

Dérives arbitrales (II)*

PIERRE LALIVE

Nul n'a mieux décrit et résumé l'évolution récente de l'arbitrage international, à notre connaissance, que le professeur Bruno Oppetit, un maître, prématurément disparu, du droit du commerce international. Il écrivait¹ à propos des 'inquiétantes dérives' infligées trop souvent à l'arbitrage par les opérateurs et leurs conseils, ainsi que par les tribunaux arbitraux, ce qui suit:

'dans un climat général de plus en plus délétère...les procédures arbitrales subissent un alourdissement et un renchérissement très sensibles: les manœuvres déloyales se développent et la bureaucratisation des grandes institutions d'arbitrage s'accroît...'

En ce qui concerne les dérives de certains arbitres, des exemples en ont été donnés dans la première partie de cette étude, dont on a dit l'ambition, limitée, qui est celle de susciter la réflexion des parties, voire 'quelques examens de conscience'. L'on n'y reviendra donc pas². Reste à évoquer la pratique et les dérives de certains 'opérateurs et leurs conseils' et celles de certaines institutions d'arbitrage, comme l'a fait, sans pessimisme excessif mais avec réalisme, le professeur Oppetit dans ce qu'il est permis de tenir pour son testament spirituel.

Pour mieux comprendre l'évolution survenue au cours du dernier demi-siècle dans les procédures arbitrales internationales, on lira ou relira avec profit, outre la 'Théorie de l'Arbitrage', les analyses consacrées aux 'marchands de droit' par deux sociologues, américain et français, MM. Yves Dezalay et Bryant G. Garth dans leur ouvrage 'Dealing in Virtue'³, ouvrage qui retrace de vivante façon, en particulier, l'entreprise de conquête du marché de l'arbitrage international menée notamment par de grands cabinets américains et anglais, ainsi que l'influence des 'litigators' américains et de leurs émules européens. Si cette influence n'est pas niable, en notre époque de

* Suite de l'article paru dans le Bulletin ASA, volume 23, No 4, 2005, pp. 587-592.

¹ Dans son dernier ouvrage, la 'Théorie de l'Arbitrage' (Presses universitaires de France, 1998, pp. 10-11), passage cité dans notre contribution au Liber Amicorum Claude Reymond, 'Sur une commercialisation de l'arbitrage international', LITEC 2004, Paris. Et cité à nouveau par Bernard Hanotiau dans son étude du Liber Amicorum Robert Briner, CCI 2005, p. 365.

² Voir aussi à ce sujet Serge Lazareff, in Mélanges Briner, op. cit pp. 477-488 et Yves Derains dans le même volume de Mélanges, p. 221.

³ University of Chicago Press, 1996.

globalisation et de concurrence transfrontière généralisée, il serait trop facile et singulièrement réducteur d'attribuer à la seule 'américanisation'⁴ du monde occidental la tendance de certains praticiens, de toutes nationalités, à chercher à tout prix et à tous moyens dans un arbitrage le gain de l'affaire, d'où les manquements répétés déplorés par Oppetit à la déontologie des affaires et notamment à l'éthique professionnelle.

L'attention portée traditionnellement, mais aussi de plus en plus, dans la littérature arbitrale comme par les institutions, à la déontologie et à l'éthique de l'arbitre, et notamment à son indépendance et son impartialité, ne doit pas conduire à sous-estimer l'importance de celles des conseils et avocats des parties et de ces dernières elles-mêmes. On l'a dit mais 'bis repetita placent', il ne suffit pas, loin de là, de s'en tenir au vieil adage 'tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage', et une solution satisfaisante apparaît peu probable '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 'litigateurs' en matière nationale'⁵.

