément aux règles, sans que ses convictions personnelles n'entrent en ligne de compte.

Enfin, le fait que M soit membre de la Société de chasse de Boudry n'est pas non plus de nature à faire douter de son indépendance. Les représentants de la FCN ont précisé eux-mêmes en audience que les délégués de cette société à la FCN avaient reçu la directive de voter pour la démission du SPW. C'est la preuve qu'une majorité des membres de la société de Boudry était favorable à cette démission. On voit dès lors mal, en l'absence d'autres indications, comment soupçonner objectivement M de partialité au détriment de la FCN. Or pour qu'une partie puisse obtenir la récusation d'un arbitre, elle doit démontrer une apparence de partialité à son détriment (Jolidon, op. cit. p. 269). Dès lors, le simple fait que M soit membre de la Société des Chasseurs de Boudry, dont les délégués avaient reçu mission de voter pour la sortie du SPW, ne convainc pas l'observateur objectif et raisonnable que celui-ci pourrait avoir une prévention contre la FCN qui a voté dans le même sens. Peut-être en serait-il allé autrement si M avait été délégué de sa société auprès de la FCN, mais ici encore, pas au détriment de celle-là.

De ce qui précède, il ressort que ni le statut de chasseur de M, ni sa fonction de garde-chasse auxiliaire, ni son appartenance à la Société des Chasseurs de Boudry ne suffisent à fonder contre lui un soupçon objectivement motivé de partialité dans l'affaire qu'il sera appelé à arbitrer. "

Pour sa part, le requérant n'a pas récusé l'arbitre choisi par la FCN; il sera donné acte de sa désignation.

3. Il résulte de ce qui précède que le requérant obtient la désignation d'un arbitre par la requise, alors que cette dernière voit sa demande de récusation rejetée. La requise supportera ainsi les frais et les dépens de la présente procédure.

Quelques remarques à propos de l'interprétation de la clause compromissoire et de son efficacité

1. Si l'on doit entièrement approuver le résultat auquel aboutit l'arrêt cantonal reproduit ci-dessus, il y a néanmoins lieu de regarder de plus près un *obiter dictum* qui nous paraît se prêter à la critique. Ainsi, au considérant 1b, les juges cantonaux affirment, en s'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral :

"que si le juge doit se garder d'admettre trop facilement qu'une clause compromissoire a été conclue, pour la raison que les voies de recours offertes en matière arbitrale sont en général plus restreintes que devant les tribunaux étatiques et que les frais sont souvent plus élevés, "(...) en revanche, s'il est acquis qu'une clause compromissoire a été passée, il n'y a pas lieu de l'interpréter restrictivement. Le juge partira de l'idée qu'en décidant de compromettre, les parties ont voulu doter le tribunal arbitral d'une compétence étendue" (ATF 116 Ia 56, JT 1990 I 563)."

2. Or, contrairement aux avis exprimés par certains auteurs¹ et tribunaux² il n'y a aucune justification, tout au moins sur le plan de l'arbitrage international, d'interpréter de manière restrictive les déclarations de volonté des parties concernant l'arbitrage. Nous nous attacherons dans cette note à démontrer que la distinction entre l'interprétation relative à l'existence d'une

¹ Rüede/Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Auflage, 1993, p. 74;

Walter/Bosch/Brönnimann, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 1991, p. 73.

² Voir, outre l'arrêt neuchâtelois ci-dessus, et l'arrêt du Tribunal fédéral qu'il cite (ATF du 15 mars 1990, 116 Ia 56, *Sonatrach c/ K.C.A. Drilling Ltd.* = JT 1990 I 563 = Rev. arb. 1990, p. 921, note Tschanz), arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 30 mars 1993, ASA Bulletin 1995, 63 = Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996) p. 681.

clause compromissoire et celle examinant l'étendue de la clause est artificielle et dénuée d'appui dans le droit suisse de l'arbitrage.

Comme point de départ il n'est pas inutile de rappeler la formule connue, et juste, selon laquelle l'interprétation de la clause compromissoire ne se distingue pas de l'interprétation qui serait faite de n'importe quelle autre clause contractuelle. Ainsi, le raisonnement adopté par le collège arbitral dans l'affaire Amco c/ Indonésie sous les auspices du CIRDI en 1983 n'a rien perdu de sa pertinence:

In the first place, like any other convention [read: agreement], a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties: such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle pacta sunt servanda, a principle common, indeed, to all systems of internal law and to international law.

