

Dérives arbitrales (I)

'Amicus Socrates, amicus Plato, sed prae-honoranda Veritas'

PIERRE LALIVE*

Relever le succès de l'arbitrage du commerce international – moyen ordinaire de solution des litiges de ce commerce, comme chacun sait – et rappeler son extraordinaire expansion au cours du dernier demi siècle, sont devenus des lieux communs, voire des truismes. On les rencontre aujourd'hui dans la majorité des publications sur l'arbitrage et la quasi-totalité des innombrables conférences, colloques et séminaires organisés de par le monde sur ce sujet.

Si ce succès n'est pas contestable, on peut et doit se demander s'il est destiné à perdurer. Et, si oui, à quelles conditions. Le chœur de louanges qui s'élève autour de l'institution n'est-il pas à l'occasion excessif et propre à entretenir un climat d'optimisme complaisant ou intéressé? L'enthousiasme des thuriféraires de l'Arbitrage et des ADR, spontané ou orchestré, et l'autosatisfaction ne risquent-ils pas de dissimuler certaines faiblesses ou erreurs dont il y aurait intérêt à prendre conscience pour mieux assurer le devenir de l'arbitrage international et satisfaire les attentes de ses usagers? Ces questions ne méritent-elles pas d'être posées?

Un fait paraît certain: depuis quelque temps, parmi les opérateurs du commerce international et dans les milieux dits spécialisés (conseils, juristes d'entreprises, arbitres, etc.) circulent de plus en plus des histoires vécues, anecdotes, illustrations de comportements arbitraux insolites ou regrettables. S'ils venaient à être davantage connus au-delà d'un cercle limité de personnes, ces faits ne laisseraient pas d'entraîner des retombées négatives, voire quelque discrédit, non-seulement pour leurs auteurs mais, sans doute injustement, pour l'institution elle-même de l'arbitrage international.

Certes, objectera-t-on, il sied de ne pas généraliser: de même qu'une hirondelle ne fait pas le printemps, de même qu'une erreur judiciaire ne déshonore pas l'appareil étatique de justice, de même tel ou tel abus arbitral ne peut disqualifier une méthode aussi éprouvée de solutions pacifiques des litiges internationaux.

* LALIVE Avocats, Genève

En outre, divers facteurs se conjuguent pour restreindre le risque, non pas tant des dérives elles-mêmes que celui des effets négatifs d'une plus large diffusion des erreurs ou des abus commis dans l'activité arbitrale comme dans toute autre activité humaine. Le premier de ces facteurs est la confidentialité de l'arbitrage, principe qui reste, malgré certaines controverses ou quelques décisions restrictives, par exemple australiennes, un pilier de l'institution et l'une des sources de son succès.

Un deuxième facteur, psychologique et non moins important, pourrait être décrit comme l'intérêt, personnel et/ou 'corporatif' des opérateurs et participants, notamment des arbitres et conseils. Sans aller jusqu'à l'excès consistant à qualifier, comme il est dit parfois, les milieux de l'arbitrage comme un 'club', voire une 'mafia' ou encore une 'mutual admiration society', on admettra que la nécessaire 'coexistence pacifique entre confrères et collègues' peut et doit inciter à s'abstenir de critiques mutuelles et publiques, ou à les modérer. L'activité arbitrale tendant à devenir une industrie ou un commerce, on comprendra aisément que ceux qui souhaitent y faire carrière évitent les critiques ouvertes et pensent être plus populaires en se cantonnant dans ce qu'un humoriste appelait naguère la 'critique positive c'est-à-dire l'éloge'!

Enfin, un troisième facteur, bien connu, est la tendance générale des législations et des jurisprudences nationales à restreindre, parfois peut-être à l'excès, les recours judiciaires et le contrôle des sentences arbitrales. Cette tendance, louable en son principe et qu'illustre par exemple le chapitre 12 de la loi suisse de droit international privé, pourrait encourager quelques arbitres à céder à cette forme de suffisance ou d'arrogance intellectuelle qu'un parfait connaisseur, le Professeur Pierre Tercier, appelait si bien 'l'ivresse de la souveraineté'.

Le point de départ des quelques réflexions qui suivent est ainsi, en résumé, la circulation orale et en quelque sorte 'sous le manteau' de certaines 'horror stories' qui méritent réflexion. Nous croyons donc utile et même nécessaire au succès continu de l'arbitrage international d'attirer l'attention sur certaines faiblesses constatées dans la pratique et dont le récit circule entre une poignée de *cognoscenti*. En parler est même, sans doute, un devoir pour tous ceux qui le peuvent.

