

PIERRE LALIVE D'EPINAY*

DE LA DIPLOMATIE ARBITRALE

SOMMAIRE : 1. La diplomatie et l'arbitrage. Une conciliation entre deux fonctions. – 2. Questions terminologiques sur les mots « diplomatie » et « diplomate ». – 3. La difficulté de parler d'une « fonction arbitrale ». – 4. Les rôles différents du juge étatique et de l'arbitre. – 5. L'utilisation de méthodes « diplomatiques » dans la procédure d'arbitrage ; a) dans la phase préparatoire de l'arbitrage ; b) lors de l'instruction de la cause ; c) au stade de la décision.

1. La diplomatie et l'arbitrage. Une conciliation entre deux fonctions

Dans le titre de l'hommage rendu à un éminent « juriste-diplomate » (ou préférerait-il l'appellation, elle aussi simplificatrice, de « diplomate-juriste »?) connu pour avoir défendu avec brio son pays en maintes enceintes internationales, certains lecteurs seront tentés de déceler un véritable oxymore ou une contradiction dans les termes. Comment en effet, diront-ils, serait-il possible de concilier en une seule deux activités ou deux attitudes aussi différentes, voire antagonistes, d'une part celle de diplomate, et de l'autre celle d'arbitre, le premier ayant en bref pour mission de négocier pour prévenir ou apaiser les conflits internationaux, le second ayant celle de les résoudre ou de les trancher par une décision obligatoire?

C'est ce que nous nous proposons d'examiner ici, dans les limites d'une contribution à ce recueil collectif d'hommages, mais le moins sommairement qu'il se peut, en gardant à l'esprit certaines « choses vues » dans la pratique de l'arbitrage international, interétatique ou commercial, exemples parmi lesquels figurent ceux d'éminents praticiens italiens dont le Professeur Umberto Leanza, que nous avons eu le privilège d'observer en action à diverses reprises¹.

2. Questions terminologiques sur les mots « diplomatie » et « diplomate »

Avant toute chose, il convient de s'entendre sur le sens des termes. Ce d'autant plus que, au moins dans le langage courant, la confusion et l'incertitude continuent de régner à cet égard, et cela surtout dans l'emploi – parfois péjoratif – des mots « diplomatie » et « diplomate ». Quant à la définition de l'arbitre, d'autre part, on sait que l'unanimité est loin d'exister en droit comparé, en particulier sur le but précis et sur les limites de sa

* Professeur émérite de l'Université et de l'Institut de hautes études internationales de Genève, avocat au Barreau de Genève, membre et ancien président de l'Institut de droit international.

¹ Sur l'importante activité de LEANZA U., voir par exemple MONACO R., *Memorie di una vita memorie per l'Europa*, Roma, 1996, p. 285.

mission et de ses pouvoirs, selon que l'on se rattache à la pratique ou la tradition de *common law* ou plutôt à celle du droit civil européen.

Sur un point cependant, le consensus semble certain, qu'il n'est pas sans intérêt de rappeler ici: la véritable diplomatie, historiquement, est née à la fin du moyen âge et en Italie. Un fait qu'expliquent à la fois la multiplicité des souverainetés politiques se partageant le pays et l'importance du commerce, attestée par le rôle de la République de Venise, si admirablement informée, on le sait, par son réseau de diplomates.

Tout le monde admet aussi, avec l'Ambassadeur Léon Noel, que « les dons naturels de finesse et de subtilité (...) traditionnels en Italie » y ont favorisé le développement de la diplomatie; art plus encore que science qui, selon le même auteur, requiert ou est fondé sur « des dons d'observation, d'intuition, de jugement, de tact, de discrétion, de patience et de maîtrise de soi »².

A lire cet énoncé ou cette énumération des qualités requises du diplomate, énoncé sans doute non exhaustif de qualités déjà difficiles à réunir, on aura du mal à déceler une opposition quelconque entre les conditions souhaitables de l'une et d'autre activité.

L'essentiel est ailleurs à l'évidence; il est dans la nature, au moins principale, de la fonction (plutôt que dans les qualités requises pour l'exercer).

Rappelons en passant que, dans la théorie diplomatique, se mêlent, selon l'ouvrage classique de Harold Nicolson³, un courant politique et un courant commerçant. Dans ce contexte général, le diplomate recherche, par la négociation, les moyens d'arriver à une entente durable par des concessions mutuelles, dans l'idée qu'un compromis entre deux rivalités est en général plus avantageux que la destruction complète du rival. Il y a là une idée voisine de celle que véhicule aussi le cliché populaire – d'une validité douteuse comme bien des clichés – selon lequel « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès ».