“Moreover - and this is again a general principle of law - any convention, including conventions to arbitrate, should be construed in good faith, that is to say by taking into account the consequences of the commitments the parties may be considered as having reasonably and legitimately envisaged.”³

3. C'est en effet la volonté des parties, établie en droit suisse selon les règles générales des articles 1 à 18 CO, qui est décisive. Le juge comme l'arbitre doit en premier lieu rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant sur la base d'indices. Si cette intention ne peut être décelée avec certitude, il déterminera la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations de volonté selon le principe de la confiance.

Comme dérivé du principe de la confiance, on tiendra compte du principe de l'interprétation efficace ("effectiveness", "in favorem validitatis", "ut res magis valeat quam pereat"). Il paraît en effet parfaitement raisonnable

³ Sentence du 25 septembre 1983, Yearbook Commercial Arbitration X (1985), p. 62 s., consid. 14. Voir aussi Sentence dans l'affaire SOABI c. Sénégal du 25 février 1988, ICSID ARB/82/1, Yearbook International Arbitration XVII (1992) 42, 52.

d'admettre, lors de la recherche de la réelle et commune intention des parties, que celle-ci n'était pas d'invalider ou de rendre inefficace le contrat ou une clause de celui-ci⁴.

S'agissant plus particulièrement de l'efficacité d'une convention d'arbitrage, le législateur admet sa validité quant au fond dans la mesure où elle est conforme à l'une des trois lois énumérées à l'article 178 alinéa 2 LDIP (le droit applicable au fond, le droit suisse, le droit choisi par les parties pour régir la convention d'arbitrage). Il ne s'agit toutefois pas d'une règle d'interprétation, mais d'une règle de conflit *in favorem validitatis* découlant de la volonté du législateur d'assurer pleinement, par ce rattachement alternatif, l'efficacité du recours à l'arbitrage envisagé par les parties.

4. Les principes d'interprétation rappelés plus haut doivent s'appliquer tant au stade de l'examen de l'existence même d'une clause compromissoire que pour établir la portée de celle-ci.

4.1 Cette deuxième évidence est consacrée dans la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, laquelle admet que, si les parties ont opté pour l'arbitrage, il y a lieu de considérer qu'elles souhaitent que ce tribunal ait une compétence générale⁵. Dans cette ligne s'inscrivent par exemple les décisions étendant une clause d'arbitrage contenue dans un contrat à l'exécution de la transaction qui l'a remplacé (à moins que la transaction ne contienne un mécanisme de résolution des litiges inconciliable avec l'arbitrage prévu dans le contrat initial)⁶. On citera également la doctrine admettant l'application d'une clause compromissoire à des réclamations fondées sur un acte illicite dans la mesure où l'état de fait à la base de ce dernier se confond avec une violation du contrat⁷. Enfin, les objections visant à limiter la portée d'une clause compromissoire par une interprétation sémantique de certains de ses termes tels que "disputes arising out of the contract", "in connection with", "under"

⁴ Gaillard/Savage (Ed.), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, 1999, p. 825; Article 4.5 UNIDROIT Principles; Article 5:106 Principles on European Contract Law. V.a la sentence dans l'arbitrage CCI 4145 Recueil des sentences CCI 1986-90, p. 57.

⁵ ATF 116 Ia 56, 121 III 495, 500.

⁶ ATF 116 Ia 56, ATF 121 III 495, ATF du 6 septembre 1996, non publié, ASA Bulletin 1997, p. 291, 300, arrêt du Tribunal cantonal vaudois, JdT 1988 III 10-11 No. 9.

⁷ Blessing, Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives, 1999, p. 192; Wenger, in Basler Kommentar (Honsell/Vogt/Schnyder, éd.), 1996 n 33 ad article 178 LDIP.

etc. ne seront pas accueillies favorablement. La portée restreinte que peuvent avoir certains de ces termes dans les pays de tradition "*common law*" ne saurait être transposée dans d'autres systèmes, à défaut d'une volonté concordante des parties à cet effet (défaut que l'on admettra notamment si les parties utilisent la langue anglaise pour des raisons de pure commodité sans toutefois attacher à de telles expressions le sens qu'elles pourraient avoir à la lumière de la jurisprudence étatique anglaise ou américaine).

4.2 Quant à l'examen de l'existence même de la convention d'arbitrage, rien ne justifie de l'exempter de l'application des principes d'interprétation normale en faveur d'une interprétation restrictive comme le fait le Tribunal cantonal dans l'arrêt visé, lequel est basé sur la jurisprudence du Tribunal fédéral dans l'affaire *Sonatrach*.

