

L'argent dans l'arbitrage

Sous la direction de Walid Ben Hamida et Thomas Clay

Retrouvez tous nos titres
Defrénois - Gazette du Palais
Gualino - Joly - LGDJ
Montchrestien
sur notre site
@ www.lextenso-editions.fr



© 2013, Lextenso Éditions
70, rue du Gouverneur Général Félix Eboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
ISBN 978-2-35971-111-0

Rapport de synthèse : l'argent de l'arbitrage

Emmanuel Gaillard

Agrégé des facultés de droit,
Professeur à l'École de droit de Sciences Po,
Associé responsable du département arbitrage international
du cabinet Shearman & Sterling LLP

Faire la synthèse d'un sujet sur « l'argent dans l'arbitrage », après des interventions aussi belles et aussi précises, est une chose impossible.

En droit, il existe deux sortes de sujets. Il y a les sujets techniques dans lesquels on étudie une question relativement limitée, on discute d'un sujet de manière approfondie. Il est très difficile d'en faire la synthèse car, généralement, on manque de temps pour en exposer les détails. Puis, il y a les sujets « brillants », les sujets de type « leçon d'agrégation », dans lesquels, avec un fil conducteur un peu artificiel, on parle de tout, essentiellement pour divertir ; mais il s'agit moins de vrais sujets que de prétextes pour parler de choses et d'autres. La synthèse de ceux-ci est plus difficile encore car elle requiert à la fois un grand talent rhétorique et un amour de l'art pour l'art.

La difficulté du présent sujet est qu'il est à la fois un sujet technique et un sujet brillant. C'est un sujet brillant parce qu'il fait parler de choses très diverses avec un fil conducteur qui n'est pas si artificiel que cela : nous avons abordé la fiscalité de l'arbitrage, pour laquelle nous avons pu apprécier la présentation de Martin Collet et sa discussion des *SMAC*¹, le financement des centres d'arbitrage par Michael Bühler², la question des intérêts avec la présentation de Jean-Pierre Grandjean³ qui nous a montré, une nouvelle fois, que les sujets les plus techniques – contrairement à ce que l'on dit souvent – sont ceux qui montrent le mieux l'échec de la méthode conflictuelle et l'intérêt du recours à la méthode des règles transnationales. Sur une question on ne peut plus précise, l'auteur a fait ressortir l'extrême difficulté que l'on éprouve à identifier une règle de conflit satisfaisante et l'imprévisibilité qui en résulte, alors que, sur la base d'une analyse de droit comparé et de la jurisprudence arbitrale, il n'est pas si difficile de dégager les

1. Voir l'intervention de M. COLLET sur « La fiscalité de l'arbitrage » et son analyse des arrêts du Conseil d'État du 19 avr. 2013, *SMAC c/ Ryanair Ltd.*, n° 352750 et n° 36220, publié au *Recueil Lebon*, et du 26 juin 2012, *Ministre du Budget c/ M.B...*, n° 345120, inédit, *supra*, p. 175.

2. Voir l'intervention de Michael BÜHLER sur « Le financement des centres d'arbitrage », *supra*, p. 51.

3. Voir l'intervention de Jean-Pierre GRANDJEAN sur « L'évaluation des accessoires », *supra*, p. 105.

règles qui paraissent les plus adaptées aux yeux des arbitres du commerce international. S'agissant d'un sujet qui me tient à cœur, je ne pouvais pas ne pas en faire la remarque. Il y a eu ensuite les questions fascinantes relatives à l'assurance, la subrogation et la protection juridique dont Louis Degos nous a livré les délices⁴. Puis, pour le cas où l'auditoire serait resté sur sa faim de questions difficiles, Pierre Duprey a soulevé celle de l'éventuelle action récursoire entre arbitres pour le préjudice moral qu'un arbitre ferait subir à l'autre par ses agissements inconsidérés ou irréguliers⁵. Quel sujet ! Nous sommes bien dans le brillant.