C'est pourquoi la présente étude a l'ambition, modeste mais avouée, de susciter la réflexion des praticiens et des institutions d'arbitrage, voire d'amener parfois à quelques examens de conscience. Les exemples de

dérappages ou de dérives qui vont être mentionnés ici sont fondés parfois sur des observations personnelles, parfois aussi et plus souvent sur les récits de praticiens expérimentés et dignes de foi, connus de nous. Bien entendu, on ne saurait en tirer des conclusions générales pessimistes, ni y voir les prémices d'une quelconque décadence de l'institution elle-même. Mais il serait tout aussi erroné d'en minimiser l'intérêt ou de les recouvrir pudiquement du 'manteau de Noé' pour continuer à prétendre, avec le Dr. Pangloss, que 'tout va pour le mieux dans le meilleur des mondes (d'arbitrage) possibles'.

Enfin, on espère que le lecteur des lignes qui suivent voudra bien admettre avec nous qu'il en est de la justice arbitrale comme de la justice étatique nationale ou de la justice interétatique, et que, selon la phrase fameuse de Lord Hewart, **'it is not enough that (arbitral) justice be done, it must be seen manifestly and undoubtedly to be done'**.

Commençons par les arbitres et rappelons le dicton bien connu selon lequel 'tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage', ce qui conduit l'observateur à s'interroger d'abord sur le choix et la qualité de l'arbitre, puis sur les prestations de ce dernier.

Sur le premier aspect – vaste sujet abondamment traité par les commentateurs anciens et nouveaux – on peut se borner ici à rappeler la difficulté du choix pour les entreprises parties à un litige ainsi, du reste, que pour leurs conseils, si expérimentés soient-ils. Et l'on sait que le système des 'listes' est d'une fiabilité douteuse, la seule liste valable, aimait à dire un praticien averti, étant la 'liste noire', qui reste orale par la force des choses.

Mais supposons un choix parfait, 'on paper', d'un praticien renommé et compétent. Ce choix va sans doute réduire les risques d'erreurs et de 'dérives', mais va-t-il les exclure? C'est à cette hypothèse qu'il convient de s'arrêter un instant, à la lumière de certaines expériences récentes.

Le fait est que les arbitres du commerce international, selon une opinion assez générale, partagée avec réalisme par le Tribunal fédéral, forment un cercle limité, dont la plupart des membres se connaissent, ont travaillé ou travailleront ensemble. Et il en est un peu de même des avocats spécialisés. Aussi est-il normal que, si l'on a besoin d'un arbitre d'expérience, le choix se porte le plus souvent sur les mêmes personnes plutôt que sur de jeunes praticiens moins connus. D'où le danger d'une suroccupation de quelques-uns et la légitime préoccupation des parties de connaître la disponibilité des arbitres potentiels.

Ici apparaît la première ‘dérive’, qui préoccupe de plus en plus semble-t-il les praticiens. Et l'on s'étonne d'entendre mentionner parfois à cet égard le nom de quelques personnes, membres ou non de notre Association, connues pour accepter des dossiers en grand nombre – et assez inconscientes pour s'en vanter – ceci sans soupçonner qu'elles ne sauraient les maîtriser tous et acquièrent ainsi assez vite la réputation, soit de déléguer en fait la décision à une équipe de collaborateurs, soit de laisser traîner les affaires ou, pis encore, d'arriver à l'audience arbitrale sans avoir étudié ou approfondi le dossier (une situation qui peut difficilement échapper aux conseils des parties ni aux autres membres du Tribunal arbitral). On nous citait même naguère le cas d'un Président (suisse!) contraint pour cette raison de s'en remettre à ses deux collègues du Tribunal arbitral pour la direction de l'audience et les questions à poser aux parties.

Une critique analogue est adressée à certains arbitres, pourtant dignes d'estime par ailleurs, mais réputés ne pas rédiger eux-mêmes leurs décisions, sans doute par suroccupation. La critique nous a paru peu crédible à priori, tant il est vrai que l'acte de juger ne se réalise vraiment qu'au moment et dans la rédaction de la décision – forme et fond étant inséparables. Mais le seul fait que ces critiques soient possibles et que ces rumeurs circulent est en soi inquiétant, et nuisible pour l'ensemble de la communauté des usagers et des arbitres.