A l'appui d'une interprétation restrictive les arrêts et auteurs susmentionnés invoquent : la garantie du juge naturel et du for du domicile (Art. 58 et 59 aCst.), la limitation des voies de recours ou encore les coûts soi-disant plus élevés de l'arbitrage. Il s'agit, en somme, des mêmes *caveat* qui ont amené les tribunaux suisses à soumettre la validité des clauses de prorogation de for à une série de conditions de forme et de fond.

Ces arguments ne sont pas pertinents face aux conventions d'arbitrage.

4.2.1 Quant aux garanties constitutionnelles, les exigences strictes en matière de forme et de fond régissant la validité de la prorogation de for ne sauraient être imposées aux clauses compromissoires. Les exigences plus strictes développées par la doctrine en matière de prorogation de for ne s'appliquent pas à une clause compromissoire dans le cadre du Concordat (et donc encore moins dans celui de la LDIP, plus libéral que le Concordat)⁸. A noter aussi que la garantie du juge du domicile connaissait de nombreuses exceptions, notamment en faveur des compétences internationales, exceptions désormais explicitement autorisées par l'article 30 de la nouvelle Constitution, entrée en vigueur le 1er janvier 2000, et prévues par la loi sur les fors du 24 mars 2000.

En tout état de cause, il ne paraît guère justifié de parler du consentement à l'arbitrage en terme d'un abandon quelconque d'un droit. En effet, toutes les parties à la clause arbitrale renoncent à un procès devant les

⁸ Cf. Arrêt du Tribunal cantonal vaudois, publié dans ASA Bulletin 3.1999, p. 360.

tribunaux étatiques normalement compétents en vertu des règles de conflits (qui, à noter en passant ne désignent nullement dans toutes les circonstances les juges du domicile de la partie défenderesse, dont l'identité est, au surplus, inconnue au moment de la conclusion du contrat !). La neutralité du for et l'éviction de la compétence des tribunaux étatiques sont des buts recherchés, voire le principal atout de l'arbitrage. C'est précisément la raison pour laquelle l'arbitrage est devenu une méthode de résolution de litige non pas inhabituelle mais banale parmi les acteurs du commerce international. Une clause compromissoire ne les prendra par conséquent pas au dépourvu et ne les privera d'aucun droit. Bien au contraire, vu la généralisation de l'arbitrage, au moins dans certains secteurs, on trahirait la légitime attente des parties en interprétant de manière restrictive leur volonté.

En somme, il convient de rejeter l'exigence contraignante de forme et de fond développée, pour la prorogation de for, en l'application du principe constitutionnel de la garantie du juge naturel et celui de la garantie du juge du domicile du débiteur⁹. Ainsi que le souligne Reymond:

*“A notre avis elle n’y a aucune place et cela pour deux raisons au moins. D’une part, dans l’arbitrage international l’aspect positif (choix d’une juridiction arbitrale spécialisée et indépendante) l’emporte nettement sur l’aspect négatif (exclusion de la compétence des tribunaux étatiques). D’autre part, l’arbitrage international est pratiquement toujours prévu entre des personnes ou des entreprises familières de la vie des affaires, qui n’ont pas besoin de la protection qu’accorde la jurisprudence citée aux parties inexpérimentées.”*¹⁰

4.2.2 L'affirmation selon laquelle l'arbitrage sera plus onéreux qu'une procédure judiciaire n'est certainement pas correcte dans l'absolu. Quoi qu'il en soit, elle se place sur un faux plan. En effet, une partie cherche, dans un contentieux qu'il soit arbitral ou judiciaire, un résultat et donc une procédure efficace. Or, c'est précisément sur ce plan que l'arbitrage dispose de très nets avantages par rapport aux procédures judiciaires. Ainsi, la plupart des lois

⁹ Voir aussi Tschanz, Rev. arb. 1990, p. 928; Wenger, in Basler Kommentar (Honsell/Vogt/Schnyder, éd.), 1996, n 49 ad article 178 LDIP; Lalive, Arbitrage International, Fiche juridique suisse N° 946, p. 11.

¹⁰ Reymond in Lalive/Poudret/Reymond, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989, n 12 ad article 178 LDIP.

d'arbitrage modernes limitent considérablement les voies de recours (et donc également les frais du litige). De plus, la Convention de New York, signée par la majorité des pays importants au niveau des échanges commerciaux, constitue un instrument efficace permettant d'exécuter les sentences arbitrales à l'étranger. Il n'existe pas de tel traité pour les jugements étatiques.