3. La difficulté de parler d'une « fonction arbitrale »

Qu'en est-il maintenant de l'arbitre et de l'arbitrage? Une première constatation s'impose ici: celle de la difficulté, pour ne pas dire l'impossibilité, de parler d'une « fonction arbitrale » *au singulier* – ce qui présupposerait l'existence d'un concept uniforme, unique, voire monolithique de l'*arbitrage*. Or ce vocable unique, et commode, induit en erreur et est propre à occulter la complexité de l'institution. C'est à juste titre que René David – dont l'ouvrage⁴ demeure après un quart-de-siècle fondamental – souligne « la variété des fonctions que remplit l'arbitrage ».

Et le grand comparatiste français de poursuivre en ces termes:

² NOEL L., *Diplomatie*, in *Encyclopedia Universalis*, vol. 5, p. 660 ss.

³ *Diplomatie* (trad. de l'anglais par P. ARMSTRONG). Neuchâtel, 1948.

⁴ *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982, n° 369. Voir aussi, sur les *Cultural Differences in the Perception of the Role of the Arbitrator and the Conciliator*, le rapport de SCHNEIDER M.E., in *ICCA Seoul Arbitration Conference*, 1996, en particulier pp. 78 ss., p. 80.

« On peut dans la théorie distinguer l'arbitre chargé de statuer selon le droit et l'arbitre chargé de maintenir ou rétablir la concorde entre les parties ou celui chargé de parfaire ou réviser un contrat. Dans les faits la simplicité de cette division tripartite disparaît ».

Retenons pourtant ici cette même division, et cela par commodité et pour simplifier l'examen du rôle possible de la diplomatie dans l'arbitrage. Et partons de l'idée, ou de la présomption, que ce rôle sera plus important ou plus visible *ex natura rerum* dans les pays ou les systèmes où, à l'opposé de la conception anglaise mais suivant une vieille tradition suisse (partagée croyons-nous en Autriche et en Allemagne), l'arbitre a parmi ses devoirs ou ses fonctions la tâche de « rétablir la concorde », d'agir comme *settlement facilitator*, une tâche à maints égards proche de celle du conciliateur sinon du médiateur, et pour laquelle des qualités et des méthodes « diplomatiques » paraissent à l'évidence appropriées voire indispensables⁵.

Laissons-là ces hypothèses pour nous en tenir à celle de l'arbitre chargé de décider, de « trancher » (terme significatif), le litige à lui soumis par les parties « sur la base du droit » (et non pas de la seule équité).

En un tel cas, l'observateur peu expérimenté ou superficiel sera peut-être enclin à penser que la diplomatie n'a ni ne doit avoir aucune place dans l'activité de l'arbitre, vu la nature quasi judiciaire de cette dernière. Décider, sur la base du droit applicable, dirait-on, est une démarche aux antipodes de celle du négociateur ou conciliateur attaché à rétablir la concorde.

C'est ce qu'il convient de regarder de plus près, d'abord en se posant, à titre liminaire, la question de la diplomatie et du juge, puis en distinguant, quant à l'arbitre, les phases successives de son activité.

4. Les rôles différents du juge étatique et de l'arbitre

Sur le premier point, l'accent doit être mis selon nous, toujours et encore, sur la différence fondamentale des rôles du juge étatique et de l'arbitre. Cela en dépit d'une tendance⁶, dépourvue de réalisme comme d'humilité, à l'assimilation.

La conscience de cette différence essentielle n'exclut en rien ni ne diminue l'intérêt que mérite l'examen des analogies existant entre l'une et l'autre activité. Ainsi, dans les deux cas, le « décideur » cherche, ou devrait chercher, par la clarté et l'excellence de sa motivation, à faire accepter sa décision, en particulier par la partie perdante, pour en obtenir l'exécution volontaire⁷. Encore que, à l'évidence, ce souci soit souvent fort atténué

⁵ Cf. LALIVE P., POUDRET J.F., REYMOND C., *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989, ad Art. 176, pp. 291-292: *La notion d'arbitrage*.

⁶ Tendances qui affectent certains professionnels et certaines institutions, d'où par exemple la revendication d'une large voire totale immunité de l'arbitre – cf. à ce sujet LALIVE P., *Irresponsibility in International Commercial Arbitration*, in *Asia Pacific Law Review*, 1999, vol. 7, n. 2, p. 161.

⁷ Cf. LAZAREFF S., *L'arbitre est-il un juge?*, in *Liber Amicorum Claude Reymond*, Paris, 2004, p. 173.

voire absent chez celui qui « tranche » au nom de l'Etat et sait disposer et du prestige de l'officialité et (...) de la force publique.