Il n'est pas, croyons-nous, de meilleure illustration de cette constatation qu'une récente dénonciation de la situation récente par Serge Lazareff⁶. Etudiant les principales dérives causées, surtout dans le domaine de la procédure, l'auteur évoque une galerie de portraits, dont il précise, avec la vigueur de pensée et d'expression qu'on lui connaît, que 'la ressemblance avec des personnages existants ou ayant existé n'est pas le 'fruit d'une coïncidence''. Praticien chevronné et président de l'Institut du droit des affaires internationales de la CCI, il ne se limite nullement, à pleine raison, à considérer le seul cas de l'arbitre mais consacre plusieurs pages de son examen aux conseils, qui, selon lui, 'deviennent de plus en plus agressifs, car de plus en plus, ils singent les procédures étatiques', dans la plupart des cas, selon l'auteur, par ignorance de ce qu'est l'arbitrage.

Cette ignorance, manifeste chez bien des 'nouveaux venus' dans ce domaine, se conjugue souvent à celle du droit comparé (surtout de procédure), à l'absence de tout 'esprit comparatif' et d'ouverture, voire au nationalisme juridique le plus borné et à l'arrogance intellectuelle. Elle se traduit, note ensuite avec pertinence Lazareff, par la transposition 'sans imagination et sans état d'âme' des procédures étatiques, les 'seules qu'ils

⁴ Elle est pourtant clairement mise en lumière par l'ouvrage qui vient d'être cité, ainsi, par exemple dans le dernier chapitre (pp. 313-314 et passim).

⁵ Voir Dérives arbitrales I, bulletin ASA, volume 23 No 4, 2005, p. 592.

⁶ In *Liber Amicorum Robert Briner*, op. cit., p. 477, sous le titre 'L'arbitre singe – comment assassiner l'arbitrage'.

connaissent', et par la multiplication des incidents et 'l'excès procédurier', à tous les stades de la procédure, par les manœuvres dilatoires de toute sorte et, bien entendu, par les récusations d'arbitres et les recours contre les sentences arbitrales.

Plus inquiétantes, et sans doute moins connues et moins étudiées, sont les dérives arbitrales de conseils qui n'ont pas l'excuse de l'ignorance, dérives qui résultent d'une volonté délibérée. Il est certes difficile, voire impossible parfois, de faire le départ entre les deux hypothèses, de séparer si l'on peut dire le bon grain de l'ivraie, d'établir non pas l'ignorance mais la présence de la mauvaise foi. Ainsi dans les quelques exemples suivants tirés de la pratique récente.

L'avocat d'une partie demanderesse a sollicité et obtenu la désignation par le Tribunal arbitral d'un expert technique qui commence ses investigations. Mécontent de sa façon de procéder, alors qu'aucun avis fût-ce préliminaire n'a encore été émis, l'avocat demande le remplacement de l'expert sans aucun motif. Le Tribunal arbitral rejetant cette demande, il est l'objet d'une récusation pour cette seule raison, récusation du reste rejetée plus tard par le juge compétent. Il se trouve que l'avocat en question, bien loin d'être un 'nouveau venu', se donne par ses écrits et sa participation à diverses conférences pour un spécialiste de l'arbitrage dans sa région du monde!

Agressivité analogue de la part d'un autre conseil, lui aussi expérimenté, qui conteste une décision de la Cour d'arbitrage de la CCI de fixer à Genève le siège d'un arbitrage et la nomination d'un arbitre de ce lieu, au motif (cela ne s'invente pas!) qu'il ne veut pas que le siège soit dans un pays de l'Union Européenne (alors que le litige n'a au demeurant aucun lien quelconque avec l'UE). La Cour lui ayant signalé poliment son erreur, ledit avocat maintient son objection en lui substituant le motif que le siège ne saurait être à Genève, ville trop proche et sous l'influence de la France!⁷

Pour se limiter ici à cet exemple de dérives, il semble généralement admis par les meilleurs observateurs que le nombre des récusations injustifiées, voire téméraires, est en augmentation, ce à quoi peut inciter l'absence de sanctions effectives, au moins pour les conseils qui en sont responsables. Pour ces derniers, leur but est, sinon de 'faire marcher le

