

Boston University School of Law

Scholarly Commons at Boston University School of Law

Faculty Scholarship

2011

Les Devoirs de l'Arbitre: Ni Un Pour Tous, Ni Tous Pour Un

William Park

Follow this and additional works at: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship



Part of the [Dispute Resolution and Arbitration Commons](#), and the [International Law Commons](#)



**Les devoirs de l'arbitre:
Ni Un Pour Tous, Ni Tous Pour Un**

William W. Park*

I. Des « <i>guidelines</i> » afin de combler les lacunes	1
II. Ni tous pour un, ni un pour tous	2
III. Deux récentes décisions : Caribbean Niquel et Stolt-Nielsen	4
A. Caribbean Niquel.....	4
B. Stolt-Nielsen.....	7
IV. Le devoir de rendre une sentence inattaquable.....	9
A. L'Article 60 de l' <i>English Arbitration Act</i>	9
B. Droit applicable: Mitsubishi & Accentuate.....	11
V. Peut-on servir deux maîtres?	12

I. Des « *guidelines* » afin de combler les lacunes

Dans le roman d'Alexandre Dumas, *Les Trois Mousquetaires*, le jeune d'Artagnan espère devenir l'un des gardes du roi avec ses amis Athos, Porthos, et Aramis, et vivre selon la devise « Tous pour un, un pour tous ». De façon analogue, les trois devoirs principaux de l'arbitre -- une sentence juste, un procès équitable, et une économie de moyens -- s'attachent à une quatrième obligation, celle de prendre des dispositions afin que la sentence puisse, dans la mesure du possible, faire l'objet d'une ordonnance de reconnaissance. Mais comme nous le verrons, bien souvent ces devoirs opèrent dans un sens assez éloigné de la devise des mousquetaires de Dumas.

Le contexte du débat actuel se trouve dans un ensemble de principes souvent dénommés « *soft law* », touchant à la conduite de la procédure arbitrale et destinés à combler les lacunes laissées par les lois étatiques. Parmi ces « *guidelines* » figurent plusieurs codes de bonne

* Professor of Law, Boston University. President, London Court of International Arbitration. General Editor, Arbitration International.

conduite et divers principes concernant les conflits d'intérêt, et bien sûr les « *Techniques for Controlling Time and Cost* » de la Chambre de Commerce Internationale.¹

Que ces initiatives aient ou non une réelle utilité, elles soulignent malgré tout un désir, voire un besoin pour certains, de préciser les obligations de l'arbitre: une tâche face à laquelle même les esprits les plus fins sont susceptibles de sombrer sous les vagues d'une profonde réflexion. En fait, les tentatives visant à décrire tout devoir s'avèrent souvent infructueuses, vu que les généralités doivent être exprimées par des mots reliés de façon séquentielle, alors que la réalité demeure obstinément simultanée par nature.

II. Ni tous pour un, ni un pour tous

Nonobstant l'étendue de cette tâche quelque peu intimidante, que le Général de Gaulle aurait qualifiée de « vaste programme », on peut se permettre d'engager la discussion en suggérant trois principaux devoirs de l'arbitre.

Le premier est de rendre une sentence juste (« *a correct award* »), c'est-à-dire une sentence qui reste fidèle aux dispositions du contrat ainsi qu'au contexte du litige. En recherchant les attentes légitimes des parties, telles que partagées avant la naissance du litige, l'arbitre doit ainsi comprendre autant que possible les faits contestés et le droit applicable.

Le deuxième devoir est lié au procès équitable (« *procedural fairness* »), une notion qui comprend plusieurs éléments dont la garantie d'indépendance et d'impartialité dans l'exercice des fonctions de l'arbitre. Avant tout, c'est la responsabilité d'entendre les parties, sans parti

¹ Ces guidelines sont établies par des associations telles que *l'International Bar Association* (IBA), le *Chartered Institute of Arbitrators* (CIA), le *College of Commercial Arbitrators* (CCA), *l'American Arbitration Association* (AAA) et la Chambre de Commerce Internationale (CCI). On peut aussi citer des règles de procédures, notamment les « *Rules on Taking of Evidence* » de l'IBA les « *Protocols on Information Exchange* » de l'AAA.

pris, avant de décider. Cette obligation est souvent désignée par les termes « *due process* » ou « *natural justice* » en droit anglo-américain, ou « principe du contradictoire » dans les ordres juridiques d'inspiration française. Cependant, ce devoir implique également l'obligation de respecter la compétence arbitrale et d'éviter un excès de pouvoir, en tenant compte des contraintes imposées soit par le contrat (ou, le cas échéant, le traité bilatéral d'investissement), soit par l'ordre public.

