

Du courage dans l'arbitrage international

par

PIERRE LALIVE

Le thème de cet hommage à François Knoepfler peut surprendre et paraître insolite – du moins, avouons-le d'emblée, nous l'espérons. Il peut surprendre comme associant de façon arbitraire deux notions qui, dans l'esprit du plus grand nombre, n'ont aucun rapport. Cette impression serait confirmée par une constatation: dans la vaste et croissante «littérature» sur l'arbitrage, rarissimes, voire inexistantes, semblent être les études sur ce sujet.

C'est sans doute là, précisément, une raison de plus d'y réfléchir aujourd'hui, et de se demander par exemple si, et dans quelle mesure, les praticiens de l'arbitrage, et en premier lieu les Arbitres, ont l'occasion ou éprouvent le besoin d'avoir, sous une forme ou une autre, cette vertu universellement admirée¹ qu'est le courage, et la possibilité d'en faire preuve dans leur activité.

Avant d'entamer cette réflexion, il est indispensable d'esquisser ici quelque *working definition*, non pas bien entendu de l'arbitrage – que tout le monde connaît ou croit connaître – mais de la notion de «courage», une notion morale complexe, difficile à cerner en quelques mots.

Qu'est-ce donc que le courage, la *virtus* ou la *fortitudo* des Anciens? Selon les dictionnaires, il s'agit d'une vertu cardinale (sans laquelle les autres ne seraient rien: elle est, disait Saint-Thomas, condition de toute vertu), d'une fermeté de l'esprit qui fait que l'on affronte les périls avec intrépidité, et que l'on supporte les souffrances physiques ou morales. Cette vertu consiste, ou consisterait, non dans l'absence de peur mais dans la capacité de la surmonter. Elle implique l'idée de risque accepté ou encouru, et ceci sans motivation égoïste, donc une forme de désintéressement ou de détachement altruiste, de distanciation.

Bornons-nous ici à ces indications sommaires, en renonçant à les assortir de références aux ouvrages, classiques ou non, des nombreux philosophes qui ont tenté, à travers les âges, de définir le contenu et les limites du courage; ceci qu'il s'agisse de Platon, Aristote, Saint Thomas d'Aquin, Descartes, Kant ou, plus près de nous, Alain ou Jankélévitch. Et renvoyons ici le lecteur à une étude qui nous a

1 Cette universalité ne prouve pourtant rien; elle est aussi le fait des méchants et des imbéciles. Selon VOLTAIRE, le courage n'est pas une vertu, mais une qualité commune aux scélérats et aux grands hommes, v. A. COMTE-SPONVILLE, *op. cit. infra*, note 2, p. 67.

particulièrement éclairé, le remarquable *Petit Traité des Grandes Vertus* d'André Comte-Sponville² (au chapitre «Le Courage»).

Venons-en maintenant à l'arbitrage, et au rôle et au comportement du praticien, et surtout de l'arbitre.

Une première réflexion, ou un premier doute, va surgir à l'esprit du profane ou du praticien du commerce international, mais elle ne nous retiendra pas longtemps. En quoi, comment ou quand peut-on imaginer que l'activité arbitrale, bien à l'abri de bureaux d'avocats ou de salles d'audiences, puisse impliquer un courage physique quelconque?

Ne rions pas trop vite et souvenons-nous des circonstances, certes exceptionnelles, où des arbitres, pour respecter le choix du siège par les parties (ou le cas échéant par une institution) dans une ville donnée, n'ont pas craint de se rendre dans un pays en proie à la guerre civile ou soumis à une dictature plus ou moins sanglante, un pays tout à fait étranger, imperméable ou hostile à l'idée d'indépendance, judiciaire comme arbitrale. D'où, quelquefois, des demandes ou tentatives de transfert du siège arbitral – demandes qui ne laissent pas de soulever des difficultés juridiques et sur lesquelles les instances appelées à statuer (institutions d'arbitrage, arbitres, etc.) manifestent parfois davantage de pusillanimité que de ... courage³.

Dans des situations comparables, on connaît des cas de litiges impliquant un Etat, où un arbitre minoritaire a pu hésiter à rentrer dans son pays après une sentence arbitrale défavorable à ce dernier. D'où l'expédient bien connu de certaines opinions dissidentes.

Beaucoup plus intéressante est la question du courage de l'arbitre dans ses aspects moral et intellectuel. A leur propos, il conviendra à l'évidence de s'interroger, notamment, sur les devoirs de l'arbitre, sur son indépendance et son impartialité, sur son objectivité et sa neutralité (au sens le plus large de ces termes)⁴.

Une précision ou une distinction – inspirée elle aussi de l'ouvrage précité de Comte-Sponville – doit être mentionnée quant à l'idée de «courage intellectuel». Ce dernier relève de l'ordre de la pensée et de la raison; il évoque l'idée de lucidité, de courage du vrai. Il faut parfois, notent les auteurs, un effort, et du courage pour penser, par exemple à l'encontre des idées reçues, du conformisme ambiant ou des traditions.

A ce stade, Comte-Sponville observe de façon convaincante

«la science, si elle rassure souvent, n'a jamais donné de courage à personne. Pas de vertu qui résiste davantage à l'intellectualisme. Combien d'ignorants héroïques? Combien de savants lâches?»⁵

2 Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

3 V. P. LALIVE: «On the Transfer of Seat in International Arbitration», in *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York 2000.

4 Cf. à ce sujet P. LALIVE: «On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration», in *Recueil de Travaux Suisses sur l'Arbitrage international*, Zurich 1984, p. 23 ss.

5 *Op. cit.*, p. 77.