⁷ Il est intéressant et encourageant d'ajouter que, dans cette affaire, la partie ainsi représentée mais finalement mieux éclairée, finit par changer de conseil! Mais combien de parties, privées ou publiques, ignorent la réalité du comportement procédural de leurs représentants dans l'arbitrage?

compteur', du moins de gagner du temps ou même d'intimider l'arbitre en l'incitant à démissionner. Avec cette politique, baptisée par certains de 'terrorisme arbitral'⁸, on est proche ici de la 'stratégie de rupture' utilisée parfois, en matière judiciaire pénale, par des avocats plus ou moins médiatiques.

Les 'comportements perturbateurs délibérés', ainsi que l'effet destructeur de certaines contestations d'arbitres' sont fort bien mis en lumière aussi dans l'étude récente d'un juriste d'entreprise, membre de la Cour d'arbitrage de la CCI⁹: l'auteur cite plusieurs exemples instructifs d'une utilisation élargie, par une partie récusante, de la notion de nationalité, par ce qu'il appelle 'équivalence fonctionnelle' ou 'assimilation culturelle' ou encore 'aspiration économique'. Il s'agit en réalité pour le récusant de 'masquer par un artifice technique l'insuffisance d'éléments concrets démontrés permettant à une partie de nourrir une suspicion légitime quant à l'indépendance des arbitres visés'¹⁰.

Un autre exemple curieux, et semble-t-il sans précédent connu, est celui d'une partie défenderesse, qui, après avoir pris connaissance (grâce à l'arbitre désigné par elle, en violation de la confidentialité de la délibération) d'un projet de sentence à elle défavorable, récusé l'ensemble du Tribunal arbitral et cela au motif paradoxal d'une prétendue excessive lenteur à juger – motif inattendu de la part d'une partie défenderesse.

A propos du motif, classique, de récusation pour suspicion légitime, de manque d'indépendance ou d'impartialité de l'arbitre, il y a lieu de signaler en passant les dangers de dérives qui peuvent découler de la manie moderne de légiférer et de règlementer à tout va¹¹, manie qui affecte aussi bien des institutions (publiques et privées) ou associations: ainsi pour les 'lignes directrices' de l'IBA, dont Bernard Hanotiau signale avec raison¹² que, à côté d'aspects positifs, elles comportent un 'enormous potential for mischief' et que la CCI s'efforce sagement de se distancer du texte de l'IBA. Un autre exemple topique est fourni par les laborieuses discussions tenues au sein d'un 'Groupe de travail' de la CNUDCI, pour règlementer, sur proposition

⁸ Yves Derains dans les Mélanges Briner, déjà cités, p. 228.

⁹ Pierre Gabriel, 'Chemins du droit et droit chemin – libres propos sur l'arbitrage commercial international', in Mélanges Briner, pp. 297 ss., 304-305.

¹⁰ Article cité p. 305.

¹¹ Voir à ce propos notre article: 'De la Fureur réglementaire', in Bull. ASA No 2, 1994, p. 213, à propos des 'directives' de la CNUDCI sur les conférences préparatoires.

¹² Mélanges Briner op. cit pp. 368-369.

américaine, le cas (rarissime en pratique) des mesures provisoires ‘ex parte’ ordonnées par un arbitre.

Plusieurs autres exemples récents nous ont été rapportés, qui comprennent, outre les cas qu'on pourrait appeler classiques de récusation abusive, ceux de l'utilisation systématique de recours bien que voués à l'échec contre la sentence arbitrale, ou l'usage de ‘anti-suit injunctions’ ou même la réclamation de dommages-intérêts substantiels pour le dommage prétendument causé par telle ou telle décision d'un arbitre, des manœuvres quelques fois appuyées par un for ignorant et/ou compréhensif à l'égard de ses ressortissants.