Le troisième devoir s'inspire de la notion d'économie de moyens (« *efficiency* ») laquelle vise à promouvoir une bonne administration de la justice. Il s'agit ainsi de rechercher, dans la mesure du possible, un certain équilibre entre les deux premiers devoirs (sentence juste et procès équitable) afin d'éviter l'imposition de coûts et de délais excessifs.

En tant que telle, la violation du devoir de rendre une sentence juste, ou de rechercher une économie de moyens, ne déclenche pas forcément l'intervention de l'autorité de recours, qu'il s'agisse d'une juridiction étatique ou d'un comité *ad hoc* de type CIRDI. La possibilité qu'un arbitre commette une erreur, ou se montre peu efficace, demeure en général un risque assumé par les parties.

En revanche, la violation du procès équitable donne lieu à des sanctions, mais non sans une certaine ironie. En effet, la victime d'une faute commise par l'arbitre demeure la partie gagnante, laquelle pourra se voir imposer l'annulation de la sentence. L'arbitre fautif, quant à lui, souffrira tout au plus d'une perte de sa réputation.

Cette intervention éventuelle par l'autorité de recours nous amène à parler d'un quatrième devoir, celui de rendre une sentence qui sera, dans la mesure du possible, inattaquable. Il est bien évident que la partie gagnante espère que la décision de l'arbitre ne reste pas lettre morte.

Donc, il incombe à l'arbitre de se préoccuper des dispositions nécessaires afin que la sentence puisse faire l'objet d'une ordonnance d'exequatur ou de reconnaissance.

Bien que ces devoirs ne soient pas forcément incompatibles en théorie,² ils s'avèrent souvent en pratique être de véritables rivaux. Ainsi, les garanties du procès équitable, si elles sont trop compliquées ou trop lourdes, peuvent paralyser l'arbitrage. *A contrario*, une économie de moyens, poussée à l'extrême, peut se traduire par une violation du principe du contradictoire. Ainsi, une tentative de réduire les coûts et les délais peut avoir comme conséquence de limiter la possibilité pour les conseils de faire valoir leurs arguments.

III. Deux récentes décisions : Caribbean Niquel et Stolt-Nielsen

A. Caribbean Niquel

Cela nous amène à parler de deux décisions de justice, l'une rendue en France et l'autre aux Etats-Unis, qui soulignent la difficulté pour l'arbitre de concilier les différents devoirs qui lui incombent. En premier lieu, la Cour de cassation a rendu un arrêt dans l'affaire *Sté Commercial Caribbean Niquel v. Sté Overseas Mining Investments*.³ La Cour a sanctionné le fait pour les arbitres d'avoir fondé leur sentence sur un moyen de droit non soulevé par les parties.⁴

A la suite de la résiliation d'un accord concernant l'exploitation d'un gisement de nickel à Cuba, une partie avait fait une demande d'indemnité à titre de gain manqué (« lost profits »).

² Par exemple, la vigilance à l'égard du principe du contradictoire permet, de façon indirecte, d'accroître la justesse de la sentence, en encourageant des arbitres à entendre les arguments des parties avant de décider.

³ Arrêt No. 785, 29 juin 2011 (10-23.321), Première chambre civile. La Cour de cassation rejette le pourvoi à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, ch. 1, 25 Mars 2010, No. 08/23901: *La Semaine Juridique Ed. G.*, No. 23, 7 juin 2010, pp. 1202-03, obs. Seraglini.

⁴ Pour être précis, il faut souligner que le Code de Procédure Civile vise le « principe de la contradiction », terminologie reprise par la Cour de Cassation. Voir en général, MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse Paris II, 1988, p. 343.

