

## L'ÉQUITÉ DE L'ART. 4 CC ET CELLE DES ARTS. 31 AL. 3 CIA ET 187 AL. 2 LDIP APPLIQUÉES RESPECTIVEMENT PAR LE JUGE ET PAR L'ARBITRE SONT-ELLES SYNONYMES ?

par

**JUAN CARLOS LANDROVE\***

Docteur en droit de l'Université de Lucerne, LL.M.

### Introduction

La notion de «règles du droit et de l'équité» est un sujet dont l'attrait académique paraît aujourd'hui limité tant il a été l'objet de nombreuses gloses<sup>1</sup>, à tel point que la question semble pratiquement épuisée.<sup>2</sup> L'«équité» comme dérogation à l'arbitrage «en droit» interne a, quant à elle, certes été l'objet de divers commentaires, mais nettement moins nombreux.<sup>3</sup> En revanche, à notre connaissance, la sentence en équité n'a fait l'objet que d'une seule étude spécifique en droit suisse de l'arbitrage international.<sup>4</sup> Nos recherches n'ont pas permis de

---

\* Chargé de cours à l'Université de Lausanne, Docteur en droit de l'Université de Lucerne, LL.M. in *Comparative Jurisprudence* (NYU), Licencié en droit de l'Université de Genève, avocat aux barreaux de Genève, Madrid et New York.

<sup>1</sup> Notamment l'incontournable, DESCHENAUX, H., *Le titre préliminaire du code civil*, Fribourg, Ed. Universitaires, 1969, et l'étude plus spécialisée du même auteur, «Le traitement de l'équité en droit suisse», in: M. Bridel [et al.] (édit.), *Recueil de travaux suisses présentés au VIII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1970, pp. 27-39.

<sup>2</sup> Cf. toutefois l'approche rafraîchissante adoptée récemment dans le cadre de la Journée des Juristes Suisses 2007 à l'occasion du centenaire du CC par MORIN, A., «Les articles 2 et 4 CC: deux règles dans l'esprit du Code civil suisse», *ZSR*, 2007 II pp. 203-236.

<sup>3</sup> En arbitrage interne et international selon le CIA (en 1984 la LDIP n'était pas encore entrée en vigueur et le CIA s'appliquait en matière interne et internationale), cf. JOLIDON, P., *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Berne, Stämpfli, 1984, ad art. 31 CIA, et l'étude plus topique du même auteur, «La sentence en équité dans le Concordat suisse sur l'arbitrage», in: C. Reymond/ E. Bucher (édit.), *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, Zurich, Schulthess, 1984, pp. 259-268.

<sup>4</sup> Cf. BÜHR, D. L., *Der internationale Billigkeitsschiedsspruch in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz*, Bern, Stämpfli, 1993. Certes tous les commentaires de la LDIP traitent de l'art. 187 al. 2 LDIP mais s'attardent peu, pour autant qu'ils l'abordent, sur le contenu particulier de l'équité dans cette disposition. Il convient de relever que la Suisse n'est de loin pas la seule juridiction à autoriser des arbitres à statuer en équité, cf. notam-

localiser d'étude fouillée consacrée à la comparaison de ces notions telles qu'appliquées par le juge suisse ou l'arbitre siégeant en Suisse.<sup>5</sup>

Par conséquent, dans le cadre restreint qui lui est réservé, cette courte contribution se propose de déflorer le sujet en comparant brièvement quelques aspects saillants de l'art. 4 CC par rapport à leur équivalent dans le cadre des arts. 31 al. 3 CIA et 187 al. 2 LDIP, ce afin d'en déceler les éventuelles convergences et divergences.

Cela étant, il nous paraît important tout d'abord de délimiter la notion d'équité par la mise à l'écart de notions voisines (cf. *infra* 2.). Nous exposerons ensuite les motifs qui président à l'octroi par les parties de l'autorisation faite aux arbitres de statuer *ex aequo et bono* (cf. *infra* 3.). Nous nous attellerons également à la comparaison entre l'équité judiciaire et arbitrale afin d'en établir des convergences et divergences (cf. *infra* 4.), avant de conclure (cf. *infra* 5.).

## 2. Définitions

Il convient de préciser la notion d'équité étudiée ici en raison des nombreuses formules potentiellement voisines que l'on rencontre dans les droits positifs tant d'origine continentale que dans les ordres juridiques de *common law*.

Une confusion terminologique est fréquente entre équité et amiable composition.<sup>6</sup> La notion d'«amiable composition» du droit français<sup>7</sup> ne se confond pas avec celle d'arbitrage en équité du droit suisse. En effet, l'amiable composition représente un affranchissement de l'arbitre dans l'application des règles de droit, plus limité que l'arbitrage en équité helvétique.<sup>8</sup> Effectivement, comme analysé

---

ment Allemagne: §1051(3) ZPO; Espagne: art. 34 al. 1 de la loi 60/2003; Italie: arts. 822 (arbitrage interne) et 834 (arbitrage international) CPC; Pays-Bas: art. 1054 al. 3 WBR.

<sup>5</sup> Certes, tant les commentaires du CIA que de la LDIP traitent de l'équité, mais passent comme chat sur braise, pour autant qu'ils considèrent, le contenu particulier de l'équité dans les arts. 31 al. 3 CIA et 187 al. 2 LDIP en rapport avec celui de l'art. 4 CC.

<sup>6</sup> POUURET, J.-F. / BESSON, S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Paris, Zurich, Bruylant, L.G.D.J., Schulthess, 2002, p. 653, N 711; YU, H.-L., «Amiable Composition – A Learning Curve», 17 *J. of Int'l Arb.* (1/2000) pp. 79-98, à la p. 82. Cf. également PATOCCHI, P. M. / GEISINGER, E., *Code de droit international privé annoté*, Lausanne, Payot, 1995, lesquels intitulent leur chapitre commentant l'art. 187 al. 2 LDIP «Pouvoirs d'amiable compositeur», p. 474, N 2, *ad* art. 187 LDIP.

<sup>7</sup> Cf. art. 1474 NCPC pour l'arbitrage interne et l'art. 1497 NCPC pour l'arbitrage international.

<sup>8</sup> CHRISTIE, R. H., «Amiable Composition in French and English Law», 58 *Arbitration – Journal of the Chartered Institute of Arbitrators* (4/1992), pp. 259-266, à la p. 264; LALIVE, P., «Arbitrage international: Les sentences – Les recours – Le droit transitoire», *FJS* 946b (1991), N 19; POUURET, J.-F., «Arbitrage concordataire III: La procédure arbitrale», *FJS* 464b (1988), N 21.

infra<sup>9</sup>, l'arbitre chargé de statuer en équité n'est pas tenu d'appliquer un droit positif quelconque, mais doit retenir, sans égard aux normes générales préétablies, une solution qui apparaisse équitable dans le cas d'espèce. Il ne lui est cependant pas interdit de s'inspirer d'une législation étatique déterminée, mais uniquement pour orienter ou soutenir son sentiment de l'équité.<sup>10</sup> L'arbitre siégeant en Suisse et statuant en équité est donc libéré des règles de droit et même des règles légales impératives, et doit uniquement respecter celles qui sont d'ordre public.<sup>11</sup> La sentence en équité vise une décision prise à la lumière du cas d'espèce, sans référence à des normes générales et abstraites préétablies, même impératives; ce qui la distingue de l'amicable composition du droit français qui doit respecter les dispositions impératives du droit applicable<sup>12</sup>, et n'emporte donc pas éviction totale de la loi comme dans le cas de la sentence en équité qui peut même être contraire aux règles de droit.<sup>13</sup> En définitive, ce que nous retiendrons est que l'équité s'oppose à la rigidité du droit strict<sup>14</sup>, et que l'arbitrage en équité est tout autre chose que l'amicable composition du droit français.<sup>15</sup> En Suisse toutefois, équité, *ex aequo et bono* et amiable composition sont souvent des termes utilisés indifféremment pour désigner la même chose, c'est-à-dire l'équité au sens technique du droit suisse.<sup>16</sup>

Par ailleurs, le concept d'*equity*, cher aux juridictions de *common law*, et tel qu'appliqué par certains tribunaux anglais vise à écarter le formalisme ou à atté-

<sup>9</sup> Cf. *infra* Chapitres 4.3.3.1. et 4.4.3.

<sup>10</sup> «Guider ou affirmer son sentiment de l'équité», cf. *JdT* 1981 III 66, 93.

<sup>11</sup> ATF non publié du 19.12.2001 dans la cause 4P. 114/2001, c. 2c.bb, reproduit in *Bull. ASA* (3/2002) pp. 493-515, à la p. 508 note Frick; ATF 107 Ib 63 = *JdT* 1983 I 230, c. 2b; *JdT* 1981 III 66, 121 et *JdT* 1988 III 2, 35; *SJ* 1985, p. 29; HEINI, A., in: D. Girsberger [et al.] (édit.), *ZKomm-IPRG*, Zurich, Schulthess, 2<sup>ème</sup> éd., 2004, N 24 ad art. 187 LDIP; POUURET, *supra* note 8, N 21 et références citées; JOLIDON, «La sentence en équité», *supra* note 3, p. 261; LALIVE, P./ POUURET, J.-F./ REYMOND, C., *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, Payot, 1989, p. 401, N 21 ad art. 187 LDIP.

<sup>12</sup> DUTOIT, B., *Droit international privé suisse: commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 4<sup>ème</sup> éd., 2005, N 10 ad art. 187 LDIP. Ainsi, la démarche logique de l'amicable compositeur consiste à d'abord déterminer le droit puis à éventuellement le corriger en équité, cf. KARRER, P. A., in: S. V. Berti [et al.] (édit.), *International Arbitration in Switzerland*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, The Hague, Kluwer, 2000, p. 528, N 190 ad art. 187 LDIP; ce dans le cadre du droit impératif. On considère donc que l'amicable compositeur ne peut que «tempérer» les effets injustes de la loi ou du contrat, cf. BREDIN, J.-D., «A la recherche de l'*aequitas mercatoria*», in: *L'internationalisation du droit: mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 109-118, à la p. 113.

<sup>13</sup> POUURET/BESSON, *supra* note 6, p. 653, N 710.

<sup>14</sup> DESCHENAUX, *supra* note 1, «Le traitement de l'équité», p. 27.