Ce qu'il faut retenir de ces divers exemples, qui seraient aisés à multiplier, c'est que ces dérives sont aussi le fait, parfois, d'avocats parfaitement expérimentés et capables, qui n'hésitent pourtant pas, par faiblesse ou cupidité ou d'autres motifs encore, à soutenir n'importe quel argument, à prendre à leur compte n'importe quelle manœuvre dans l'espoir d'obtenir gain de cause. Incapables qu'ils sont de montrer la moindre indépendance à l'égard de leurs clients, ces conseils dégradent ainsi la dignité de leur profession et se ravalent en somme au rang de ‘valets juridiques’. Pour eux, ‘qui paie commande’ et ‘la fin justifie les moyens’¹³. Il est à peine besoin de noter que pareille attitude – où se combinent manque d'indépendance et de courage, manque d'éthique et esprit de lucre – est encouragée par la concurrence accrue qui s'est développée dans le monde globalisé du commerce international, en particulier dans le secteur des services juridiques.

C'est là un des aspects de la commercialisation croissante de l'arbitrage international¹⁴ - un phénomène que l'on peut hésiter à qualifier, en soi, de ‘dérive arbitrale’ mais qui, à tout le moins, est la cause ou le stimulant de diverses pratiques discutables, jadis rares ou inconnues, comme la participation d'avocats aux ‘Beauty parades’ chères aux opérateurs américains, ou aux procédures de ‘tenders’ imposées par certains Etats, ou encore le recours à une politique de ‘dumping’ par de grandes firmes de conseils juridiques. Ceci sans parler ici, mais l'on y reviendra plus loin, d'une caractéristique générale qui touche un large cercle de conseils, arbitres, institutions, associations ou autres, celui d'un abus croissant des séminaires et

¹³ Cette indépendance de l'avocat n'a certes pas la même portée ou la même importance que celle de l'arbitre, mais elle existe tout de même et elle est plus marquée ‘ex natura rerum’ que celle du juriste d'entreprise, soumis à sa hiérarchie et aux instructions de la direction commerciale.

¹⁴ Voir à ce sujet notre étude: Sur une ‘commercialisation’ de l'arbitrage international, in Mélanges Claude Reymond, LITEC, 2004, pp. 167-172.

publications sur l'arbitrage, à but (plus ou moins masqué) de promotion, collective, nationale ou individuelle.

Concluons, provisoirement au moins, le chapitre des arbitres et conseils en rappelant, après Bruno Oppetit et de grands connaisseurs de l'arbitrage comme Bernard Hanotiau et Serge Lazareff, que 'les critiques vont...bon train chez les utilisateurs' et que 'il est temps de se recentrer sur les valeurs de base de l'arbitrage', une institution dont 'une éthique solide est un des piliers'¹⁵. Si l'arbitre est à l'évidence le garant des valeurs de l'arbitrage, selon la juste formule d'Hanotiau, il devrait en être de même, 'mutatis mutandis', des avocats et conseils ainsi que des parties elles-mêmes¹⁶.

Une obligation analogue pèse aussi sur les institutions d'arbitrage. C'est à ces dernières et aux dérives auxquelles certaines d'entre elles au moins sont exposées qu'il y a lieu de consacrer la dernière partie de la présente esquisse.

Si le dernier demi-siècle est caractérisé, chacun le sait, par la prolifération des institutions d'arbitrage (et son corollaire, une concurrence accrue et plus ou moins ouverte ou loyale), il résulte ici, pour le commentateur, du nombre même et de la diversité des institutions l'impossibilité de généraliser et la difficulté de porter des jugements. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne les mérites respectifs de l'arbitrage ad hoc et de l'arbitrage institutionnel¹⁷, des coûts comparatifs du recours à l'une ou l'autre de ces procédures, ou enfin des mérites ou des objectifs de telle ou telle institution nationale.