Lors d'un récent colloque international, Lord Mustill, juge et arbitre renommé, comparant les deux fonctions, soulignait à la surprise de certains et de très instructive manière que le juge étatique était comptable envers l'opinion publique de ses décisions et de leurs motivations (en particulier du fait qu'il est un personnage public et aussi du fait qu'il contribue directement à la création de la jurisprudence⁸ et à l'évolution du droit).

A l'opposé se situe – semble-t-il au moins *prima facie* – la position des arbitres, personnages privés, dont les décisions ne sont pas censées créer une jurisprudence et qui n'ont pour but de persuader que les seules parties au litige.

5. L'utilisation de méthodes « diplomatiques » dans la procédure d'arbitrage

A ce stade il faut au moins mentionner en passant – à propos des éventuels devoirs de l'arbitre à l'égard du public, le cas particulier – dont tout praticien connaît aujourd'hui les développements et la croissante importance – de l'arbitrage international d'investissements (par exemple impliquant des traités BIT et, souvent, des intérêts publics substantiels). On sait d'ailleurs que certains vont jusqu'à y voir une institution *sui generis*, distincte de l'arbitrage international commercial « classique ». Ce n'est pas ici le lieu de discuter cette controverse, et il suffira d'admettre d'emblée, dans le contexte du sujet limité de la présente étude, que la diplomatie arbitrale est susceptible en un tel cas de jouer un rôle plus grand, de par la nature des choses et des intérêts en jeu, que dans les arbitrages « classiques » du commerce international.

Revenons à ce dernier cas, pour distinguer maintenant les étapes successives d'une procédure d'arbitrage et tenter de mesurer si et dans quelle mesure, l'arbitre serait légitimé voire appelé à user de méthodes « diplomatiques » ou, en bref, à faire preuve de « diplomatie ».

Une première équivoque est à dissiper, avant de poursuivre. Il ne s'agit pas, il ne doit pas s'agir ici de la tendance, ou de la faiblesse humaine qui, selon divers praticiens, caractériserait certains arbitres, la tendance à vouloir « faire plaisir » à toutes les parties, à rechercher à tout prix le compromis voire à « couper la poire en deux ». Ce que d'aucuns ont baptisé, non sans une injustice historique, le « syndrome de Salomon », est davantage manque de courage, désir de plaire, voire lâcheté pure et simple⁹, que véritable diplomatie (laquelle est moyen au service d'une fin, soit une solution juste et acceptable d'un litige).

Les observations qui suivent – inévitablement des généralisations, fondées sur l'ex-

⁸ On sait la diversité des opinions doctrinales sur la question de l'existence ou non d'une « jurisprudence » arbitrale.

⁹ Sur l'absence du désir de plaire, comme l'une des qualités requises de l'arbitre indépendant et impartial ; voir par exemple LALIVE P., *Du courage dans l'arbitrage international*, in *Mélanges F. Knoepfler*, Bâle, 2005, p. 157.

périence et appelant des nuances¹⁰ – visent le cas le plus important et le plus significatif, celui de l'arbitre unique ou du président du tribunal arbitral; celui de l'arbitre désigné par une partie appelant lui, au besoin, sa propre vision de la diplomatie.

a) dans la phase préparatoire de l'arbitrage

Dans une première phase, préparatoire ou préliminaire, de l'arbitrage, il importe que les arbitres, parties et/ou conseils fassent connaissance et s'entendent sur la procédure et le futur déroulement des opérations, rien n'étant plus susceptible de créer un climat malsain et négatif que l'incertitude des parties et l'imprévisibilité du comportement des arbitres. Aussi est-ce à pleine raison que des règlements d'institution, comme celui de la Cour d'arbitrage CCI, prévoient par exemple une première rencontre en vue d'établir en commun un calendrier provisoire et un "acte de mission"¹¹.

En l'absence même de semblable règle, l'arbitre avisé devrait spontanément décider et organiser pareille rencontre, au cours de laquelle une diplomatie élémentaire, qu'il suffit ici de mentionner, visera à créer ou accroître la confiance indispensable au bon déroulement de l'instance, notamment quant à l'indépendance, l'impartialité, les compétences et la disponibilité du tribunal arbitral.

b) lors de l'instruction de la cause

Lors de l'instruction de la cause, et par exemple lors de l'interrogatoire des témoins, d'un expert ou des parties (ainsi d'ailleurs que lors de décisions de procédure voire de toute communication avec les parties ou leurs conseils), on admettra aisément que la rigueur juridique, le respect de l'égalité des parties, le souci de faire avancer la procédure en rejetant les démarches dilatoires, etc., appelleront souvent le recours à certaines des qualités esquissées plus haut comme étant caractéristiques du diplomate. Tel sera en particulier le cas (évoqué déjà en passant mais qui se situe aux frontières de l'hypothèse « classique » ici considérée) où l'arbitre jugerait possible et opportun de « faciliter » une transaction entre les parties.