<sup>15</sup> L'amicable composition va moins loin que l'équité dans l'éviction du droit. On peut considérer que l'amicable composition se situe à mi-chemin sur le spectre dont les deux extrémités sont formées respectivement par le droit et l'équité. Cf. d'un avis analogue, POUURET/BESSON, *supra* note 6, p. 653, N 710.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 653, N 711; KARRER, *supra* note 12, p. 528, N 192 ad art. 187 LDIP.

nuer les effets trop rigoureux ou inéquitables de la loi, mais ne semble pas avoir pour ambition d'écarter l'application de toute règle de droit. En effet, l'*equity* ne peut pas être considérée comme un non-droit.<sup>17</sup> Par exemple, les cessions de créances sont régies en Angleterre par le *Law of Property Act 1925*, s. 136. Ce texte de loi pose des conditions de forme relativement strictes pour qu'une cession puisse se faire sous sa coupe et ainsi être considérée comme un *statutory assignment*. L'exigence qu'une créance soit cédée en totalité figure au nombre des ces échantillons de formalisme; un *assignment* doit être *absolute* afin de pouvoir être considéré comme *statutory*. Par conséquent, la cession d'une partie d'une créance ne peut constituer un *statutory assignment*.<sup>18</sup> Les tribunaux anglais, constatant que dans la pratique commerciale tous les critères rigoureux de forme de la cession n'étaient souvent pas respectés, ont développé, depuis plus de deux siècles, une jurisprudence selon laquelle la validité d'une cession qui n'était pas *statutory* pouvait être sauvée en la convertissant en cession «équitable» (*equitable assignment*), laquelle ne devait pas respecter les mêmes exigences de forme et pouvait n'être que partielle.<sup>19</sup> Ce traitement jurisprudentiel ne nous semble pas constituer l'application de l'équité *stricto sensu* (par opposition au droit) au sens de l'art. 31 al. 3 CIA ou de l'art. 187 al. 2 LDIP.<sup>20</sup> Il nous apparaît plutôt comme l'application de normes, certes parallèles au système codifié<sup>21</sup>, mais néanmoins générales et abstraites et par conséquent dépourvues du caractère de justice équitable pour un cas donné. L'*equity* telle que connue des droits de *common law* constitue ainsi plutôt un élément de stabilité et de sécurité du droit. Ainsi qu'examinée ultérieurement<sup>22</sup>, cette activité se rappro-

<sup>17</sup> Les auteurs anglais le confirment: «*In English law, equity comprises a system of rules and remedies which form part of the law and do not in any way lie outside it*», cf. KERR, M., «'Equity' Arbitration in England», 2 *The American Review of International Arbitration* (4/1991), pp. 377-401, à la p. 380.

<sup>18</sup> Cf. *Forster v. Baker* [1910] 2 KB 636.

<sup>19</sup> *Currie v. Misa*, (1875) L.R. 10 Ex. 153; *Bunn v. Guy*, (1803) 4 East 190. Ainsi, la majorité des cessions *a priori* non valables selon le *Law of Property Act 1925*, s. 136, le deviennent en tant qu'*equitable assignment*. Cette approche s'apparente à celle existant en Suisse en matière contractuelle avec le contrat de mandat (art. 394 al. 2 CO) ou en matière de sociétés avec la société simple (art. 530 al. 2 CO), dont les règles caractéristiques s'appliquent respectivement aux travaux qui ne correspondent à aucun autre contrat nommé ou aux sociétés qui ne rentrent dans aucune catégorie légale.

<sup>20</sup> D'un avis similaire mais non argumenté, KARRER, *supra* note 12, p. 527, N 188 *ad* art. 187 LDIP.

<sup>21</sup> Il convient de ne pas confondre la méthode des juges anglais avec celle que les juges helvétiques utiliseraient s'ils avaient à faire acte de législateur en application de l'art. 1 al. 2 CC, car cette dernière n'est admissible qu'en la double absence de disposition légale applicable et de coutume. Or, *in casu*, le *Law of Property Act 1925*, s. 136 régit la matière.

<sup>22</sup> Cf. *infra* Chapitre 4.3.3.1.

che donc plus de la fonction spécifique du juge au sens des «règles du droit et de l'équité» de l'art. 4 CC.<sup>23</sup>

### 3. Motifs d'octroi du pouvoir de décider *ex aequo et bono*

A défaut de statistiques sur le sujet, la pratique du Barreau démontre qu'en Suisse, contrairement à certains pays voisins<sup>24</sup>, la proportion de causes dans lesquelles les parties optent pour un arbitrage en équité est minime. Les motifs qui président à l'octroi par les parties de l'autorisation faite aux arbitres de statuer *ex aequo et bono* sont multiples. Parmi les plus souvent cités, nous relèverons que l'équité est un mode de décision qui s'intègre particulièrement bien dans le contexte de relations contractuelles à très long terme, lesquelles sont sujettes à des changements de circonstances imprévisibles, à tel point qu'un certain degré de flexibilité dans la procédure arbitrale est désirable. Ainsi, il est fréquent de rencontrer des clauses d'équité dans le cadre de contrats de groupements d'entreprises (ou *joint-venture*).<sup>25</sup> Par ailleurs, la pratique démontre aussi qu'il existe un préjugé, commun à une partie des acteurs du commerce international, selon lequel il existerait une tendance excessive des juges à interpréter strictement le libellé des contrats plutôt que d'en rechercher l'esprit commercial. Il appert que les parties nourrissent moins le souci d'écarter l'application de règles de droit que d'éviter une insistance indue sur des controverses juridiques ou des détails techniques dans le cadre de la conduite de la procédure; en ce sens, les clauses d'équité sont plus «anti-avocats argutieux», ou «anti-juges tatillons», qu'«anti-droit». En effet, il n'est pas rare de constater que les parties choisissent une solution médiane et souhaitent que le principe de la responsabilité soit décidé selon le droit strict, mais que le *quantum* des dommages-intérêts soit empreint de considérations d'équité.<sup>26</sup>

L'équité se présente ainsi comme un outil que les parties placent dans les mains de l'arbitre. Ce faisant, elles renoncent à un intérêt légitime des plaideurs, celui

---

<sup>23</sup> Cf. DÜRR, D., *ZKomm-ZGB*, 3<sup>ème</sup> éd., 1998, N 19-21 *ad* art. 4 CC. Quant à eux, les *equity clauses* ou encore les *honourable engagements* du droit anglais se rapprocheraient plus de l'amicable composition que de l'équité dans la mesure où ils ne permettent qu'un écart limité du droit strict. Sur ces notions qui dépassent le cadre de la présente contribution, cf. POUURET/BESSON, *supra* note 6, pp. 666-667, N 720; KERR, *supra* note 17, p. 378.

<sup>24</sup> En Italie, près de la moitié des litiges vidés par voie arbitrale seraient rendus en équité, cf. GALGANO, F., «Diritto ed equità nel giudizio arbitrale», in: F. Roversi-Monaco / F. Carpi (édit.), *L'arbitrato commerciale internazionale in Svizzera e in Italia*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 57-78, à la p. 60.

<sup>25</sup> ANTAKI, N., «L'amicable composition», in: N. Antaki / A. Prujiner (édit.), *Actes du premier colloque sur l'arbitrage commercial international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, pp. 151-176, à la p. 158.

<sup>26</sup> BÜHR, *supra* note 4, p. 26; KERR, *supra* note 17, p. 378.

de la recherche de la prévisibilité du résultat d'une procédure. Cette perte de prévisibilité, mais pas de la sécurité du droit puisque l'équité se trouve à sa marge, serait compensée par un gain dans l'équilibre de la décision sur le plan technique, patrimonial, commercial ou économique. En somme, si les parties sont plus enclines à plaider le fait que le droit et qu'elles souhaitent rester en bons termes commerciaux avec leur partie adverse, dans le cadre d'une relation contractuelle durable ou à caractère répétitif,<sup>27</sup> alors l'équité se présente comme le critère de décision idoine afin de s'assurer de la prise en compte d'éléments particuliers, circonstances et situations, non considérés et non influents selon le droit.

#### **4. Comparaison de l'équité de l'art. 4 CC avec celle des arts. 31 al. 3 CIA et 187 al. 2 LDIP**

D'aucuns affirment, sans l'illustrer, que l'équité applicable par l'arbitre est affranchie des éventuelles définitions qu'elle recouvre sous la coupelle de l'art. 4 CC.<sup>28</sup> Après avoir dressé la *ratio legis* des normes en cause, nous nous attellerons dans ce chapitre à l'établissement des convergences et divergences entre l'équité judiciaire et arbitrale afin d'évaluer une telle affirmation.

##### **4.1. Ratio legis respectives des dispositions en question**

Ainsi que notre Cour suprême nous le rappelle, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre.<sup>29</sup> Aussi, l'autorité qui applique le droit ne peut-elle s'écarter d'un texte clair que s'il existe des motifs sérieux de penser que ce texte ne correspond pas en tous points au sens véritable de la disposition visée. De tels motifs peuvent résulter des travaux préparatoires, du fondement et du but de la prescription en question, ainsi que de sa relation avec d'autres dispositions.<sup>30</sup>

Forts de cet enseignement, nous avons donc jugé utile d'examiner tout d'abord les travaux préparatoires relatifs à quelques dispositions incluant un pouvoir d'appréciation du juge, afin d'analyser les motifs ayant présidé à l'octroi d'un pouvoir en équité. Il est piquant de constater que les messages censés traiter de nombreuses dispositions faisant référence à un tel pouvoir du juge ne contiennent aucune mention particulière des raisons justifiant la concession d'un tel

---

<sup>27</sup> L'équité représente un critère de décision moins conflictuel que le droit et est dès lors plus encline à préserver une relation commerciale.

<sup>28</sup> KARRER, *supra* note 12, p. 527, N 188 *ad* art. 187 LDIP.

<sup>29</sup> ATF 113 II 406, 410, c. 3a, et les arrêts cités.