Les arbitres siégeant à Paris ont préféré accorder à la partie demanderesse des dommages fondés sur la perte de chance de poursuivre le projet (« *lost chance* »). Il est facile d'imaginer la raison pour laquelle les arbitres ont préféré fonder leur sentence sur la « perte de chance » et non sur le « gain manqué ». Dans la mesure où l'exploitation de la mine n'avait pas encore commencé, la notion de « gain » avait peu de sens.

La Cour d'appel a annulé la sentence au motif que les arbitres avaient méconnu les principes du contradictoire et de l'ordre public visés dans le Code de Procédure Civile.⁵ Ainsi, la Cour a considéré inacceptable le fait pour les arbitres de s'être fondés sur la perte de chance en lieu et place du gain manqué, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur ce point.⁶ A tort ou à raison, la Cour a donc considéré que « cette substitution

⁵ A l'époque, ces dispositions se trouvaient aux alinéas 4 et 5 de l'article 1502. Aujourd'hui, elles se trouvent aux alinéas 4 et 5 de l'article 1520 en vertu du Décret no. 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. La Cour n'a pas pour autant remis en question la présomption selon laquelle les arbitres connaissent le droit, souvent exprimée sous l'adage *jura novit curia*. Pour une décision critiquant l'usage des rapports d'expert aux fins de déterminer l'application de la loi étrangère en vertu de la *Federal Rule of Civil Procedure* 44.1 en droit américain, voir l'avis du Juge Posner dans l'arrêt *Bodum USA, Inc. v. La Cafetière Inc.*, No. 09-1892, 2010 WL 3432220, at *6-14 (7th Cir. 2 Sept. 2010). Comparer WILLIAM W. PARK, *Arbitrators and Accuracy*, J. INT'L DISPUTE SETTLEMENT, Vol. 1, No. 1 (2010), p. 44.

⁶ D'autres décisions ont également sanctionné le non-respect par les arbitres du principe du contradictoire. Le 3 décembre 2009, dans l'affaire *Engel Austria c/ Don Trade*, la Cour d'appel de Paris a annulé une sentence au motif que le tribunal arbitral n'avait pas respecté le principe de la contradiction en fondant sa décision sur un moyen de droit qu'il avait relevé d'office « sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. » L'erreur du tribunal reposait moins sur le fait d'avoir fondé sa décision sur une règle de droit autrichien autorisant la résiliation du contrat pour imprévision (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), que sur le fait d'avoir omis de donner aux parties l'opportunité de présenter leurs observations sur ce point. Voir A. CARLEVARI, *L'arbitre international entre Charybde et Scylla: le principe de la contradiction et l'impartialité de l'arbitre*, CAHIERS DE L'ARBITRAGE, 2001-2, p. 433. Le 9 février 2009, dans l'affaire *José Urquijo Goita c/ Liedson da Silva Muñiz*, le Tribunal fédéral suisse a annulé une sentence du Tribunal Arbitral du Sport au motif que les arbitres avaient pris les parties par surprise en annulant une clause d'exclusivité d'un contrat d'agent en vertu de dispositions de droit suisse sans avoir au préalable soumis ce moyen de droit aux parties.

[qui remplace « gain manqué » par « perte de chance »] ne constitue pas une simple modalité d'évaluation du préjudice, mais modifie le fondement de l'indemnisation ».

Cet arrêt n'est pas sans poser certains problèmes. Imaginez que les arbitres aient rouvert les débats pour permettre aux conseils de soumettre leurs observations concernant la « perte de chance ». Tout le monde se serait plaint d'avoir à subir des délais supplémentaires.

De surcroît, le tribunal aurait pu être perçu comme manquant d'impartialité. En soulevant un nouveau fondement juridique, même avec les meilleures intentions, afin que les parties puissent y répondre, les arbitres auraient donné au défendeur une raison de dire : « Hé ! Vous les arbitres, vous vous conduisez comme les conseils du demandeur en lui indiquant clairement qu'il aurait de meilleures chances de succès s'il invoquait une autre qualification du dommage. »

Mais, il aurait été tout aussi problématique de rendre une sentence sans prendre en compte la « perte de chance ». Les arbitres auraient été confrontés au choix cornélien qui consiste soit à opter pour des dommages fondés sur la perte de gain, ce qui n'aurait pas conduit à une sentence juste, soit à refuser toute forme d'indemnisation, alors qu'une telle demande aurait normalement été considérée comme bien fondée. Chacune de ces options s'avère ainsi peu souhaitable. De même que les arbitres hésitent à fonder une sentence sur un moyen de droit non soulevé par les parties, ils devraient également hésiter à rejeter une demande uniquement sur la base d'une nuance juridique dont les conseils n'avaient pas forcément connaissance.