Un surcroît de diplomatie ou de prudence s'imposera de toute évidence dans les procédures arbitrales où le tribunal arbitral jugerait opportun de manifester son dynamisme ou son caractère « proactif » en discutant avec les parties, une fois exposées les thèses opposées, certaines au moins de ses vues provisoires, en leur signalant quels sont, à son avis préliminaire, les problèmes essentiels, voire les points forts ou les points faibles de leurs argumentations respectives¹².

¹⁰ Sur les risques de généralisations, voir, outre les remarques de DAVID R., citées *supra*, pp. 4-5, note 4, SCHNEIDER M.E., *op. cit.*, *supra* note 4, ad pp. 57, 59, et LALIVE P., *Assurer l'exécution des sentences arbitrales*, COUR D'ARBITRAGE CCI, *Arbitrage international, 60 ans après*, 1984, pp. 331, 338 ss. (60ème anniversaire de la Cour CCI).

¹¹ Art. 18 du Règlement d'arbitrage CCI (en vigueur dès le 1^{er}.1.1998).

¹² En faveur de ce genre d'indications par le Tribunal arbitral, dans la perspective d'une conciliation, cf. SCHNEIDER M.E., article cité note 4 *supra* pp. 57, 75 ss. ; v. aussi RAESCHKE-KESSLER H., *The Arbitrator as Settlement Facilitator*, in *Arbitration International*, 2005, vol. 21, n° 1, p. 523.

On se bornera à mentionner ici le risque couru par l'arbitre, non pas seulement ou principalement, de dévoiler par une opinion « provisoire » son insuffisante maîtrise du dossier, mais celui de paraître préjuger, au mépris de son devoir fondamental d'impartialité. Ce danger est grand en pareil cas pour l'arbitre, trop soucieux de paraître actif ou "proactif" (selon une certaine mode apparemment d'origine américaine), dans la louable intention de favoriser une transaction ou d'accélérer la procédure, ce qui risque d'offrir au contraire à la partie qui y a intérêt l'occasion d'une récusation purement dilatoire.

c) au stade de la décision

Parvenons enfin au stade final, celui de la décision et de son expression – aspect peut-être le plus intéressant du thème du présent hommage. On fera abstraction ici, malgré son intérêt, du facteur « diplomatique » qui peut utilement jouer un rôle au cours des délibérations entre arbitres, tant pour le président du tribunal (chargé, le plus souvent, de rédiger un avant-projet de sentence), que pour l'arbitre minoritaire, peut-être tenté de recourir, comme *ultima ratio*, à une opinion individuelle ou même dissidente.

Ce qui mérite, croyons-nous, quelque attention et qui l'obtient assez rarement semble-t-il de nombreux commentateurs et des professionnels de l'arbitrage, c'est le rôle, secondaire certes mais réel de la « diplomatie arbitrale » *dans la présentation et l'expression de la sentence*.

Or ce rôle est d'autant moins négligeable que la mission de l'arbitre, il est généralement admis, n'est pas simplement de résoudre ou trancher le litige sur la base du droit mais de faire accepter et respecter sa décision (en particulier par la partie perdante) au moyen d'une argumentation suffisamment convaincante. La position de l'arbitre à cet égard, on le sait, est fort loin de celle du juge étatique, quoi que puissent en penser certains praticiens imbus de leur temporaire pouvoir.

De ce point de vue, deux remarques générales nous paraissent nécessaires. La première est qu'il est souvent fort difficile, pour tout lecteur « extérieur » (c'est-à-dire qui n'a pas été directement associé à une cause et n'a pas eu connaissance de l'ensemble du dossier), de bien comprendre une décision arbitrale, aussi clairement motivée qu'elle puisse paraître. Les exemples ne sont pas rares d'importantes décisions arbitrales internationales dont le commentaire, fût-ce par les juristes les plus éminents, a pu paraître d'abord aux arbitres, mais aussi au petit cercle des parties et des praticiens directement impliqués et au courant du dossier, comme concernant en réalité en une large mesure une *autre* affaire que celle qu'ils connaissaient « de l'intérieur »¹³.