<sup>30</sup> ATF 108 Ia 188, 196, c. 4b.

pouvoir.<sup>31</sup> Lorsque les messages abordent le sujet, ils demeurent en général laconiques et avancent des avantages tels que la prise en compte de «circonstances fort diverses»<sup>32</sup> ou encore de «circonstances spéciales»<sup>33</sup> afin de justifier la référence au pouvoir d'appréciation du juge. La multiplicité et la spécificité des circonstances d'espèce contrôlent donc. Ces dernières semblent avoir engendré ce qui se rapproche plutôt d'une technique législative de délégation de tâches du législateur en faveur du juge ou de l'arbitre statuant en droit selon les règles du droit et de l'équité.<sup>34</sup> Justement, l'avant-projet du CC ne contenait pas encore une disposition correspondant à l'art. 4 CC. On a éprouvé le besoin, dans le projet de 1904, de consacrer une disposition au pouvoir d'appréciation du juge pour marquer que, dans les nombreux cas où il était appelé à statuer en tenant compte des circonstances ou de justes motifs, il n'était pas fondé à tomber dans l'arbitraire.<sup>35</sup>

Dans le domaine arbitral, ce n'est qu'après de vives discussions que les créateurs du CIA ont décidé d'affranchir les parties du strict respect du droit et d'autoriser les arbitres à rendre des sentences en équité.<sup>36</sup> Historiquement, le but de l'inclusion de la deuxième partie de l'al. 3 de l'art. 31 CIA était par conséquent la déclaration de la légalisation des sentences en équité.<sup>37</sup> Quant à l'art. 187 al. 2 LDIP, il poursuivait deux objectifs simples: retenir la possibilité pour les arbitres de statuer en équité incluse dans le CIA, et préciser qu'il appar-

---

<sup>31</sup> Cf., notamment, concernant l'actuel art. 42 al. 2 CO et les pouvoirs équitables du juge, la *ratio legis* ne figure pas dans le Message du 3 mars 1905 concernant le CC (titre cinquième, droit des obligations), pp. 12-15. *FF* du 22 mars 1905, vol. II, No. 13.

<sup>32</sup> Cf. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du code civil suisse (Filiation) du 5 juin 1974, *FF* 1974 II p. 70 quant à l'art. 295 al. 2 CC.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 98 quant à l'art. 329 al. 2 CC.

<sup>34</sup> MORIN, *supra* note 2, p. 222.

<sup>35</sup> DESCHENAUX, *supra* note 1, *Le titre préliminaire*, p. 67. L'actuel art. 4 CC était désigné comme art. 5 dans le projet (Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse du 28 mai 1904, p. 14) et présentait une teneur légèrement différente: «Le juge dont la loi réserve le pouvoir d'appréciation, ou qu'elle charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs, appliquera les règles du droit et de l'équité qui répondront le mieux aux faits de la cause» (*FF* du 16 juin 1904, Vol. IV, pp. 1-371, à la p. 100), laquelle ne change pas à notre avis son esprit.

<sup>36</sup> BÜHR, *supra* note 4, p. 25.

<sup>37</sup> «Historischer Sinn und Zweck von SchK 31 III ist somit die Erklärung der Zulässigkeit von Billigkeitsschiedssprüchen», voir BÜHR, *supra* note 4, p. 25. Voir également, LANZ, R., *Das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969*, Diss., ZH, 1971, p. 37.

tient aux parties d'autoriser expressément le tribunal arbitral,<sup>38</sup> mais en l'épurant d'exigences trop formalistes.<sup>39</sup>

Cela étant, une approche par le truchement des travaux préparatoires n'est pas d'une grande utilité afin d'établir si l'équité de l'art. 4 CC est synonyme de celle des arts. 31 al. 3 CIA et 187 al. 2 LDIP.

## 4.2. Destinataires de la norme: juge et/ou arbitre

Si les arts. 31 al. 3 CIA et 187 al. 2 LDIP ne s'adressent qu'à l'arbitre statuant «en équité», l'art. 4 CC peut concerner tant l'activité du juge que celle de l'arbitre statuant «en droit», en application d'une disposition légale prévoyant un pouvoir d'appréciation à exercer selon les règles du droit et de l'équité. Ainsi, une divergence ressort du champ d'application personnel des normes, alors qu'une convergence se dessine quant à une application apparemment égalitaire de l'art. 4 CC.

## 4.3. Marge de manœuvre du juge et de l'arbitre

### 4.3.1. Source des pouvoirs équité

Le juge tire ses pouvoirs du droit applicable (de la disposition légale prévoyant son pouvoir d'appréciation *cum* art. 4 CC), sans intervention des parties. L'arbitre tient son pouvoir de statuer en équité, non seulement du droit du siège de l'arbitrage<sup>40</sup>, mais aussi et surtout de l'autorisation expresse des parties<sup>41</sup>, un accord tacite ne suffisant pas<sup>42</sup> et étant au demeurant difficile à imaginer.<sup>43</sup> L'exigence de forme de l'autorisation expresse est parfaitement justifiée par le souci de s'assurer que les plaideurs ont choisi de façon univoque de délier totalement les arbitres de l'obligation de respecter les règles du droit.<sup>44</sup>

---

<sup>38</sup> L'actuel art. 187 al. 2 LDIP était désigné comme art. 175 dans le Message (82.072) concernant une loi fédérale sur le droit international privé: (loi de DIP) du 10 novembre 1982, cf. *FF* du 1<sup>er</sup> février 1983, vol. I, pp. 255-501, à la p. 449, § 2101.25.

<sup>39</sup> L'art. 187 al. 2 LDIP ne reprend pas l'exigence de l'art. 31 al. 3 CIA selon laquelle les parties doivent autoriser le tribunal arbitral à statuer en équité «dans la convention d'arbitrage».

<sup>40</sup> HEINI, *supra* note 11, N 32 *ad* art. 187 LDIP; MANIRUZZAMAN, A. F. M., «The Arbitrator's Prudence in Lex Mercatoria: Amiable Composition and Ex Aequo et Bono in Decision Making», 18 *Mealey's International Arbitration Report* (December 2003), pp. 27-34, à la p. 27; LALIVE/POUDRET/REYMOND, *supra* note 11, p. 403, N 25 *ad* art. 187 LDIP.

<sup>41</sup> KARRER, *supra* note 12, p. 529, N 198 *ad* art. 187 LDIP.

<sup>42</sup> JOLIDON, *supra* note 3, *Commentaire*, N 732 *ad* art. 31 CIA. Cf., *contra*, RÜEDE, T. / HADENFELDT, R., *Schweizerisches Schiedsrecht nach Konkordat und IPRG*, Zurich, Schulthess, 2<sup>ème</sup> éd., 1993, p. 279.

<sup>43</sup> KARRER, *supra* note 12, p. 529, N 198 *ad* art. 187 LDIP.

<sup>44</sup> Cf. *supra* Chapitre 4.1. portant sur la *ratio legis*.

L'acceptation d'un accord tacite sur des pouvoirs à ce point étendus pourrait contrevenir aux règles fondamentales de procédure.<sup>45</sup>

Par ailleurs, une différence existe entre les exigences du CIA et celles de la LDIP, dans la mesure où le CIA insiste expressément sur le fait que l'autorisation de statuer en équité doit intervenir dans la convention d'arbitrage<sup>46</sup>, formalisme que la LDIP n'a pas repris. La doctrine quasi unanime estime toutefois que l'autorisation écrite peut intervenir plus tard tant que la sentence n'a pas été rendue et même qu'il suffit que les parties se réfèrent à l'équité dans leurs mémoires déposés dans le cadre de la procédure.<sup>47</sup> Nous émettons quelque doute avec cette dernière approche qui laisse trop de place à l'autorisation tacite dans une matière sensible où la liberté conférée aux arbitres à l'égard du droit en vigueur est phénoménale. A l'octroi d'un pouvoir extraordinaire doit correspondre une autorisation explicite.<sup>48</sup>

Par conséquent, il existe une divergence dans le mode d'octroi du pouvoir, les règles du droit et de l'équité s'appliquent *ipso iure* alors que l'équité arbitrale découle d'une application cumulative de la loi (*ipso iure*) et du fait (*ipso facto*) de la volonté contractuelle des parties.

#### 4.3.2. Obligation de décider en équité

Tant le juge que l'arbitre sont tenus de décider en équité lorsque respectivement la loi et/ou l'accord des parties le prévoient. Pour l'arbitre, l'autorisation de statuer en équité équivaut en fait à lui conférer mission de statuer de la sorte par les parties.<sup>49</sup> Quant au juge, c'est le respect du droit positif applicable prévoyant des considérations d'équité qui lui impose de décider en application de tels critè-

---

<sup>45</sup> Notamment, l'art. 6 al. 1 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), conclue à Rome le 4 novembre 1950, et entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974, puis amendée par le Protocole n° 11 du 11 mai 1994 (RS 0.101); et l'art. 14 al. 1 du Pacte sur les droits civils et politiques, conclu à New York le 16 décembre 1966, et entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (RS 0.103.2).

<sup>46</sup> Art. 31 al. 3 CIA *in fine*. Cf. également, *supra* Chapitre 4.1. portant sur la *ratio legis*.

<sup>47</sup> RÜEDE/HADENFELDT, *supra* note 42, p. 280.

<sup>48</sup> Il existe des exceptions à l'autorisation expresse, ou plutôt des règlements d'arbitrage qui prévoient une décision en équité par défaut. Nos recherches n'ont pas permis d'en dévoiler en Suisse, cependant l'art. XIV lit. a du Règlement d'arbitrage du Centre Français d'Arbitrage de Réassurance et d'Assurance (CEFAREA) dispose: «*Le Tribunal statue comme amiable compositeur – ex aequo et bono – sauf si les parties en sont convenues autrement dans la convention d'arbitrage*», cf. Site du CEFAREA [on line], <http://www.cefarea.com/reglement.htm> (28.10.2007).

<sup>49</sup> JOLIDON, *supra* note 3, *Commentaire*, N 731 *ad* art. 31 CIA. KARRER, *supra* note 12, p. 529, N 199 *ad* art. 187 LDIP.

res.<sup>50</sup> Même s'il y a divergence sur les motifs, il existe une convergence sur la conséquence obligatoire de l'autorisation à statuer en équité.

### 4.3.3. Motivation de la décision en équité

#### 4.3.3.1. En général

Le juge et l'arbitre doivent rendre respectivement une décision<sup>51</sup> et une sentence<sup>52</sup> écrites et motivées.