En effet, la notion de procès équitable comprend des obligations distinctes qui sont souvent en conflit. L'arbitre ne doit pas surprendre les parties. Mais comment tracer la frontière entre le raisonnement juridique, qui ne se présente que dans la sentence, et un fondement

juridique, à discuter avec les parties au préalable? Le fait pour les arbitres de suggérer une nouvelle théorie, peut-il les exposer au risque d'être perçus comme manquant d'impartialité?

Ce conflit entre les différentes composantes du procès équitable illustre bien la difficulté pour les arbitres de mettre en balance leurs devoirs. Chaque alternative présente donc un risque, rappelant l'expression américaine: « *Damned if you do and damned if you don't.* » Quoi que fasse l'arbitre, il aura toujours tort.

B. Stolt-Nielsen

Une deuxième illustration de ces tensions nous est fournie par l'arrêt *Stolt-Nielson c/ Animal Feeds*⁷ rendu en avril dernier par la Cour Suprême des Etats-Unis. Dans cette affaire maritime, des affréteurs de navires avaient intenté une action pour violation du droit de la concurrence (« *antitrust* ») visant une entente sur le prix par plusieurs sociétés propriétaires de navires, connus sous le nom de « *Parcel Tankers* ». Ces navires transportaient des liquides tels que des huiles ou produits chimiques.

La société AnimalFeeds agissait pour le compte d'autres affréteurs qui se trouvaient dans la même situation. Afin de réduire les coûts, le tribunal arbitral avait décidé que la clause compromissoire autorisait la consolidation de plusieurs instances arbitrales dans un seul et unique arbitrage, procédure en droit américain dite « *class action arbitration* ».⁸

La Cour Suprême a annulé la sentence pour excès de pouvoir, considérant que le tribunal arbitral avait dépassé les limites de sa compétence. La Cour se fonde plus particulièrement sur

⁷ *Stolt-Nielson S.A. c/ Animal Feeds Int'l Corp.*, 130 S. Ct. 1758 (2010), rendu le 27 avril 2010.

⁸ Selon le Règlement American Arbitration Association, cette décision devait être suivie d'une détermination, selon l'article 4, si les critères pour « certification of a class » (tels que « common issues of law and fact ») étaient remplis.

l'article 10(a)(4) du *Federal Arbitration Act*, lequel s'applique « *where the arbitrators exceeded their powers* ». Chaque propriétaire de navire avait un droit à ne *pas* être soumis à un arbitrage consolidé sans son accord. Aux yeux de la Cour, ce droit faisait partie de la notion de procès équitable, une notion qui l'emportait sur le pouvoir des arbitres de façonner une procédure plus économe.

La majorité de la Cour a fondé sa décision sur une circonstance particulière: une stipulation entre les parties confirmant que leur contrat ne contenait aucun accord (« *no agreement* ») sur la possibilité de consolider les arbitrages dans un « *class action arbitration* ». ⁹

Par contre, dans une opinion dissidente, trois membres de la Cour ont soutenu que les arbitres s'étaient limités à faire ce que les parties leur avaient demandé : c'est-à-dire, de déterminer si les parties avaient l'intention d'autoriser la consolidation. Le débat était donc clos, vu que la réponse à cette question avait été confiée aux arbitres en vertu de l'accord des parties pour que l'arbitrage se déroule selon les « *Supplementary Rules for Class Arbitrations* » de l'*American Arbitration Association*, qui prévoit

Upon appointment, the arbitrator shall determine as a threshold matter, in a reasoned, partial final award on the construction of the arbitration clause, whether the applicable arbitration clause permits the arbitration to proceed on behalf of or against a class (the "Clause Construction Award"). ¹⁰