Quant à la diversité des institutions et au vaste choix offert ainsi aux utilisateurs, on peut dire qu'ils sont en soi une fort bonne chose, toute situation de monopole étant propre à favoriser les dérives et notamment l'autosatisfaction et l'immobilisme. Ce dernier danger est d'autant moins négligeable que toute institution d'une certaine importance risque de tomber dans la complaisance, entourée qu'elle est d'un réseau d'obligés (par ses désignations d'arbitres), de clients, amis ou fonctionnaires, voire de simples flatteurs. Force est de reconnaître que ce que l'on peut appeler la 'communauté arbitrale', de par la force des choses, est guettée par une dérive

¹⁵ Dans leurs articles déjà cités du *Liber Amicorum* Robert Briner, notamment, pp. 365-367.

¹⁶ Voir S. Lazareff, article cité, en particulier p. 480, qui écrit: 'Chacune des parties devrait contribuer de bonne foi à un déroulement harmonieux. Ceci dans la majorité des cas semble hélas appartenir au domaine du rêve et à celui du regret.'

¹⁷ A ce sujet, voir notre étude des *Mélanges* en l'honneur du Premier Président Pierre Bellet, 'Avantages et inconvénients de l'arbitrage 'ad hoc' ', *LITEC* 1991 p. 318. Voir aussi J.-M. Jacquet et Ph. Delebecque, *Droit du commerce international*, Dalloz, 1997, pp. 315-317.

générale, celle de devenir sans trop s'en apercevoir une 'société d'admiration mutuelle', où dominent la 'brosse à reluire' et les renvois d'ascenseur.

Or, face à la concurrence accrue déjà mentionnée, les campagnes publicitaires et de promotion auxquelles se livrent bien des institutions (campagnes convaincantes, surtout, pour leurs propres auteurs) s'accompagnent souvent, outre de complaisance, d'une curieuse susceptibilité, voire d'une certaine surdité à la critique, d'où souvent une trop lente adoption de réformes nécessaires¹⁸. C'est ainsi, nous a-t-il été rapporté, que certains thuriféraires de l'arbitrage institutionnel ou de telle institution ont rejeté parfois objections ou critiques envers un régime particulier en rétorquant (en privé): 'Vous n'allez pas cracher dans la soupe?' (On admirera, en passant, l'élégance de l'expression, où la vulgarité de la forme reflète parfaitement celle de la pensée). C'est le même 'climat' qui explique par exemple l'absence ou au moins la rareté de discussions objectives et sereines sur certaines questions, comme les mérites comparés de l'arbitrage ad hoc et de l'arbitrage institutionnel, l'impartialité ou les conflits d'intérêts.

Avant de poursuivre, il importe de souligner – quant à la prolifération des institutions d'arbitrage – qu'il n'y a pas grand-chose de commun entre, d'une part, la grande majorité d'entre elles, dont les plus récentes, et, d'autre part, le petit nombre de celles qui sont solidement établies et d'une utilité et d'une expérience incontestée, dont l'archétype est à l'évidence la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, qui bénéficie de cette particularité, à nos yeux essentielle, d'avoir un caractère réellement international. Cela à la différence d'autres institutions, certes sérieuses mais dont la vocation première, plus ou moins apparente, est de promouvoir un pays ou une ville comme centre d'arbitrage¹⁹; cela parfois à l'aide d'une certaine 'teinture' internationale susceptible d'attirer le client. On connaît par exemple à cet égard le procédé consistant, pour un organisme ou une association nationale, à établir une filiale ou une antenne sous un autre nom dans un pays tiers et 'neutre'.

A l'autre extrême de la panoplie, et contrastant avec les institutions consacrées et sérieuses, on trouve un petit nombre d'organismes plus ou moins fantômes, qui parfois s'efforcent d'exploiter des similitudes de nom ou

¹⁸ On se souvient par exemple des vives critiques, certes excessives, portées par Antoine Kassis envers l'arbitrage administré du type CCI, qui eussent mérité mieux que le dédain ou une conspiration du silence, ou encore des longs délais apportés à admettre l'institution du 'secrétaire du Tribunal arbitral', ou encore à tenir compte de la juste critique de Berthold Goldman à la formulation primitive de l'acte de mission CCI sur les 'questions à résoudre'.