Le juge statuant en application de l'art. 4 CC doit compléter une lacune consciente du législateur, une lacune *intra legem*: la loi trace les contours d'une règle, à charge pour le juge de combler le vide.<sup>53</sup> Le juge, statuant selon l'art. 4 CC, ne crée pas du droit au sens de l'art. 1 al. 2 CC et dispose simplement du pouvoir d'évaluer certains paramètres pertinents pour l'application du droit préétabli aux exigences spécifiques d'un cas particulier, mais toujours en respectant l'esprit des codifications en vigueur.<sup>54</sup> La recherche par le juge des «règles de l'équité» se révèle ainsi comme un mode particulier de création du droit, formé de façon inductive à partir du cas concret. Cette méthode inductive s'oppose à la formation législative déductive d'un droit abstrait, censée préfigurer les conflits potentiels, et se base sur l'observation du litige déjà né, exactement tel qu'il se présente. L'art. 4 CC instruit le juge quant au comportement à adopter face à d'autres dispositions légales réservant son pouvoir d'appréciation<sup>55</sup>, sa prise en compte de circonstances<sup>56</sup> et de justes motifs.<sup>57</sup> Le juge doit

---

<sup>50</sup> DESCHENAUX, *Le titre préliminaire*, supra note 1, p. 123, parle d'«injonction» faite au juge.

<sup>51</sup> Cf. par exemple à Genève: art. 146 al. 1 lit. e LPCGe (*RSG*, E 3 05). Cf. également le Projet de Code de procédure civile (P-CPC), art. 235 al. 2 lit. a et b, actuellement en discussion aux Chambres, où la motivation n'est pas automatique en procédure ordinaire en première instance, mais découle d'une demande ou d'un appel des parties. En revanche, l'instance de recours doit motiver par écrit sa décision (art. 315 al. 2 P-CPC), cf. *Site de l'Assemblée fédérale* [on line], [http://search.parlament.ch/f/cv-geschaefte?gesch\\_id=20060062](http://search.parlament.ch/f/cv-geschaefte?gesch_id=20060062) (28.10.07).

<sup>52</sup> Art. 189 al. 2 LDIP; KARRER, supra note 12, p. 527, N 189 ad art. 187 LDIP.

<sup>53</sup> A la lacune *intra legem* on oppose la lacune *praetor legem* qui n'est pas "dans la loi" mais résulte de l'absence de disposition topique dans la loi alors qu'une situation requiert une solution juridique, DESCHENAUX, «Le traitement de l'équité», supra note 1, p. 30.

<sup>54</sup> Pour une position similaire en droit italien, cf. CALAMANDREI, P., *Opere giuridiche - Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. IV, Napoli, Morano, 1970, p. 92.

<sup>55</sup> P. ex., l'action récursoire de l'art. 50 CO.

<sup>56</sup> P. ex., l'étendue des dommages-intérêts de l'art. 43 al. 1 CO.

<sup>57</sup> P. ex., la résiliation anticipée du contrat de bail de l'art. 269 al. 1 CO. L'art. 4 CC n'est pas exhaustif et la loi utilise parfois les mots équité, équitable, équitablement, p. ex. à l'art. 54 al. 1 CO pour la responsabilité des personnes incapables de discernement; ou encore utilise des termes potestatifs: le juge «peut ou pourra», p. ex. à l'art. 44 al. 1 CO pour la réduction de l'indemnité pour faute concomitante. Mais la présence d'un tel terme n'est pas un indice infaillible car l'art. 4 CC a été jugé inapplicable en matière

apprécier d'une manière objective tous les éléments pertinents et rechercher la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier.<sup>58</sup> En appliquant les règles du droit et de l'équité, le juge doit tenir compte des objectifs de politique juridique poursuivis par la norme applicable dans le cas concret<sup>59</sup>, parfois nuancée par une pesée des intérêts antagonistes en présence.<sup>60</sup> Le juge ne doit pas se laisser guider par son appréciation personnelle mais doit s'inspirer de critères objectifs dans sa motivation en équité.<sup>61</sup> Ce faisant, le juge doit s'attacher à des critères généralisables, à peine de céder à la subjectivité. Si le juge statue subjectivement, il abuse de son pouvoir d'appréciation.<sup>62</sup>

Au lieu d'appliquer des règles générales et abstraites, l'arbitre statuant en équité doit s'attacher aux contingences de l'espèce.<sup>63</sup> Ce faisant, l'arbitre en équité doit, à l'instar du juge étatique, user de critères objectifs, tels que, par exemple, la nécessité de trouver une solution commerciale acceptable ou viable. L'arbitre autorisé à statuer en équité pourra, puisqu'il dispose de la possibilité de se fonder sur un droit particulier, appliquer des principes de droit transnational ou la *lex mercatoria*.<sup>64</sup> Mais l'arbitre ne pourra se fonder sur autre chose que le droit ou l'équité. Pas de boule de cristal, de tarot, ou de lecture de marc de café.<sup>65</sup> Autrement dit, la libre fantaisie de l'arbitre ne trouve pas de place dans le cadre d'une sentence en équité. L'arbitre ne doit pas non plus rendre un jugement de Salomon<sup>66</sup>, c'est à dire équilibré et sans vainqueur trop évident, car une solution moyenne ne correspond pas à l'équité; «elle n'est que commodité».<sup>67</sup>

En pratique, l'arbitre est le plus souvent confronté à l'appréciation d'une situation contractuelle. Dans la majorité des cas, une obligation contractuelle n'a pas été exécutée. L'arbitre doit décider, en équité, si l'indemnisation ou la réparation à laquelle aurait droit le créancier de l'obligation est insuffisante ou excessive, voire même si la réparation devrait être accordée alors qu'elle ne serait pas due

---

d'estimation du dommage dans le cadre de l'art. 42 al. 2 CO, alors même que le terme «équitablement» figure dans son texte, car le terme s'appliquait à la constatation des faits et non à un pouvoir d'appréciation juridique, cf. ATF 122 III 219 = *JdT* 1997 I 246, c. 3b.

<sup>58</sup> ATF 101 Ia 545 = *JdT* 1976 I 605.

<sup>59</sup> ATF 123 III 110.

<sup>60</sup> ATF 112 II 450 = *JdT* 1987 I 91.

<sup>61</sup> DESCHENAUX, «Le traitement de l'équité», *supra* note 1, p. 31.

<sup>62</sup> DESCHENAUX, «Le traitement de l'équité», *supra* note 1, p. 36. En revanche, lorsque le juge statue en équité en dehors des cas prévus par la loi, il excède son pouvoir d'appréciation, *ibidem*, p. 35.

<sup>63</sup> POUURET/BESSON, *supra* note 6, p. 653, N 717.

<sup>64</sup> En revanche, une autorisation à appliquer la *lex mercatoria*, le droit transnational ou les principes généraux du droit n'ouvre pas la faculté à l'arbitre de statuer en équité, cf. DUTOIT, *supra* note 12, N 12 *ad* art. 187 LDIP; MANIRUZZAMAN, *supra* note 40, p. 27; LALIVE, *supra* note 8, N 19.

<sup>65</sup> JOLIDON, *supra* note 3, *Commentaire*, N 71 *ad* art. 31 CIA.

<sup>66</sup> Cf. Bible, Ancien Testament (1 Rois, III, 16-28).

<sup>67</sup> BREDIN, *supra* note 12, p. 110.

en principe et vice versa. L'idée sous-jacente est qu'il appartient à l'arbitre de rétablir, le cas échéant, l'équilibre entre les parties au niveau qui paraît juste, lorsque cet équilibre a été mis en cause par l'inexécution du contrat. L'équité est donc parfois perçue comme une morale du juste équilibre de la relation contractuelle. L'arbitre en équité n'élabore pas des règles nouvelles généralisables, contrairement au juge étatique statuant selon les règles du droit et de l'équité, mais assouplit les conditions d'application des règles de droit existantes: par exemple protéger une partie dont le consentement n'était qu'imparfait sans être totalement vicié; sanctionner le comportement d'une partie qui, sans être fautif, paraît léger ou qui, sans être de mauvaise foi, paraît trop rigide ou légaliste; admettre généreusement une circonstance suspensive ou interruptrice de prescription, voire rejeter une exception de prescription là où la prescription serait acquise en droit; étendre l'indemnisation à des préjudices indirects ou imprévus; accepter comme cas de force majeure une difficulté d'exécution qui n'en aurait pas toutes les caractéristiques, etc.<sup>68</sup>

L'arbitre doit élargir les sources traditionnelles du droit.<sup>69</sup> Ce faisant, il ne devrait pas se réfugier derrière sa seule appréciation subjective de l'équité et sa sentence ne pourrait pas être motivée par la seule affirmation que son contenu correspond à son intime conviction. La tâche de l'arbitre, surtout celle de l'arbitre international, est ardue. Existe-t-il une équité internationale, une *aequitas mercatoria*<sup>70</sup>, qui régirait les relations commerciales? Dans l'affirmative, quel en est le dénominateur commun pour les parties en litige? L'arbitre aura la lourde tâche de déterminer et de prendre en compte les différences culturelles pertinentes existant entre les parties au litige transnational dans le contexte du litige particulier, et en répondant aux attentes légitimes des parties afin de rendre sa sentence en équité compréhensible et admise par celles-ci. Le juge, quant à lui, décidera souvent dans un contexte national avec des sensibilités dont il est proche.

Il ressort de ce bref examen de la motivation en équité que la référence à la loi est essentielle pour le juge ordinaire<sup>71</sup>, même en situation d'application des règles de l'équité. Cette essentialité découle en partie du principe de la séparation des pouvoirs, lequel commande que le pouvoir judiciaire suit les bases nor-

---

<sup>68</sup> Pour plus d'exemples, cf. BERTRAND, E., «L'amiable composition – Rapport du groupe de travail du Comité français de la CCI», *RDAl/IBLJ* (6/2005), pp. 753-768, à la p. 762; RUBINO-SAMMARTANO, M., «Amiable Compositeur (Joint Mandate to Settle) and Ex Bono et Aequo (Discretionary Authority to Mitigate Strict Law): Apparent Synonyms Revisited», 9 *J. of Int'l Arb.* (1/1992) pp. 5-16, aux pp. 9-10.

<sup>69</sup> ANTAKI, *supra* note 25, p. 162.