Pareilles attitudes témoignent à tout le moins d'une légèreté et d'une superficialité déplorables, ainsi que peut-être, dans quelques cas, de la vanité ou de la présomption de qui se croit trop connu et trop bien établi pour donner prise à la critique – laquelle demeure, on l'a vu, confidentielle et orale. Aussi le plus médiocre ou le moins sérieux des praticiens de l'arbitrage croit-il pouvoir, une fois introduit dans le milieu ou présent sur des listes d'arbitres, espérer être désigné à nouveau. Ceci un peu à l'instar du politicien moyen qui, élu une première fois, a toutes les chances de l'être à nouveau et de gravir des échelons, à moins de scandales publics!

Tout aussi graves, voire davantage, sont les échos – eux aussi de bonne source – selon lesquels certains praticiens de l'arbitrage se distingueraient quelquefois par leur cupidité.

L'élément de 'service public' qu'implique la fonction arbitrale dans une conception classique – que nous n'osons croire révolue – justifie que, assez souvent, l'arbitre soit beaucoup moins rémunéré que les avocats dans la même affaire (ce qu'il aura l'occasion de vérifier lorsqu'il statue sur les frais de la cause). La différence n'a rien de choquant en elle-même, tant qu'elle reste dans des proportions raisonnables. Et le fait que le travail de l'arbitre, difficile et délicat et souvent ingrat et mal compris, appelle une rémunération appropriée, n'est contesté par à peu près personne. Ces évidences ne sauraient justifier l'appétit de quelques-uns, voire les manœuvres douteuses du genre de celles dont furent victimes en Suisse, naguère, les avocats d'une partie dans une curieuse situation qui peut se résumer ainsi:

Dans un litige ad hoc arbitré à Zurich, le Tribunal, par la voix de son Président, requit des parties successivement le versement de très importantes provisions. A la seconde requête, une des parties se fit 'tirer l'oreille', jugeant cette gourmandise hors de proportion avec le travail accompli ou à accomplir. Elle sollicita une réduction de la provision, sans succès. Puis, alors que les avocats de ladite partie étudiaient les moyens de recours à leur disposition, ils furent pris de court par une sentence finale rédigée en toute hâte par le Tribunal arbitral et comportant, au chapitre des coûts de l'arbitrage, les fortes sommes que s'étaient attribué les arbitres au titre d'honoraires!

L'intérêt financier que comporte pour un praticien l'acceptation d'une mission arbitrale – intérêt d'ailleurs bien moins grand que ne l'imaginent les 'aspirants-arbitres' sur la foi de quelques cas exceptionnels – peut aussi conduire quelques-uns à une interprétation singulièrement souple ou même laxiste de la notion de conflit d'intérêts et de celle d'indépendance. Ainsi a-t-on vu des cas où un praticien expérimenté n'a vu nul obstacle pouvant l'empêcher de statuer sur les limites de la compétence d'une institution donnée alors qu'il présidait lui-même aux destinées d'une institution concurrente. Tel autre, lui aussi dirigeant d'une institution d'arbitrage, n'a pas craint d'être désigné comme arbitre par une partie. Et le même s'était du reste acquis une réelle popularité auprès de la Cour d'appel du lieu en désignant de préférence comme arbitre des juges de cette Cour – une initiative d'autant plus appréciée que les magistrats du pays étaient notoirement mal rémunérés!

Avec ce dernier exemple, cependant, nous sortons peu ou prou du cadre fixé à la présente contribution, celui des comportements d'arbitres, car il concerne surtout celui des institutions d'arbitrage et des conseils et avocats. En effet, on donnerait une idée trop partielle et donc erronée de l'évolution contemporaine si on se limitait à l'observation critique des seuls arbitres, et ceci d'autant que nombre de praticiens exercent, on le sait, une variété de fonctions, tantôt celle d'avocat, tantôt celle d'arbitre.

L'adage cité plus haut 'tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage' doit donc être complété, car la valeur d'une procédure arbitrale dépend aussi, voire davantage, de la qualité des parties et de leurs conseils, ainsi, bien sûr, que du contexte d'ensemble et de la nature du litige. Le plus parfait des arbitres, le meilleur cadre procédural ou institutionnel pourront malaisément produire une solution satisfaisante si la procédure est menée par des conseils peu compétents, ignorants ou de mauvaise foi, enclins à user ou abuser de toutes les astuces techniques familières à certains 'litigators' en matière nationale. C'est à des dérives de ce genre que sera consacré le prochain chapitre.

Volume 23, No. 4, 2005

ISSN 1010-9153

ASA Bulletin



Association suisse de l'arbitrage
Schweiz. Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
Associazione svizzera per l'arbitrato
Swiss Arbitration Association

KLUWER LAW
INTERNATIONAL

A WoltersKluwer Company