4.2.3 L'argument, selon lequel la limitation des voies de recours en matière d'arbitrage justifierait une interprétation restrictive de la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage, est pour le moins surprenant. En effet, le Tribunal fédéral rappelle dans ses formules standards que la limitation des voies de recours était l'un des objectifs prioritaires du législateur lors de l'adoption de la LDIP¹¹. Ce frein aux procédures permettant de mettre en cause les sentences arbitrales a été exigé et salué par les utilisateurs de l'arbitrage, et n'est pas considéré comme une tare, mais plutôt comme un des atouts de l'arbitrage par rapport aux procédures ordinaires, et comme indispensable pour garantir la compétitivité de la Suisse comme siège d'arbitrages internationaux.

5. Le principe de l'efficacité des conventions rappelé ci-dessus (para. 3), commande également de favoriser la validité de la convention d'arbitrage même lorsque certaines modalités de l'arbitrage, prévues dans la convention ne peuvent pas ou ne peuvent plus être appliquées telles qu'initialement envisagées. L'accord fondamental des parties à une convention d'arbitrage revient à exclure, pour un litige déterminé, la compétence de (tous) les tribunaux étatiques au profit de celle d'un tribunal arbitral¹². Cet accord de base prime sur les éventuelles modalités, précisions ou dispositions d'exécution dont il peut être assorti. Par conséquent, en cas d'incompatibilité entre les modalités, mêmes importantes, et l'engagement de principe des parties de se soumettre à un collège arbitral, ce dernier doit prévaloir.

5.1 A titre d'exemple de telles modalités l'on pourrait citer les stipulations relatives à la langue de la procédure, la personne de l'arbitre, l'institution d'arbitrage, ou au siège de l'arbitrage. Ces clauses constituent normalement de simples modalités tributaires de l'accord fondamental des parties de recourir à l'arbitrage. Par conséquent, des problèmes d'application de telles modalités

¹¹ Voir les arrêts cités chez Patocchi/Geisinger, Code DIP annoté, 1995, p. 481, n 1 ad article 190.

¹² Wenger, in Basler Kommentar (Honsell/Vogt/Schnyder, éd.), 1996, n 28 ad article 178 LDIP.

doivent être résolus en faveur de cet accord fondamental. Ainsi, pour revenir à nos exemples, l'impossibilité de conduire l'arbitrage dans la langue choisie dès lors que les règles de l'institution d'arbitrage élue impose une autre langue, le refus ou la prévention, d'un arbitre nommé dans la clause d'accepter le mandat, la disparition, voire l'inexistence de l'institution d'arbitrage choisie, ou encore l'impossibilité de conduire l'arbitrage à l'endroit déterminé dans la convention suite à un changement de circonstances, tel que la mainmise de l'Etat sur les tribunaux qui connaîtront d'un éventuel recours ultérieur contre la sentence ne devrait pas faire obstacle à l'arbitrage (La question de l'impact des changements de circonstances sur une clause de prorogation de for a surgi après la révolution iranienne, en rapport avec les clauses en faveur des tribunaux iraniens¹³. Admettant sa compétence pour d'autres raisons que celle de la caducité de ces prorogations, l'Iran-US Claims Tribunal a pu éviter d'indiquer si les changements de circonstances intervenus en Iran risquaient d'invalider de manière générale les clauses de prorogation de for¹⁴).

5.2 Dans le même ordre d'idées, on citera les clauses prévoyant un délai de négociation ou de réflexion ("cooling off period") préalable à l'arbitrage, fréquentes dans les traités d'investissements (BITs). On songera aussi aux stipulations d'un délai pour l'introduction de l'arbitrage.

5.2.1 Dans le premier cas, il s'agira le plus souvent de dispositions d'ordre dont le manquement n'entraîne pas l'irrecevabilité de la requête d'arbitrage¹⁵, à moins que la disposition ne fasse ressortir une volonté contraire des parties, par exemple en taillant sur mesure un mécanisme de négociation sophistiqué devant être mis en place pendant le délai d'attente.

5.2.2 Dans la deuxième hypothèse, celle d'un délai pour introduire l'arbitrage, on ne saurait admettre aisément, surtout lorsque le délai est relativement court, que les parties ont convenu d'un délai péremptoire, à

¹³ Brower/Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, 1998, p. 60 ff; Van Houtte, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, *Transnational Rules in Commercial Arbitration*, p. 117, ICC Publication no. 480/4, 1993.

¹⁴ Tel était pourtant l'avis des juges américains Holtzmann and Mosk (1 Iran-U.S. C.T.R. 284 ff.).