La seconde remarque, qui est liée à la première, est le rappel d'une ancienne vérité,

¹³ Le soussigné en a fait l'expérience, d'abord, quant à la sentence arbitrale *Arabie Saoudite-Aramco*, objet des savants commentaires de deux maîtres universellement respectés, le Prof. S. Bastid, pour le droit international public et le Doyen H. Batiffol pour le droit international privé, *Sentence du 23 août 1958*, en 27 *ILR*, 1963, p. 117 ; cf. LALIVE P., *Concluding Remarks*, in *Annulment of ICSID Awards*, IAI, 2004, p. 302. Plus récemment la sentence rendue sous la présidence du Prof. P. Reuter dans l'affaire *Aminoil/Kuwait*, pourtant bien acceptée par les deux parties, s'est révélée difficile à comprendre pour les non-initiés.

dont l'arbitre international est en général conscient, c'est que, comme le sait la sagesse populaire, « toute vérité n'est pas bonne à dire ». Ce qui est souvent vrai par exemple dans les litiges où il y a lieu d'établir des responsabilités – qu'il s'agisse des dirigeants ou des cadres d'une multinationale, ou de ceux d'un Etat – ou encore lorsqu'il y a lieu de commenter le comportement procédural d'une partie ou de ses conseils.

Aussi est-il manifestement opportun ou préférable, le cas échéant, qu'une sentence, arbitrale ne soit *pas* explicite sans nécessité sur tel ou tel aspect de fait, voire de droit du litige, compte tenu des intérêts (par exemple publics) ou des susceptibilités personnelles en cause, éléments que le lecteur ou l'observateur extérieur sera rarement en mesure d'apprécier.¹⁴

En effet, et si l'on se risque à généraliser¹⁵, on admettra volontiers qu'en de nombreux cas, voire même la majorité d'entre eux, la rédaction finale de la sentence arbitrale internationale fait appel – à côté des qualités juridiques et techniques requises en tout arbitrage – à une nécessaire bien qu'invisible diplomatie arbitrale; donc, comme esquissé plus haut à titre introductif, à des dons de jugement, de tact, de psychologie et de « maîtrise de soi ».

Ce qui implique aussi, soit dit en passant, *une maîtrise du langage* – exigence d'autant plus importante que la sentence émane en général d'un tribunal qui est « international » aussi par l'origine, la culture et la langue de ses membres, et que la langue de l'arbitrage peut fort bien être étrangère à eux tous comme aux parties, d'où le risque d'une sentence rédigée en un anglais approximatif, source de malentendus ultérieurs voire de recours en annulation.

Les deux aspects qui viennent d'être rappelés (difficulté pour le lecteur extérieur d'apprécier correctement l'intention des arbitres et le sens exact d'une sentence; fonction de cette dernière et d'une saine « diplomatie rédactionnelle ») nous semblent pertinents aussi, ou peut-être surtout dans un cas particulier (dont l'importance pratique a cru ces dernières années avec celle, générale, du système CIRDI): celui du recours en annulation de l'article 52 de la Convention de Washington de 1965, une disposition que sa rédaction – fruit de laborieux compromis « diplomatiques » – rend malaisée à interpréter mais qui, partie intégrante du système général de solution des litiges relatifs aux investissements internationaux, a le mérite d'exister et doit donc recevoir une interprétation effective de la part des Comités *ad hoc* appelés à décider d'un recours¹⁶.

La décision du Comité *ad hoc*, dans ce cadre très particulier et en somme de par la

¹⁴ Ainsi, dans des cas qui nous ont été rapportés, un des jeunes conseillers de la Cour d'arbitrage CCI, prenant très au sérieux le pouvoir d'examen de cette dernière (art. 27 du Règlement) a cru devoir s'étonner auprès de l'arbitre de l'absence de toute mention d'un certain fait dans le « projet de sentence ». A quoi il fut à chaque fois répondu: il s'agit d'une « omission » intentionnelle par le tribunal unanime et dont les raisons échappent très normalement à un lecteur extérieur.

¹⁵ Cf. *supra* note 10.

¹⁶ Ceci en dépit des positions ou préjugés dogmatiques ou politiques des partisans d'une finalité absolue des sentences CIRDI, lesquels sont prompts à taxer tout recours en annulation d'appels déguisés – et cela même sur la base d'une connaissance incomplète de l'affaire. Pour un exemple significatif de ce genre d'interprétations à notre avis erronées, v. GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, 2004, pp. 196-198 et *Annulment of ICSID Awards*, in *IAI Series on International Arbitration*, n. 1, Introduction et *passim*.