⁹ La majorité de la Cour n'a toutefois pas imposé que l'accord entre les parties soit exprès mais a simplement noté l'absence totale d'accord dans ce cas, qu'il s'agisse d'un accord exprès ou tacite. V. *id.* at 1776 n.10; Selon la Cour, « *the parties stipulated that there was 'no agreement' on this question.* » L'arrêt de la majorité a été rédigé par Alito, soutenu par Scalia, Thomas, Roberts et Kennedy et l'opinion dissidente par Ginsburg, soutenue par Breyer et Stevens ; si Sotomayor n'a pas voté dans cette affaire, elle a toutefois manifesté son accord avec Ginsburg dans l'arrêt *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 130 S. Ct. 2772, 2781 (2010).

¹⁰ Voir l'opinion dissidente rédigée par Ginsburg, page 1777. Selon AAA Rule 3, « *The arbitrator shall stay all proceedings following the issuance of the Clause Construction Award for a period of at least 30 days to permit any party to move a court of competent jurisdiction to confirm or to vacate the Clause Construction Award.* » Ensuite, AAA l'article 4 donne les

Cet arrêt a profondément divisé la Cour Suprême en fonction des orientations politiques de ses membres. Les juges considérés comme conservateurs ont en général tendance à se méfier du procédé de « *class action* », perçu comme un outil « *anti-business* » utilisé par des avocats qui cherchent à s'enrichir en se faisant rémunérer en fonction d'un pourcentage du résultat obtenu. En revanche, les juges de gauche y voient un mécanisme pro-consommateur permettant à des plaideurs, dont le montant de la demande est faible, de se regrouper entre eux et d'engager des conseils plus réputés.

IV. Le devoir de rendre une sentence inattaquable

A. L'Article 60 de l'*English Arbitration Act*

Avant de conclure, revenons brièvement sur le quatrième mousquetaire du devoir, l'obligation de rendre une sentence inattaquable. De toutes les obligations de l'arbitre, c'est souvent celle qui demeure la plus problématique, car elle soulève des conflits non seulement avec d'autres obligations, mais également entre la loi du siège de l'arbitrage et celle du for de l'exécution.

Une illustration de ce dilemme nous est fournie par une disposition impérative de la loi anglaise qui rend nul tout accord préalable ayant pour objet d'allouer les frais de l'arbitrage quel que soit le résultat obtenu : c'est-à-dire, de les allouer « *in any event* ». ¹¹

critères pour « *certification of a class* », critères qui suivent Rule 23(a) *Federal Rules of Civil Procedure*.

¹¹ Selon l'article 60 de l'*Arbitration Act* de 1996, « *An agreement which has the effect that a party is to pay the whole or part of the costs of the arbitration in any event is only valid if made after the dispute in question has arisen* ».

Entre ainsi en scène, dans beaucoup d'arbitrages internationaux, une clause contractuelle prévoyant explicitement que les honoraires de l'arbitre seront divisés à part égale, et que chaque partie prendra en charge les honoraires de son propre avocat. Dans un tel cas, que peut faire l'arbitre qui siège en Angleterre? D'un côté, il souhaite respecter la loi du siège, où un tel accord de partager les frais 50/50 est nul. D'un autre côté, il veut rester fidèle à l'accord des parties, qui lui commande de ne pas tenir compte de l'issue du procès. L'arbitre, doit-il refuser de se plier à une règle de procédure du siège et donc entraîner l'annulation de la sentence? Ou bien doit-il rendre une sentence qui méconnaît une disposition explicite du contrat?

Dans ce contexte, l'obligation de rendre une sentence inattaquable devient une véritable épée à double tranchant. Un arbitre peut tomber de Charybde en Scylla, du fait d'obligations incompatibles qui lui sont imposées au siège de l'arbitrage, et au lieu de l'exécution de la sentence. Le juge anglais sera bien sûr satisfait si l'arbitre s'incline devant les dispositions de la loi anglaise en matière d'allocation des coûts, c'est-à-dire si l'arbitre refuse de suivre l'accord préalable visant à diviser les coûts « *in any event* ». Mais le non-respect des attentes des parties, exprimées clairement dans leur contrat, sera probablement perçu comme un excès de pouvoir par un juge siégeant à New York appelé à statuer sur l'exécution de la sentence, surtout si une telle clause est valable selon le droit new yorkais.¹²