<sup>70</sup> BREDIN, *supra* note 12, p. 114. Par exemple, un arbitre statuant dans un arbitrage organisé sous les auspices de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) doit prendre en considération les stipulations du contrat et les usages du commerce, mais pas forcément les appliquer, cf. art. 17 al. 2 du Règlement CCI.

<sup>71</sup> VULLIEMIN, J.-M., *Jugement et sentence arbitrale*, Zurich, Schulthess, 2<sup>ème</sup> éd., 1990, p. 309.

matives posées par le législateur, correspondant au bien commun tel que ce dernier l'a défini. Par conséquent, la référence à la loi doit demeurer présente dans les hypothèses concrètes que constituent les jugements, même à l'occasion de ceux pour lesquels les règles de l'équité complètent les règles de droit. L'arbitre, en revanche, est choisi par les parties. De cette relation plus individuelle naît une confiance plus large rendant la garantie de la neutralité de la loi superflue. Il s'ensuit que la stabilité (au sens de prévisibilité<sup>72</sup>) est bien plus importante dans le cadre du jugement ordinaire que dans celui de la sentence arbitrale, d'où l'impossible éviction du droit même en cas d'application des règles de l'équité car le droit en est la source.

Par ailleurs, au niveau de la méthode, une différence qualitative d'importance existe: seul le juge, même statuant selon les règles de l'équité, se doit de procéder par syllogisme judiciaire puisque son point de départ reste la norme légale, générale, qu'il doit confronter à l'état de fait de l'espèce. Il est donc en présence d'une norme objective préexistante qui, même si elle renvoie sur certains points à l'équité, n'en demeure pas moins une base légale. L'arbitre en équité absolue ne doit pas déduire une solution d'une norme générale mais doit rechercher la solution qui lui paraît la plus équitable au vu des faits de l'espèce, c'est-à-dire au vu des circonstances particulières du litige concret à vider, au vu de son sentiment «objectivé» de la justice. L'arbitre international statuant en équité absolue ne doit même pas procéder à la détermination du droit applicable.<sup>73</sup> Aucune recherche préalable n'est nécessaire à l'application de l'équité absolue.<sup>74</sup>

#### 4.3.3.2. Lorsque le droit coïncide avec l'équité

Le juge et l'arbitre statuant en équité partagent un même objectif d'élimination de l'iniquité potentiellement inhérente à une situation juridique. Ils recherchent tous deux «ce qui est juste en soi, contre ce qui est juste selon la loi»<sup>75</sup>, afin de réaliser un idéal de justice. Ainsi, lorsqu'ils statuent en équité, le juge et l'arbitre ne devraient appliquer qu'exceptionnellement un droit particulier puisque son inadéquation à régir la situation litigieuse est posée comme postulat, qui par la loi elle-même, qui par les parties au litige.

Par conséquent, la motivation doit laisser présumer que l'arbitre a recherché une solution équitable. Il est donc toujours possible à l'arbitre d'appliquer le droit, mais il doit le faire parce qu'il considère équitable la solution à laquelle aboutit

---

<sup>72</sup> Cf. *supra* Chapitre 3 *in fine*.

<sup>73</sup> Contrairement à l'amiable compositeur, cf. *supra* note 12.

<sup>74</sup> Cf. la remarque de POUURET, J.-F., dans le cadre de la retranscription des débats suivant l'intervention de BROGGINI, G., «Réflexions sur l'équité dans l'arbitrage international», *Bull. ASA* (2/1991), pp. 95-122, à la p. 128.

<sup>75</sup> C'est ainsi que Saint Thomas d'Aquin définissait l'équité, cf. ELDERS, L. J., *L'éthique de Saint Thomas d'Aquin – Une lecture de la Secunda Pars de la Somme de théologie*, Paris, IPC, L'Harmattan, 2005, p. 287.

cette application aux faits de la cause.<sup>76</sup> Dans cette mesure, l'arbitre décide en équité y compris lorsqu'il applique strictement la loi. C'est ce que nous appellerons la «coïncidence» entre les règles de droit et l'équité. Ainsi, l'arbitre statuant *ex aequo et bono* peut décider, en application d'une loi, s'il considère qu'elle exprime l'équité.<sup>77</sup> Toutefois, à notre sens, si l'intervention de l'équité dans la décision de l'arbitre peut être implicite, elle doit cependant résulter de façon certaine de la motivation de la sentence, à peine de violer sa mission d'avoir à statuer en équité. En effet, on ne peut inférer de l'autorisation des parties à statuer en équité qu'elles privent par là même la faculté des arbitres de se référer à une loi dans la mesure où les arbitres jugent cette loi comme étant propre à donner au litige la solution la plus juste.<sup>78</sup>

Il appert qu'une situation de «coïncidence» entre les règles du droit et celles de l'équité ne saurait en principe toucher le juge statuant selon l'art. 4 CC car, dans un tel cas de figure, le législateur a volontairement laissé une lacune *intra legem* qui implique que l'application pure et simple de la norme en tant que telle est, par définition, impossible car incomplète.<sup>79</sup> L'application requiert à tout le moins une activité créatrice du juge, par l'établissement d'une règle généralisable et abstraite, même si cette créativité n'est liée qu'à un aspect déterminé de la norme à appliquer.

#### 4.3.3.3. Lorsqu'il existe une contradiction entre le droit et l'équité

Se poser la question d'une éventuelle contradiction entre les notions du droit et de l'équité revient à envisager la notion d'équité dans son rapport avec le droit. A ce stade, il importe de scinder l'équité en deux niveaux distincts: d'une part, les «règles de l'équité» de l'art. 4 CC et d'autre part, l'«équité pure» des arts. 31 al. 3 CIA et 187 al. 2 LDIP. Ainsi, la distinction à opérer contient les trois notions suivantes: les «règles du droit», les «règles de l'équité» et l'«équité pure». Ces distinctions qui apparaissent de prime abord purement sémantiques trouvent leur justification lorsque l'on examine leurs contenus et limites respectifs.

Les *règles du droit* et *de l'équité* sont une référence à l'art. 4 CC et au pouvoir d'appréciation du juge qui peut se prononcer «en tenant compte des circonstan-

---

<sup>76</sup> Pour les mêmes raisons, l'arbitre «amiable compositeur» doit motiver la sentence selon laquelle il statue exclusivement en application de règles de droit, il doit expliquer en quoi ces règles ou le contrat sont équitables de telle sorte qu'il n'y a pas lieu de s'en écarter en l'espèce, cf. POUURET/BESSON, *supra* note 6, p. 653, N 716.

<sup>77</sup> Cf. ATF 110 Ia 56, 58, c. 1c; décision vaudoise non publiée (CO98.004522; 186/99/PMU) du 19.05.1999, p. 13, citée par MÜLLER, C., *International Arbitration*, Zurich, Schulthess, 2004, p. 128.

<sup>78</sup> Cf. pour une approche analogue, la décision de la Cour d'appel de Paris (1<sup>re</sup> Ch. C), 3 juin 2004, *Exodis c. Ricoh*, *Rev. arb.* (3/2004) pp. 683-685 note Callé, rendue en matière d'amiable composition.

<sup>79</sup> Cf. *supra* Chapitre 4.3.3.1.

ces»,<sup>80</sup> mais dans le cadre de la loi. Le juge ne peut pas aller *contra legem*<sup>81</sup>, l'arbitre en équité, si. En effet, l'équité, au sens de l'art. 4 CC, est une norme d'application du droit qui, dans le cadre de la loi, doit rendre possible une certaine prise en considération des circonstances spéciales du cas d'espèce. Par la décision d'équité, le juge peut librement déterminer les conséquences juridiques, mais dans le cadre légal. L'équité au sens de l'art. 4 CC, en tant que norme d'application du droit, n'est pas une norme supérieure au droit en dehors de la loi.<sup>82</sup>

Droit et équité sont des notions bien distinctes dans le domaine de l'arbitrage contrairement au domaine juridictionnel étatique. L'art. 4 CC parle de «règles du droit et de l'équité» alors que les textes arbitraux distinguent systématiquement le «droit» et l'«équité». Ainsi, l'art. 36 lit. f CIA parle d'une violation du droit ou de l'équité. L'art. 31 al. 3 CIA oppose les deux notions en imposant à l'arbitre de statuer «selon les règles du droit applicable, à moins que les parties ne l'aient autorisé à statuer selon l'équité (cf. aussi art. 33 al. 1 litt. e CIA).<sup>83</sup>

Ce qui caractérise la tâche du tribunal arbitral statuant en équité, au sens du CIA ou de la LDIP, c'est essentiellement que l'arbitre n'est pas tenu de se prononcer en appliquant des règles de droit, c'est à dire des normes générales et abstraites, pré-formulées dans la loi ou la coutume, ou à établir en faisant acte de législateur au sens de l'art. 1 al. 2 CC. L'arbitre doit au contraire chercher la solution qui lui paraît la mieux adaptée objectivement aux circonstances particulières du cas d'espèce, sans se laisser guider par un sentiment purement subjectif qui équivaldrait à son bon vouloir absolu, mais en appréciant au contraire avec objectivité les intérêts concrets et individuels en présence et tous les éléments décisifs pour résoudre le litige.

Ainsi, d'une part, tant les dispositions du CIA que celles de la LDIP établissent, sans ambiguïté, une distinction claire entre les notions de «droit» et d'«équité». D'autre part, l'application de l'équité pure reste un phénomène juridique dans la mesure où la sentence arbitrale rendue en équité n'est disponible que parce que l'ordre juridique la prévoit et lui octroie des effets identiques à ceux d'un jugement étatique.<sup>84</sup> Aussi, si l'ordre juridique reconnaît la possibilité d'une voie extrajudiciaire de résolution des litiges, la reconnaissance simultanée d'un critère différent du critère juridique pour atteindre ce but paraît plausible. En d'autres termes si la voie est arbitrale, le moyen de l'équité différent du moyen

---

<sup>80</sup> SJ 1978 256; MEIER-HAYOZ, A., in: P. LIVER [et al.] (édit.), *BKomm-ZGB*, Vol. I/1, p. 434, N 46 ad art. 4 CC.

<sup>81</sup> DESCHENAUX, «Le traitement de l'équité», *supra* note 1, p. 34.

<sup>82</sup> JOLIDON, *supra* note 3, *Commentaire*, N 732 ad art. 31 CIA.