¹⁹ Les exemples de Londres ou Stockholm viennent ici tout naturellement à l'esprit.

d'initiales avec ceux d'un organisme connu. On ne saurait bien sûr empêcher ou blâmer tel groupe de juges ou fonctionnaires retraités de chambres de commerce, ou d'avocats en quête de dossiers, de rechercher par la création de quelque 'cour', centre ou institut d'arbitrage, une activité complémentaire. En revanche, on quitte le domaine des simples déviations pour entrer dans celui de l'escroquerie pure et simple lorsque, comme dans deux cas que nous connaissons, l'un français, l'autre américain, et qui ont provoqué l'intervention judiciaire, deux astucieux compères créent de toute pièce un pseudo-organisme d'arbitrage aux seules fins de lui faire rendre une prétendue 'sentence arbitrale' en faveur de l'un d'eux!

Revenons à nos moutons, qui eux ne sont pas noirs, soit aux institutions d'arbitrage véritables, bien établies, mais que leur utilité, généralement reconnue, ne met pas à l'abri de certaines dérives et des critiques des utilisateurs. Une de ces critiques, peut-être la plus fréquente, et nul ne s'en étonnera, porte sur les coûts du recours à l'arbitrage institutionnel. Cela non pas tant face à l'arbitrage '*ad hoc*' (qui épargne les frais d'une pléiade de fonctionnaires et est en principe moins onéreux que l'arbitrage institutionnel²⁰), mais par rapport aux services rendus. Ce domaine se prête mal, on le sait, aux généralisations. Il permet pourtant de dégager certaines conclusions, à en juger par les études les plus récentes de spécialistes particulièrement compétents, comme Gerald Aksen et Yves Derains²¹.

Leurs constatations laissent ouverte la question, délicate sinon insoluble, de savoir si les taxes prélevées par l'institution d'arbitrage représentent un 'juste prix'. Dans ce vieux débat, on se bornera à rappeler à l'utilisateur qu'il devrait assumer les conséquences de son choix de l'arbitrage institutionnel (choix fait, il est vrai, souvent par simple routine, esprit d'imitation ou ignorance, ou encore par peur d'engager sa responsabilité en préférant l'arbitrage *ad hoc*). On lui rappellera aussi que les institutions d'arbitrage ne sont pas des organismes philanthropiques et qu'ils doivent rémunérer un personnel permanent. En outre, les critiques émanant de certains opérateurs du commerce international relèvent aussi d'une psychologie commerçante assez répandue, de sous-estimation instinctive et générale des services de nature intellectuelle, que ce soit ceux des arbitres ou ceux des institutions.

²⁰ J.-M. Jacquet et Ph. Delebecque, op. cit., p. 317.

²¹ Dans son article 'International Arbitration – knowing the practical differences' in *Mélanges Briner*, op. cit. pp. 17-19, G. Aksen écrit: 'The distinction between institutional and ad hoc arbitration when compared to legal fees and costs is insignificant'. Et il ajoute que 'Arbitral fees trail far behind'. Dans un exposé remarqué au Colloque de Venise du 17 septembre 2005, Y. Derains a montré qu'une raison de l'augmentation des coûts de l'arbitrage était la greffe des procédures de type anglo-saxon, essentiellement orales, sur la procédure continentale.

Il n'en demeure pas moins que certaines des critiques entendues méritent attention, surtout, sans doute, lorsqu'elles émanent de la partie qui a eu gain de cause dans l'arbitrage! Ainsi, par exemple, quant à la pratique de certains organismes d'exiger pour l'enregistrement d'une requête d'arbitrage le versement d'avance de provisions substantielles, calculées au prorata du montant réclamé. Et cela, tout en laissant les arbitres travailler largement à crédit! En pareil cas, l'institution tire un profit parfois considérable des intérêts produits par le placement des provisions obtenues. D'autres institutions, à l'instar des arbitres ad hoc, considèrent et prescrivent que les intérêts des provisions reviennent aux parties déposantes. Mais toutes ne le font pas et, la durée des arbitrages aidant, les sommes ainsi avancées produisent des intérêts importants dont les parties ignorent souvent que l'utilisation va aussi à des activités sans rapport avec l'arbitrage.