En pratique, un arbitre avisé recherchera toujours les moyens d'éviter des conflits de ce genre. Dans une telle situation, on peut imaginer que l'arbitre préfère rester discret. Ainsi, il ne sera pas surprenant de voir dans une sentence que les arbitres déclarent avoir pesé le pour et le

¹² Les contrats entre les détenteurs américains de police d'assurance et les assureurs anglais prévoient fréquemment que tout litige sera tranché par la voie de l'arbitrage dont le siège sera à Londres et qui sera soumis au droit de New York. Ces arbitrages connus sous le nom de « Bermuda Form » sont discutés dans RICHARD JACOBS, LORELIE S. MASTERS & PAUL STANLEY, LIABILITY INSURANCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION (2004)..

contre avant de décider d'allouer les coûts sur une base de moitié-moitié, non pas en méprisant la disposition du droit anglais, ni en appliquant la clause du contrat, mais en raison de l'appréciation pondérée du tribunal arbitral qui a soigneusement évalué l'équilibre entre les divers éléments du litige.

B. Droit applicable: Mitsubishi & Accentuate

Des conflits semblables existent non seulement en matière de règles de procédure, mais également en ce qui concerne le droit applicable au fond du litige, à propos de normes impératives.

Cette tension fut signalée il y a 25 ans, dans l'affaire bien connue de *Mitsubishi*, où la Cour Suprême des Etats-Unis a imposé l'application du droit américain en matière de concurrence, dans un arbitrage au Japon où le contrat prévoyait l'application du droit suisse.¹³ Les arbitres qui décident de tels différends doivent donc se demander s'ils préfèrent satisfaire les exigences du for d'exécution aux Etats-Unis, en substituant le droit américain pour le droit suisse, ou s'ils préfèrent rester fidèles aux attentes des parties, en appliquant le droit prévu dans le contrat en vue de protéger la sentence contre une demande d'annulation au siège pour excès de pouvoir.

Ce même type de conflit s'est produit l'an dernier, dans l'affaire *Accentuate Ltd. c/ Asigra Inc.*¹⁴ En refusant la reconnaissance d'une sentence rendue au Canada, une cour en

¹³ *Mitsubishi Motors c/ Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985). La note de bas de page 19 propose d'appliquer la doctrine dite du « *prospective waiver* » laquelle invalide les clauses de droit applicable ayant pour effet la renonciation à certains recours prévus en droit américain. De plus, la doctrine dite du « *second look* » rappelle que les cours américaines pourront exercer leur pouvoir au moment de l'exécution de la sentence afin « d'assurer que l'intérêt légitime de l'application du droit de la concurrence [américain] a été soulevé ». *Id.* at 637-38

¹⁴ [2009] EWHC 2655 (QB).

Angleterre a soulevé l'application de la réglementation européenne relative aux agents commerciaux, nonobstant le fait que le contrat prévoyait explicitement l'application du droit de l'Ontario. La Cour refusa d'ordonner la reconnaissance de la sentence sans qu'une décision préalable soit prise par un juge britannique pour déterminer si cette réglementation européenne s'appliquait, malgré le choix des parties d'appliquer le droit canadien.

V. Peut-on servir deux maîtres?

Bien que les arbitres avisés cherchent à éviter des conflits entre les différentes obligations qui leur incombent, leurs chances de succès demeurent souvent incertaines, nous rappelant l'adage biblique que nul ne peut servir deux maîtres.¹⁵ Les obligations de rendre une sentence juste et inattaquable s'avèrent souvent en tension avec les devoirs de rechercher un procès équitable et une économie des moyens. Nonobstant les importantes questions doctrinales soulevées par ces conflits, il est préférable de s'en tenir là pour le moment, et de s'inspirer des contes de Rudyard Kipling qui laissait souvent le lecteur en haleine en lui suggérant « *a story for another day* ».

¹⁵ « Nul ne peut servir deux maîtres. Car ou il haïra l'un et aimera l'autre; ou il s'attachera à l'un et méprisera l'autre. Vous ne pouvez servir Dieu et la richesse.» Luc 16:13. Matthieu 6:24.