<sup>83</sup> JOLIDON, P., «Les motifs du recours en nullité selon le Concordat suisse sur l'arbitrage», in: E. Bucher / P. Saladin (édit.), *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Bern, Stuttgart, Haupt, 1979, pp. 311-339, à la p. 330.

<sup>84</sup> En matière d'*exequatur* par exemple, cf. JOLIDON, *supra* note 3, «La sentence en équité», p. 266.

purement juridique de la juridiction étatique paraît admissible, d'où les dispositions *ad hoc* du droit de l'arbitrage tant interne qu'international.

Par conséquent, il ne nous paraît pas que l'on doive voir une contradiction entre les «règles du droit», les «règles de l'équité» et l'«équité pure». En effet, voir une antinomie entre droit et équité sous-entendrait que le droit puisse être inique, ce qui, dans une véritable démocratie, nous apparaît comme un non-sens.<sup>85</sup> Il appert plutôt que le droit, en démocratie, est de l'«équité légale».<sup>86</sup> Cette «équité légale» contient simplement, en droit suisse, des lacunes volontaires du législateur à compléter par le juge (ou l'arbitre) selon les «règles de l'équité» de l'art. 4 CC, lesquelles comme leur nom l'indique demeurent des «règles». Par ailleurs, l'«équité absolue» intervient aussi dans les limites de l'ordre juridique, mais pas dans le cadre légal restreint. Les buts du juge et de l'arbitre demeurent identiques: la justice dans le cas individuel. Aucune réelle contradiction ne transparaît, tout au plus une différence de niveau dans la liberté de l'adjudicateur quant aux normes impératives et quant au caractère «normatif» généralisable de la solution à appliquer.<sup>87</sup>

#### **4.4. Limites du pouvoir du juge et de l'arbitre**

##### **4.4.1. Types de décisions**

Tant les décisions juridictionnelles qu'arbitrales rendues en application de l'équité ne peuvent porter que sur le fond, et la possibilité spécifique de statuer en équité ne s'étend par conséquent pas aux décisions de procédure.<sup>88</sup>

##### **4.4.2. Autorisation de la loi ou des parties**

Comme on l'a vu,<sup>89</sup> le juge tire ses pouvoirs équitables du droit applicable, alors que l'arbitre tient son pouvoir de statuer en équité, non seulement du droit du siège de l'arbitrage, mais aussi et surtout de l'autorisation expresse des parties.

Sur le principe même du pouvoir, le juge (ou l'arbitre statuant «en droit») est limité par la loi, qui l'autorise, ou non, à statuer selon les règles du droit et de

---

<sup>85</sup> Par définition la justice n'est pas injuste mais dans les faits elle peut l'être d'où la maxime: *summum ius, summa iniuria* et d'où l'existence de correctifs comme l'équité afin d'accommoder les cas particuliers.

<sup>86</sup> BREDIN, *supra* note 12, p. 113.

<sup>87</sup> On pourrait parler d'«équité relative» (ou équité *infra legem*) lorsque le juge ou l'arbitre appliquent les «règles du droit et de l'équité», alors qu'on pourrait qualifier d'«équité absolue» (ou équité potentiellement *contra legem*, sous réserve de l'ordre public) lorsque l'arbitre décide «en équité».

<sup>88</sup> KARRER, *supra* note 12, p. 529, N 199 *ad* art. 187 LDIP; POUURET, *supra* note 8, N 21. Les ordonnances de procédure et le droit de l'arbitrage lui-même sont exclus, cf. JOLIDON, *supra* note 3, *Commentaire*, N 72 *ad* art. 31 CIA.

<sup>89</sup> Cf. Chapitre 4.3.1.

l'équité. En outre, des limites sont parfois posées par la loi à l'étendue de son pouvoir en équité. Il peut s'agir de limites d'ordre qualitatif circonscrivant son pouvoir en équité à un élément précis de la règle (p. ex., délai convenable, art. 107 al. 2 CO); ou son pouvoir d'appréciation ne peut retenir que des circonstances exceptionnelles (art. 274a CC); ou encore les justes motifs sont parfois précisés négativement (art. 337 al. 3 CO) ou positivement (art. 539 al. 3 CO). Autant de restrictions qui limitent l'étendue du pouvoir du juge appliquant les règles de l'équité.<sup>90</sup>

L'arbitre statuant en équité doit avoir reçu, en plus de la disposition légale prévoyant la possibilité de statuer en équité, une autorisation explicite des parties en ce sens. L'absence d'une telle autorisation constitue une limite absolue au principe d'un tel pouvoir. Par ailleurs, si l'arbitre en équité n'est pas tenu de respecter la loi, il est en revanche tenu de respecter le contrat (la «loi des parties»), même s'il est injuste.<sup>91</sup> Vu sous cet angle, le contrat constitue une limite potentielle à l'étendue du pouvoir de l'arbitre en équité.

#### 4.4.3. Ordre juridique

Le droit impératif et l'ordre public constituent tous deux des limites aux pouvoirs en équité du juge. L'arbitre peut s'écarter du droit impératif mais pas de l'ordre public interne ou international.<sup>92</sup> Pour un arbitre international siégeant en Suisse, cette notion d'ordre public comprend tant l'ordre public négatif<sup>93</sup> que le positif.<sup>94</sup> On constate donc que quand le droit cède apparemment sa place à l'équité, il revient, déguisé en ordre public.<sup>95</sup> En tout cas pour le noyau dur, intangible, des droits fondamentaux de procédure, le droit revient comme correctif si l'équité ne reste pas modeste et déborde de son rôle.

---

<sup>90</sup> Concernant la distinction entre l'abus et l'excès du pouvoir d'appréciation du juge, cf. *supra* note 62, et texte y relatif.

<sup>91</sup> KARRER, *supra* note 12, p. 529, N 201 *ad* art. 187 LDIP; *contra* ATF non publié du 19 février 1990, *Komgrap c. Sefri*, résumé in *SZIER* 3/1991 pp. 22-26 (avec une note critique de P. Schweizer à laquelle nous adhérons), et reproduit presque intégralement in *Bull. ASA* (1/1990) pp. 171-182.

<sup>92</sup> ATF non publié du 19.12.2001, reproduit in *Bull. ASA* (3/2002), pp. 493-515, à la p. 508 note Frick; *ATF* 107 Ib 63, 66, c. 2b.

<sup>93</sup> Consistant en l'ordre public interne (analogie avec l'art. 17 LDIP, art. 190 al. 2 lit. E LDIP) mais «vraiment international», cf. ATF non publié du 30.12.1994, c. 2b, le limitant à une «notion universelle», incluant, p. ex.: la maxime *pacta sunt servanda*.

<sup>94</sup> Comprenant les normes interventionnistes de l'ordre juridique suisse (analogie avec l'art. 18 LDIP, p. ex: *Lex Koller*, cf. KARRER, *supra* note 12, p. 511, N 126 et p. 516 N 144 *ad* art. 187 LDIP) ou étranger (analogie avec l'art. 19 LDIP, p. ex: droit pénal matériel, consensus global sur interdiction du génocide, cf. KARRER, *supra* note 12, p. 520, N 159 *ad* art. 187 LDIP). En somme, consistant en les lois de nature absolument impérative (lois de police ou lois d'application immédiate, *Eingriffsnormen*).

<sup>95</sup> BREDIN, *supra* note 12, p. 116.

## 4.5 Possibilité d'appel ou de recours et pouvoir de cognition

Tant l'appel d'une décision du juge rendue en application de l'art. 4 CC qu'un recours contre une sentence rendue par l'arbitre en vertu des arts. 31 al. 3 CIA et 187 al. 2 LDIP sont possibles.<sup>96</sup>

### 4.5.1. Appel des décisions judiciaires

Le résultat du pouvoir d'appréciation du juge appliquant une disposition légale selon les «règles du droit et de l'équité» sera contrôlé par la juridiction supérieure si celle-ci dispose du droit de révision en droit, c'est le cas du TF statuant sur recours (art. 95 LTF). La juridiction supérieure doit vérifier si le juge est resté dans les limites de son pouvoir d'appréciation, s'il en a usé dans l'esprit de la règle appliquée, s'il s'est inspiré de critères objectifs et pertinents, eu égard aux solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence, mais cet examen est exercé avec une certaine retenue.<sup>97</sup>

### 4.5.2. Recours contre une sentence arbitrale rendue sous les auspices du CIA

Les motifs de nullité invoqués dans le cadre d'un recours contre une sentence en application du CIA sont examinés avec une retenue certaine par l'autorité de recours dans la mesure où les impératifs d'équité ne sont pas toujours compatibles avec un juridisme pur.<sup>98</sup> Une sentence arbitrale basée sur des considérations purement subjectives ne devrait toutefois pas survivre à l'examen, même réservé, du tribunal statuant sur recours.<sup>99</sup> Dans le cadre du CIA, la sentence en équité est arbitraire lorsqu'elle constitue ou contient une violation évidente de l'équité (art. 36 lit. f CIA).<sup>100</sup> Lors de l'examen d'une sentence rendue sur la base du CIA le TF s'impose une double retenue quant à son pouvoir de cognition, d'une part car il examine la sentence sous l'angle restreint de l'arbitraire, et d'autre part car le critère de jugement est l'équité.<sup>101</sup> En effet, démontrer qu'un jugement en équité est inadmissible et manifestement insoutenable semble une

---

<sup>96</sup> Dans le cadre de la LDIP, la faculté accordée par les parties aux arbitres de décider en équité n'équivaut pas à l'exclusion de toute voie de recours au sens de l'art. 192 LDIP, cf. KARRER, *supra* note 12, p. 528, N 196 *ad* art. 187 LDIP; LALIVE, *supra* note 8, N 19.

<sup>97</sup> DESCHENAUX, «Le traitement de l'équité», *supra* note 1, p. 37.

<sup>98</sup> JOLIDON, *supra* note 3, *Commentaire*, N 732 *ad* art. 31 CIA.

<sup>99</sup> ACJ non publié du 27.06.1980 en la cause *H. c. Z.*, c. 2.

<sup>100</sup> JOLIDON, *supra* note 3, «La sentence en équité», p. 267 et du même auteur, *supra* note 83, p. 331.