Une autre pratique contestable concerne la répartition, en fin d'arbitrage, des montants reçus des parties, répartition dont on nous assure qu'elle se résume le plus souvent, en moyenne, par $\frac{3}{4}$ pour le travail des arbitres et $\frac{1}{4}$ pour l'administration de l'institution. Si tel est bien le cas, il est difficile de ne pas voir dans pareilles proportions une dérive injustifiée, puisque la quasi-totalité du travail, celui de solution du litige, est à l'évidence le fait des seuls arbitres, alors que la part de l'administration reste mineure, en particulier quand l'arbitre est expérimenté. Aussi entend-on périodiquement des plaintes accusant telle institution de pratiquer une sorte de 'racket' ou de vivre du travail d'autrui! Cela dit en ignorant l'apport que constitue l'octroi par l'institution de son nom ou de son patronage, voire, dans le cas de la Cour CCI et de son arbitrage 'administré', le rôle, non négligeable, de son examen 'à la forme', selon l'article 27, du projet de sentence arbitrale.

La mention de l'article 27 conduit à évoquer, non pas une dérive fréquente, mais un risque, peu évitable à en croire les confidences de membres de la Cour d'arbitrage CCI: celui que l'examen, censé purement formel, du projet de sentence ne dégénère en remarques de fond, en interventions ou pressions envers l'arbitre, invité à modifier le contenu de sa décision sur un point ou un autre. C'est ainsi, pour prendre un exemple ancien, que le regretté Frédéric E. Klein, une autorité incontestée en droit international privé comme en arbitrage, se plaignait à nous d'avoir reçu un jour d'un des conseillers de la Cour CCI le conseil pressant de modifier son projet quant au choix du droit applicable à un contrat international! Cependant, et plus récemment, on est enclin à sympathiser avec ce membre de ladite Cour qui avouait être fortement tenté, vu le vif intérêt de tel ou tel dossier, d'intervenir sur le fond des questions tranchées par l'arbitre.

Plus sérieux sans doute est le grief de manque de transparence, qui a été formulé de divers côtés, et en particulier par G. Aksen²². Ses conclusions ne peuvent que susciter l'approbation. Sans revenir ici sur le caractère flou de la distinction entre acte 'administratif' et activité para ou semi-judiciaire, on doit constater que les décisions rendues, par exemple en matière de récusation ou de demande de transfert de siège, peuvent avoir une importance telle que les commodités de l'institution d'arbitrage ne sauraient prévaloir sur l'intérêt des destinataires, utilisateurs de l'arbitrage.

Ce tour d'horizon des dérives, actuelles ou menaçantes, pouvant affecter les institutions serait fort incomplet s'il n'évoquait pas, enfin, un trait frappant de l'évolution récente, fruit de la commercialisation de l'arbitrage international et qui consiste dans les extraordinaires développements de la publicité des réunions et manifestations, comme des publications concernant l'arbitrage international.

L'évolution récente a vu en effet une intensification considérable de ce qu'Oppetit appelait l' 'autopromotion publicitaire', une dérive qui affecte aussi bien, du reste, les institutions d'arbitrage que les conseils et même certains arbitres.

Assez curieusement, et sur ce point particulier leur ouvrage peut paraître dépassé dix ans après sa parution, MM. Dezalay et Garth écrivent²³: 'There is hardly any reason for advertising. The prominence and reputation of centers or arbitrators who are better established is such that they need no advertising'.