C'est que, et la distinction paraît essentielle, le courage n'est pas un savoir mais un acte, il relève non de l'opinion, mais de la décision.

Confronté aux arguments opposés de parties à l'arbitrage (et parfois, pour le président d'un tribunal arbitral, à ceux de ses coarbitres), l'arbitre doit, après avoir raisonné, décider, certes en toute indépendance et impartialité, donc nécessairement en faisant preuve, de façon plus ou moins marquée selon les circonstances et selon le contexte, de cette vertu qu'est le «courage».

Il faut revenir ici à l'une de nos indications liminaires, à l'idée de désintéressement, à la motivation non égoïste de l'acte courageux.

L'acte décisionnel de ce juge privé qu'est l'arbitre (indépendant) semble donc bien impliquer non seulement l'absence de peur de déplaire (p. ex. à la partie perdante) ou de désir de plaire (p. ex. dans le but d'être à nouveau choisi comme arbitre), mais la capacité et la volonté de surmonter, d'écarter cette peur de déplaire, d'accepter le risque de déplaire (et, par exemple, de ne plus être choisi) lorsque l'exigent le vrai et la réalisation du juste. L'analogie est frappante ici entre l'arbitre et le juge⁶.

Cette idée d'absence et de toute motivation égoïste (qu'il s'agisse d'intérêts matériels ou de souci d'accroître une réputation, etc.) paraît bien être au cœur de l'idée du courage (intellectuel et moral) de l'arbitre⁷.

En ce qui concerne d'autres praticiens que l'arbitre lui-même, comme le conseil⁸, l'expert ou, *last but not least*, le commentateur de décisions judiciaires ou arbitrales – dont les limites du présent article ne permettent pas d'analyser vraiment la situation –, il suffira de dire que, pour moins soumis qu'ils puissent être que l'arbitre au devoir d'indépendance, ils ont eux aussi l'occasion de faire preuve de courage intellectuel ou moral, en surmontant, avec désintéressement, le «risque de déplaire», au service de ce qu'ils estiment être le vrai ou le juste.

L'avocat ou conseil pourra, par exemple, être exposé au risque de déplaire à l'arbitre en s'opposant avec vigueur, dans la défense des intérêts qu'il représente, à telle décision de procédure défavorable, à la tendance de certains à l'autoritarisme, voire, au contraire, à la mollesse ou au laxisme d'un arbitre qui, manquant, lui, de courage, répugne à trancher ou à prendre parti, qui recule le moment de décider ou qui, souffrant de ce qu'on peut nommer le «syndrome de Salomon», croit satisfaire chacun en «coupant la poire en deux».

6 «Both arbitrators and judges should expect neither rewards nor reprisals from their decision», écrivions-nous naguère; cf. P. LALIVE, «Irresponsibility in International Commercial Arbitration», *Asia Pacific Law Review*, vol. 7, N° 2, 1999, p. 161, 167.

7 On rappellera en passant que courage et cœur ont la même étymologie, et que le courage est parfois défini comme «ensemble des sentiments du cœur».

8 A quoi l'on peut ajouter l'exemple des membres d'un Comité *ad hoc* du CIRDI appelés à se prononcer sur une demande d'annulation de la sentence rendue par des collègues ou amis arbitres.

Quant au commentateur ou critique de décisions, lui aussi, il peut, ou mieux devrait être appelé, par son devoir d'objectivité, à marquer son indépendance à l'égard de collègues ou confrères arbitres, tout comme il le ferait à l'égard de décisions judiciaires. Dans le «monde de l'arbitrage», communauté restreinte dont la plupart des membres se connaissent et sont exposés à se retrouver un peu comme les membres d'un même club⁹, on peut imaginer diverses situations dans lesquelles un commentateur se trouve partagé entre les exigences de la courtoisie ou de l'amitié, d'une part, et celle de l'objectivité (dont le courage de déplaire), d'autre part: mais *Amicus Plato, sed magis amica Veritas!*

On ne dira rien ici, enfin, de ces autres praticiens de l'arbitrage que peuvent être certains juristes d'entreprise dans les grandes sociétés, dont la situation (comme ont pu le constater bien des arbitres) est trop souvent dépendante pour qu'il soit équitable d'attendre d'eux de fréquentes manifestations de courage intellectuel ou moral; ceci face à leurs supérieurs – grands patrons souvent trop imbus d'eux-mêmes pour consulter à temps leur service juridique ou pour tenir compte de ses avis.

Concluons par une constatation plus personnelle: le thème de cette étude en l'honneur d'un collègue et ami particulièrement estimé pourrait lui apparaître comme paradoxal – à quoi nous serions tenté de lui répondre que, comme il l'a écrit lui-même, «le droit de l'arbitrage cultive le paradoxe»¹⁰. Le sujet du présent hommage pourrait paraître insolite pour une autre raison encore: tout simplement parce que notre ami François Knoepfler n'a jamais eu, que l'on sache – contrairement sans doute à quelques autres – besoin d'une quelconque «leçon de courage»!

9 A ce sujet, voir l'analyse sociologique de YVES DEZALAY et BRYAN G. GARTH: *Dealing in Virtue*, Chicago 1996, p. 10.

10 Phrase écrite il est vrai dans un autre contexte! V. F. KNOEPFLER et PH. SCHWEITZER, «Les Mesures provisoires et l'arbitrage», *Etudes Suisses*, citées *supra* note 4.

Mélanges en l'honneur de François Knoepfler
Edités par François Bonhet et Pierre Wessner

**DU COURAGE DANS L'ARBITRAGE
INTERNATIONAL**

Pierre Lalive

Collection Neuchâteloise
Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2005