<sup>101</sup> ATF non publié, *CH. c. M.*, du 3 mai 1978 partiellement reproduit par JOLIDON, *supra* note 83, pp. 333-334.

tâche ardue pour une entité (de contrôle) qui n'examine ces critères que sous l'angle de l'arbitraire.<sup>102</sup>

La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que la violation de l'équité ne vise que l'hypothèse où les arbitres ont été autorisés à se dégager des règles de droit et à statuer selon l'équité.<sup>103</sup> Le recours pour violation de la loi inclut donc logiquement les solutions apportées aux questions qui doivent, en vertu de la loi (p. ex., 26 al. 2 CO; 29 al. 2 CO; 39 al. 2 CO; 42 al. 2 CO), être résolues selon les «règles de l'équité».<sup>104</sup>

Le CIA ne dit pas comment attaquer la sentence si l'arbitre a statué selon les règles du droit au lieu de juger en équité, ou vice versa. La jurisprudence a décidé que le grief avait trait à la validité et à la portée de la convention d'arbitrage; il concerne l'étendue des pouvoirs de l'arbitre et pose un problème de compétence. Par conséquent, une telle sentence pourra être attaquée en nullité selon l'art. 36 lit. b CIA.<sup>105</sup>

#### **4.5.3. Recours contre une sentence arbitrale rendue sous les auspices de la LDIP**

Pour les sentences arbitrales rendues après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007 (RO 2006, 1242), de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), le recours est régi par le nouveau droit (art. 132 al. 1 LTF). Le recours en matière civile est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux aux conditions prévues par les arts. 190 à 192 LDIP (art. 77 al. 1 LTF). Il n'est ouvert que devant le Tribunal fédéral, les parties ne pouvant plus convenir qu'en lieu et place de l'autorité judiciaire suprême de la Confédération, ce soit l'autorité cantonale unique du siège du tribunal arbitral, désignée par le canton, qui statue définitivement (voir l'art. 191 LDIP, dans sa nouvelle teneur – RO 2006, 1249 –, lequel supprime la faculté accordée aux parties par l'art. 191 al. 2 aLDIP d'exclure la compétence du Tribunal fédéral).

Le recours ne peut être formé que pour l'un des motifs énumérés de manière exhaustive à l'art. 190 al. 2 LDIP.<sup>106</sup> Dans le cadre de la LDIP, on a longtemps cru qu'un recours contre une sentence en équité n'était possible que selon

---

<sup>102</sup> La définition de l'arbitraire est équivalente de celle dégagée en son temps pour l'art. 4 Cst féd. (aujourd'hui art. 9 Cst féd. du 18 avril 1999); CAPREZ, M., «Le concordat sur l'arbitrage», *SJZ* 72/1976 pp. 233-237, à la p. 236.

<sup>103</sup> *JdT* 1973 III 72; *JdT* 1973 III 31.

<sup>104</sup> Cf. toutefois un Arrêt isolé du Tribunal cantonal vaudois, Ch. rec., *U.I.L. c. T.I. S.A.*, 1.11.1977, *SJZ* 75 (1979) n° 38, p. 134 précisant que le moyen tiré de la violation évidente de l'équité ne peut viser que les sentences prévues par l'art. 31 al. 3 CIA (convention d'arbitrage autorisant à statuer selon l'équité) ou l'application des règles légales prévoyant elles-mêmes une solution en équité (p. ex. l'art. 26 al. 2 CO).

<sup>105</sup> *ATF* 110 Ia 56 = *JdT* 1985 I 157, 158; *ATF* 96 I 334 = *JdT* 1972 I 27, rés.

<sup>106</sup> *ATF* 128 III 50, 53, c. 1a; *ATF* 127 III 279, 282, c. 1a; *ATF* 119 II 380, 383, c. 3c.

l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP, soit afin de révéler son incompatibilité avec l'ordre public.<sup>107</sup> Mais, si le Tribunal fédéral nous a laissé dans cette conviction depuis 1993<sup>108</sup>, il a clairement précisé en 2006 qu'un recours selon le grief de l'art. 190 al. 2 lit. d LDIP était en principe admissible contre les sentences rendues en équité<sup>109</sup>, ce qui nous semble logique dans la mesure où le droit d'être entendu fait partie des garanties fondamentales de procédure protégées par l'ordre public.<sup>110</sup>

Le Tribunal fédéral n'examine que les griefs qui ont été invoqués et motivés par le recourant (art. 77 al. 3 LTF). Celui-ci doit donc formuler ses griefs et les motiver conformément à l'art. 42 al. 2 LTF. Les exigences strictes en matière de motivation, posées par la jurisprudence relative à l'art. 90 al. 1 lit. b OJ<sup>111</sup>, demeurent valables sous l'empire du nouveau droit de procédure fédéral.<sup>112</sup>

Comme dans le cadre du CIA<sup>113</sup>, si l'arbitre international siégeant en Suisse statue en équité alors qu'il n'a pas été autorisé par les parties, ou s'il statue en droit alors qu'il avait reçu mission de statuer en équité, le TF considérerait probablement que cette attitude tombe sous le coup de l'art. 190 al. 2 lit. b LDIP et ressortit par conséquent à la compétence du tribunal arbitral.<sup>114</sup>

En somme, contrôle « avec une certaine retenue » des décisions judiciaires comportant un pouvoir d'appréciation et contrôle « avec retenue certaine » des sentences arbitrales. Pas de place donc pour un contrôle par le juge de l'argumentation logico-juridique de l'arbitre afin de s'assurer que la sentence découle bien des critères idoines à tempérer la rigueur du droit, en l'adaptant aux

---

<sup>107</sup> DUTOIT, *supra* note 12, N 11 *ad* art. 187 LDIP.

<sup>108</sup> ATF non publié dans la cause 4P.99/1993 du 15 novembre 1993, c. 5b.

<sup>109</sup> ATF non publié dans la cause 4P.23/2006 du 27 mars 2006, c. 2, reproduit in *Bull. ASA* (3/2007) pp. 528-536, à la p. 533.

<sup>110</sup> L'art. 6 al. 1 CEDH, *supra* note 45, est à juste titre considéré comme faisant partie de l'ordre public, cf. MATSCHER, F., «L'arbitrage et la Convention», in: L.-E. Pettiti / E. Decaux / P.-H. Imbert (édit.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2<sup>ème</sup> éd., 1999, pp. 281-292, à la p. 282.

<sup>111</sup> ATF 128 III 50, 53-54, c. 1c.

<sup>112</sup> ATF non publié, 4A\_18/2007 du 6 juin 2007, c. 2.2; ATF non publié, 4A\_2/2007 du 28 mars 2007, c. 2.2. Ainsi, rien ne semble avoir changé malgré la transition de recours de droit public vers le recours en matière civile car ce dernier est de nature purement cassatoire et les griefs doivent être invoqués et motivés en matière d'arbitrage international, cf. CORBOZ, B., «Le recours en matière civile selon le projet de loi sur le Tribunal fédéral», *SZZP* 1/2005 pp. 79-96, à la p. 96.

<sup>113</sup> Cf. *supra* note 105.

<sup>114</sup> La doctrine est toutefois partagée quant à l'application de l'art. 190 al. 2 lit. b LDIP à un recours contre une sentence en équité, cf. notamment, *pro*: BUCHER, A., *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1988, p. 117, N 344; *contra*: LALIVE/POUDRET/REYMOND, *supra* note 11, p. 425, N 5 *ad* art. 187 LDIP et p. 174, N 4 *in fine ad* art. 31 CIA.

exigences concrètes particulières de nature éthico-sociale suggérées par les circonstances de la cause.

#### 4.6. Synthèse

*Jura novit curia et aequitatem novit arbiter*<sup>115</sup> seraient des maximes pratiques à utiliser sous forme de synthèse s'il n'était pas nécessaire de les nuancer fortement.

L'équité *infra legem* est celle que le juge est chargée d'appliquer selon l'art. 4 CC; les «règles de l'équité» font partie du droit. Ce n'est pas une application de l'équité comme justice abstraite, mais l'application d'une règle de droit qui requiert la mise en oeuvre de principes d'équité; c'est précisément la règle de droit qui commande l'application de principes d'équité. L'équité absolue, ou potentiellement *contra legem*, est celle que l'arbitre applique en vertu des arts. 31 al. 3 CIA et 187 al. 2 LDIP. Lorsque le juge statue selon les «règles de l'équité» il statue selon le droit (en application de la disposition légale qui lui octroie un pouvoir d'appréciation). Son pouvoir d'appréciation est encadré par le droit positif impératif, contrairement à l'arbitre qui n'est que soumis qu'à l'ordre public et ne statue pas «selon le droit» mais «dans le cadre du droit». Par conséquent, lorsque l'arbitre statue selon une *lex contractus* qui prévoit des considérations d'équité, il ne décide pas *ex aequo et bono* mais sur la base du droit, au même titre que le juge suisse en vertu de l'art. 4 CC.<sup>116</sup>

A notre sens, une violation de l'équité par le juge est une violation du droit. En effet, une application inexacte du pouvoir d'appréciation selon l'équité, qui revient au juge conformément au droit applicable lui-même (p. ex., selon les arts. 44, 47, ou 54 CO), viole la loi. De même, un arbitre décidant sur la base d'un droit de fond lui imposant des règles d'équité (ex. un pouvoir d'appréciation) ne pourrait violer que le droit lui imposant des «règles d'équité» et non pas l'équité elle-même. Seul l'arbitre statuant «en équité» peut violer l'équité, car seul l'arbitre peut décider purement en équité, prise comme seul et unique critère de décision.

L'arbitre «en équité» dispose d'une liberté de jugement, voulue par les parties dans le cadre de leur autonomie, beaucoup plus grande que celle d'un arbitre (ou juge) appelé à trancher selon le droit, lequel ne peut recourir à l'équité que si ce droit lui-même renvoie à une telle notion.<sup>117</sup> Le pouvoir de l'arbitre «en équité» est un pouvoir fort. Son appréciation et application de l'équité, dûment autorisée et respectant le droit d'être entendu, est souveraine et ne sera pas remise en cause par le juge du contrôle, sous réserve d'une éventuelle violation de l'ordre public.

---

<sup>115</sup> KARRER, *supra* note 12, p. 529, N 200 *ad* art. 187 LDIP.