Tel ne semble pourtant plus le cas aujourd'hui, au moins pour les centres d'arbitrage, dont la publicité n'est pas limitée à des brochures et autres publications, périodiques ou non (dont des règlements, guides ou directives, souvent superflus), mais prend la forme de conférences ou de colloques. Ces manifestations sont si fréquentes aujourd'hui qu'il est peu de semaines où le praticien moyen n'est pas bombardé de prospectus, d'invitations (payantes) à participer à une réunion – destinée, à en croire le style à la mode, à lui fournir une 'occasion unique' d'obtenir des informations privilégiées et 'indispensables' données par des orateurs aussi 'prestigieux' que souvent

²² Op cit. p. 25 'The institutions, enclosing the ICC Court, tend to hide behind the finality of their administrative rulings and do not provide a basis for these decisions....' Et il conclut que 'All institutions, including ICC, would benefit from providing the reasons for their important administrative rulings...'

²³ Op. cit., supra note 3, p. 298 note 18.

inconnus. Là aussi, on ne saurait donner tort à Bruno Oppetit²⁴ lorsqu'il écrit: 'les manifestations et les congrès abondent mais, loin d'être des lieux de réflexion, ils ne constituent plus guère que des forums commerciaux où règne une âpre concurrence entre 'marchands de droit'.

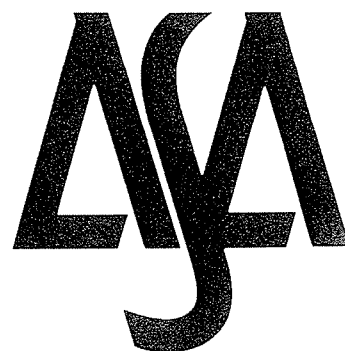
A ce sujet, qu'il nous soit permis de nous référer à une étude précédente (sur la 'Commercialisation' de l'arbitrage international), non pas pour le seul plaisir (professoral?) de se citer soi-même mais parce que, publiée dans un recueil de Mélanges en l'honneur d'un collègue – recueils baptisés parfois de cimetière des articles – elle n'est connue sans doute que d'un petit nombre de lecteurs et en outre et surtout parce que nous n'avons pas changé d'avis depuis. Nous y écrivions notamment '...il est aujourd'hui courant d'être convié (moyennant finances!) à de pseudo-séminaires par de pseudo-experts se posant en spécialistes pour partager telle récente et minime expérience juridique avec un auditoire plus ou moins médusé. L'événement a été décrit dans les prospectus dans un style ronflant à rendre jaloux les marchands d'aspirateurs à poussière ou de crème de beauté'. Après quoi, passant du sujet des 'mondanités arbitrales' – chères à certains, et si précieuses pour le tourisme hôtelier – à celui de la prolifération ou mieux l'avalanche des écrits sur l'arbitrage, dictée par 'un souci fort pardonnable, de publicité commerciale voire alimentaire', nous notions aussi la prédominance des écrits en langue anglaise, fondés sur la seule connaissance des publications récentes et en cette langue²⁵.

Il y aurait certes beaucoup à dire encore, sur l'appétit et les ambitions publicitaires qui semblent polluer certains milieux de la pratique arbitrale internationale, sur la 'bureaucratisation' de cette pratique, sur l'éthique professionnelle (ou son absence) de certains opérateurs, ou encore, globalement, sur la phénoménologie de l'arbitrage du commerce international, prise sous l'angle de ses difficultés à exprimer 'fondamentalement les valeurs de l'humanisme'. Mais il convient de mettre un terme à ce survol de quelques-unes des 'dérives arbitrales' constatées, ou redoutées à juste titre, par un nombre non-négligeable d'observateurs parmi lesquels, et au premier rang, la voix de Bruno Oppetit mérite toujours d'être entendue.

²⁴ Op. cit. pp. 9-11

²⁵ Voir aussi à ce propos, par exemple, l'ouvrage tiré de Dezalay et Garth, pour qui (p. 313): 'US style legal practice has emerged increasingly as the 'lingua franca' of international commerce'.

ASA Bulletin



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