¹⁵ Voir Sentence NAFTA du 24 juin 1998 dans l'affaire *Ethyl Corp. c. Canada* (Arbitres Prof. Böckstiegel, Messieurs C. Brower et M. Lalonde), publiée in *Journal of International Arbitration* 3/1999, p. 149, 179 ff. La sentence admet, en revanche, que l'omission d'une partie de respecter un tel délai d'ordre pourrait être prise en compte lors de la décision sur les coûts de l'arbitrage (p. 183).

moins que cette clause n'ait fait l'objet d'une discussion entre les parties ou ne soit justifiée par des motifs inhérents à la nature du contrat.

Dans ce contexte, l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire *Vekoma c. Maran Coal Corporation*¹⁶ mérite d'être mentionné. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral avait à connaître de la validité d'une clause compromissoire stipulant que l'arbitrage devait être introduit dans un délai de trente jours "after it was agreed that the dispute cannot be resolved by negotiation". Le Tribunal fédéral a conclu que ce délai, et partant la possibilité de recourir à l'arbitrage, était expiré. La sentence arbitrale attaquée fut donc annulée. Il sied de préciser que la recourante n'avait pas contesté la nature contraignante de ce délai (cons. 3b) et que la seule question portée devant le Tribunal fédéral était de savoir quand le délai avait commencé à courir (cons. 3c). La question décisive nous semble toutefois avoir précisément été celle de la nature du délai et non pas celle de son commencement. Comme Schweizer le relève à juste titre¹⁷, il est fort improbable que des contractants raisonnables auraient convenu d'un délai péremptoire aussi brutal. On supposera plutôt qu'il s'agissait d'un simple délai d'ordre, et donc d'une simple modalité de la clause arbitrale, dont le non-respect ou l'impossibilité ne font pas échec à la mise en place de l'arbitrage.

6. On retiendra donc que, dans les cas où une modalité de la convention d'arbitrage (voir ci-dessus, para. 5) ne peut être mise en application telle que prévue, le juge, ou l'arbitre, devrait s'efforcer de trouver une solution tenant compte de l'engagement fondamental des parties de se soumettre à l'arbitrage, plutôt que d'affirmer que la clause compromissoire aurait perdu sa force contraignante. Ainsi, une partie ne saurait s'opposer avec succès à l'arbitrage sous prétexte qu'une des modalités ne pourra pas être appliquée, sauf à démontrer que les parties avaient élevé une modalité au rang de principe et souhaitaient renoncer à l'arbitrage plutôt que de sacrifier celle-ci.

Une pathologie curable en théorie peut toutefois se révéler fatale en pratique si la convention d'arbitrage ne permet pas de trouver un juge d'appui disposé à prêter secours, notamment pour la mise en place du tribunal arbitral.

¹⁶ ATF 125 III 322, ASA Bulletin 4.96, 673, note Schweizer.

¹⁷ Loc. cit., p. 684.

7. Enfin, un mot de prudence s'impose quant au principe de l'interprétation efficace. Or, s'il convient d'admettre, lors de la recherche de la réelle et commune intention des parties, que celle-ci n'a pas été d'invalider le contrat ou de le rendre inefficace, on notera que ni le principe de *favor arbitri* ni celui de l'efficacité, ne peut être invoqué pour assigner en arbitrage une partie qui n'y a consenti ni explicitement, ni par son comportement, et qui n'a pas non plus acquis la clause suite, par exemple, à une succession universelle ou partielle.

8. En somme, on retiendra que la formule utilisée dans l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire *Sonatrach c/ K.C.A. Drilling Ltd.* (116 Ia 56) et reprise ultérieurement, sans discussion, dans d'autres arrêts, tel que l'arrêt neuchâtelois ci-dessus prônant une interprétation restrictive de la déclaration de volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage n'est pas convaincante. Elle est inconciliable avec une réalité économique (reconnue par le législateur de la LDIP), devenue réalité juridique, selon laquelle l'arbitrage est un mode de résolution des litiges normal et ordinaire dans le commerce international. L'intention du législateur était de bannir définitivement les restrictions de forme et de fond désuètes que le Concordat sur l'arbitrage a imposées aux conventions d'arbitrage. L'arrêt susmentionné, rendu en application du Concordat, constitue un anachronisme et ne peut plus servir de précédent dans le cadre de l'arbitrage international réglé par la LDIP. Il est également en contradiction avec l'esprit de la jurisprudence généralement très pro-arbitrale du Tribunal fédéral. Une précision, ou actualisation, de la jurisprudence du Tribunal fédéral quant à l'interprétation de la clause compromissoire conformément à l'esprit de la LDIP serait la bienvenue.

Matthias Scherer