<sup>116</sup> KARRER, *supra* note 12, p. 528, N 193 *ad* art. 187 LDIP; cf. également Chapitre 4.5.2.

<sup>117</sup> ATF 107 Ib 63, 65, c. 2a = *JdT* 1983 I 230, 232; CAPREZ, *supra* note 112, p. 235.

Toutefois, seul le mandat donné à l'arbitre de statuer «selon le droit et l'équité», ou «en appliquant les règles du droit et de l'équité», se réfère à un système juridique qui contient des références analogues à celles de l'équité telle qu'envisagée à l'art. 4 CC (ou art. 26 al. 2 CO). Le mandat donné à l'arbitre de statuer «en équité» en vertu de l'art. 187 al. 2 LDIP ou de l'art. 31 al. 3 CIA ressortit à un système différent de celui de l'art. 4 CC, en ce sens qu'il n'est pas limité par un carcan législatif (même s'il reste englobé dans l'ordre juridique). Un tel mandat donné au tribunal arbitral implique bien plus que de s'en remettre à l'appréciation équitable du droit par les arbitres car les arbitres ne sont plus tenus de juger selon les règles du droit.<sup>118</sup> Comme on l'a vu<sup>119</sup>, il n'est pas interdit à un arbitre statuant en équité de s'inspirer de règles juridiques pour guider ou conforter (par surabondance) sa solution en équité. Mais, en chargeant l'arbitre de statuer en équité les parties admettent qu'il statue en faisant totale abstraction des normes légales ou coutumières et recherche la solution qui lui paraît la mieux adaptée aux circonstances objectives du cas.

L'arbitre statuant sur le fond par une sentence en équité (selon le CIA ou la LDIP) utilise un critère de jugement qui ne relève pas de l'ordre législatif *stricto sensu* et qui par conséquent diffère substantiellement de la notion spécifique d'équité intégrée dans l'art. 4 CC.<sup>120</sup>

Concrètement, l'équité arbitrale est libérée des règles de l'ordre juridique (hors ordre public). Il incombe au tribunal arbitral d'opter pour la solution qui lui apparaît «juste et équitable» eu égard à l'ensemble des faits de la cause, même si cette solution est incompatible avec celle qui découlerait de l'application des règles du droit qui seraient matériellement applicables (en vertu de l'art. 187 al. 1 LDIP, ou de l'art. 31 al. 3 CIA *in initio*). Comme on l'a vu, le tribunal arbitral pourra se fonder sur un droit (ou sur des principes généraux du droit, sur des usages, etc.), mais la motivation de sa décision devra être le caractère juste et équitable de cette solution.<sup>121</sup> Cela étant, l'arbitre statuant «en équité» jouit d'une plus grande liberté que l'arbitre statuant «en droit». Cette liberté est fondamentale; ne pas être lié par les règles de droit dispositives, et même impératives, est la quintessence de l'arbitrage en équité.<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> Bien entendu, les arbitres statuant dans un droit comportant des dispositions pertinentes prévoyant des principes d'équité pourraient s'atteler à une tâche comparable à celle du juge étatique suisse selon l'art. 4 CC, mais, dans ce cadre, les arbitres statueraient «en droit» au sens des arts. 31 al. 3 CIA *in initio* et 187 al. 1 LDIP et non «en équité» *stricto sensu*. Apparemment du même avis, JOLIDON, *supra* note 3, *Commentaire*, N 732 *ad* art. 31 CIA.

<sup>119</sup> Cf. *supra* notes 10 et 76, ainsi que le texte y relatif.

<sup>120</sup> JOLIDON, *supra* note 3, *Commentaire*, N 9 *ad* art. 31 CIA.

<sup>121</sup> Cf. *supra* Chapitre 4.3.3.2.

<sup>122</sup> JOLIDON, *supra* note 3, *Commentaire*, N 9 *ad* art. 31 CIA.

## 5. Conclusion

La comparaison effectuée, quoique succincte, a permis de dégager des points de convergence quant à la fonction de l'«équité absolue» et des «règles de l'équité»; il appert qu'elles partagent la même mission de modération des conséquences potentiellement injustes d'une application stricte de la loi. En revanche, des divergences apparues sur l'affranchissement respectif de l'«équité absolue» et des «règles de l'équité» par rapport à l'ordre juridique, ressort une différence de pouvoir créateur dans l'équité qui établit une différence fondamentale entre ces deux niveaux d'équité. On peut donc conclure que ces deux formes d'équité ne sont pas parfaitement synonymes puisqu'elles ne recouvrent pas la même étendue.

On peut ainsi acquiescer à l'affirmation selon laquelle l'équité applicable par l'arbitre est affranchie des définitions qu'elle recouvre sous la coupelle de l'art. 4 CC.<sup>123</sup> On ne suivra donc pas ceux qui prétendent que la notion d'équité spécifique au CIA et à la LDIP est fondamentalement différente des règles de droit traditionnelles, y compris de celles auxquelles se réfère l'art. 4 CC et qui renvoient au «droit d'équité».<sup>124</sup> Nous sommes d'avis qu'il n'existe pas deux équités, mais une équité avec des niveaux d'application différents (selon la base légale) et donc une envergure nuancée.

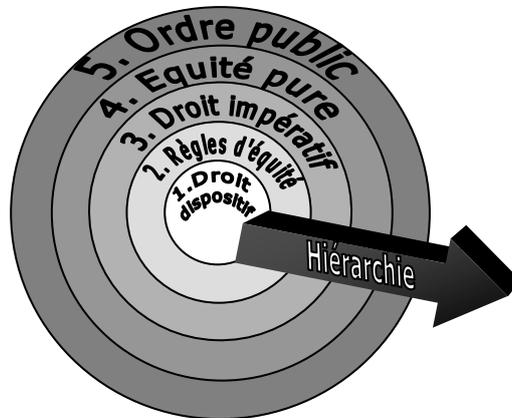
A notre sens, il n'existe pas d'antinomie non plus entre droit et équité malgré les apparentes oppositions que la systématique des législations d'arbitrage consacre. L'art. 4 CC réunit bien en une seule expression les «règles du droit et de l'équité». Il nous paraît également inexact de prétendre qu'il existe une différence de degré entre l'arbitrage «en équité» et l'arbitrage «en droit», le premier étant prétendument «supérieur».<sup>125</sup> Il nous semble que cette affirmation est trop réductrice de la complexité des imbrications existant entre les règles de droit, les règles d'équité et l'équité absolue. En effet, si l'on devait représenter schématiquement ces notions, nous utiliserions cinq cercles concentriques. Le plus petit représenterait les règles de droit dispositif, englobé par celui évoquant les règles d'équité, entouré par les règles de droit impératif, lui-même contenu dans l'équité absolue, ce dernier enclavé par un cercle symbolisant les règles de droit d'application immédiate: l'ordre public interne et international.

---

<sup>123</sup> Cf. *supra* note 28 et texte y relatif.

<sup>124</sup> JOLIDON, *supra* note 3, «La sentence en équité», p. 268.

<sup>125</sup> Cf. BROGGINI, *supra* note 74, pp. 107-108.



Cette représentation nous permet de constater que la marge de manœuvre du juge selon l'art. 4 CC est cernée par les cercles trois et cinq alors que celle de l'arbitre interne ou international statuant en équité n'est limitée que par le cercle cinq. Ainsi, le droit est omniprésent, à tout le moins au titre de gardien des droits fondamentaux de procédure, dans l'application de l'équité absolue par l'arbitre, et même déjà au niveau des règles impératives pour des règles d'équité appliquées par le juge.

Aussi, la justice nous apparaît comme incluant à la fois les règles de droit, les règles d'équité et l'équité absolue. Les règles de droit et les règles d'équité formant l'«équité légale»<sup>126</sup> et l'équité absolue constituant l'«équité para légale», reconnue par l'ordre juridique. En effet, l'équité n'existe pas sans son appendice juridique qui lui donne naissance et qui la libère totalement sous réserves des contrôles établis.<sup>127</sup> Par conséquent, se dessine non pas une dichotomie sécessionniste, mais bien une coexistence et une complémentarité entre droit et équité.

En d'autres termes, l'équité absolue est la reconnaissance par l'ordre juridique que la justice n'est pas toute entière dans le droit positif que constituent les textes légaux et la jurisprudence. Les règles du droit et de l'équité ne sont que la reconnaissance par l'humble législateur que le droit positif n'est pas tout entier emprisonnable dans les textes légaux.

<sup>126</sup> Ou «droit d'équité».

<sup>127</sup> L'arbitre exerce toujours une justice privée mais sous contrôle judiciaire, comme l'arbitre statuant en droit, mais avec un contrôle encore plus restreint puisqu'il se limite à l'ordre public (art. 190 al. 2 lit. e LDIP).

Dans une société globalisée, le règlement des rapports économiques nécessite des moyens flexibles d'adaptation du droit; une exigence que la rigidité des lois et le caractère national des systèmes législatifs n'est plus apte à satisfaire. En considération des caractéristiques particulières du cas concret, l'application rigide de la loi, que ce soit à cause de la généralité et abstraction de ses normes, ou en raison de l'inadéquation de celles-ci au regard de nouveaux phénomènes de la vie (commerciale), ne mène pas toujours à une décision satisfaisante. Il existe comme une tension entre le cas et la règle. L'osmose n'est pas toujours heureuse entre le mode des faits et celui du droit. Il est vrai que de nos jours un juge et un arbitre ne sont pas si dissemblables dans leur méthode de travail. Un juge étatique procède aussi souvent en cherchant d'abord l'équité<sup>128</sup>, puis en construisant l'argumentation juridique qui lui permet de parvenir à ce résultat, mais il semble que seul l'arbitre statuant en équité bénéficie de la liberté nécessaire à une saine correction. Dans ces circonstances, l'approche incluant d'autres valeurs, complémentaires ou alternatives, permet de créer la solution adaptée, parce que plus équitable, pour la résolution du litige. C'est dans ces domaines que les capacités «équitables» des arbitres peuvent le mieux s'exprimer.

---

<sup>128</sup> Cf. remarque de J. Vassogne dans le cadre des débats suivant la conférence de BREDIN, J.-D., «L'amicable composition et le contrat», *Rev. arb.*, 1984, pp. 259-291, à la p. 277.