Mais le sujet est aussi un sujet technique, un vrai sujet. Si nous nous plaisons à dire que la justice arbitrale est une forme de justice comme les autres, l'un des modes normaux, sinon le mode normal, de règlement des différends du commerce international, c'est en tout cas un mode rémunéré. Nous sommes ici en présence d'une spécificité de l'arbitrage par rapport à la justice étatique. Nous sommes même au cœur de ce qui caractérise l'arbitrage, justice privée, et donc justice payante.

Le sujet est donc fondamental, et ce, à deux titres. Il est fondamental parce qu'il nous renvoie, de la manière la plus crue, à la question de l'image de l'arbitrage, et, on peut le dire, de la schizophrénie française vis-à-vis de l'arbitrage. Nous aimons rappeler que nous avons, dans le monde, sans doute avec la Suisse, l'un des droits les plus favorables à l'arbitrage. Cette situation date du décret de 1981, le décret de 2011 n'ayant opéré qu'un toilettage de la matière⁶. Pourtant, nous avons également l'un des publics les plus ignorants – et pour tout dire, hostile – en matière d'arbitrage. Ce n'est pas un phénomène récent. En 1992, *Le Monde* titrait « *Les secrets dorés de l'arbitrage* »⁷ ; le 1^{er} juin 1999, le même journal déclarait qu'il s'agit d'une « *justice privée, sur mesure, mais fort onéreuse* »⁸. En 2003, *L'Expansion*, parlant des arbitres, écrivait que « *ce sont des universitaires, des avocats et patrons. Ils forment la discrète coterie des juges privés, payés à prix d'or* »⁹. *Le Point* n'est pas en reste puisqu'il évoque une « *justice 5 étoiles* » ; on peut s'étonner qu'il ne dise pas « *5 étoiles-luxe* ». Comme beaucoup d'autres, le journal relève avec complaisance le coût élevé de cette forme de justice. Les honoraires des arbitres « *a fortiori s'il s'agit de sommités, sont relativement élevés (...). La note finale peut atteindre des montants stratosphériques* »¹⁰.

Au palmarès des citations peu flatteuses sur l'arbitrage, il est vrai que la presse française ne tient pas la palme. Celle-ci revient incontestablement à un magnifique pamphlet qui restera dans les annales, au moins par son outrance, comme

4. Voir l'intervention de Louis DEGOS sur « Assurance, subrogation, protection juridique », *supra*, p. 165.

5. V. *supra*, p. 186.

6. Sur l'ensemble de la question, v. les actes du colloque du 28 févr. 2011, in Th. CLAY (dir.) *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011 ; E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, chron. 175 ; E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, « Commentaire analytique du décret du 13 janv. 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *The Paris Journal of International Arbitration* 2011/2, p. 263.

7. « Les secrets dorés de l'arbitrage », *Le Monde*, 16 juin 1992.

8. « Les entreprises préfèrent l'arbitrage au tribunal », *Le Monde*, 1^{er} juin 1999.

9. « Les arbitres chics des conflits privés », *L'Expansion*, 1^{er} mars 2003.

10. « Justice : ce que vous devez savoir sur la procédure d'arbitrage », *Le Point*, 9 avr. 2013.

c'est la loi du genre. Le titre à lui seul est un manifeste : "*Profiting From Injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*"¹¹. Ce texte, publié en novembre 2012 par une organisation non gouvernementale constitue une charge contre l'arbitrage d'une surprenante violence. Pour ne prendre qu'un exemple, parmi les plus modérés, la deuxième « constatation » affirme que « *the boom in arbitration has created bonanza profits for investment lawyers paid for by tax payers* »¹². On l'aura compris, le thème tout entier de la publication réside dans l'affirmation que ceux qui défendent le principe du recours à l'arbitrage pour résoudre les litiges opposants investisseurs étrangers et États dans le contexte du droit de la promotion et de la protection des investissements internationaux le font dans leur intérêt exclusif d'arbitre ou d'avocat, à seule fin de bénéficier de la manne des contentieux susceptibles d'en résulter. Comme toujours dans ce type de rhétorique, le simple fait de s'en défendre est aussitôt analysé comme une preuve supplémentaire de l'esprit de lucre. L'intérêt de l'État d'accueil de créer un climat favorable aux investissements est nié, à l'idée que certains États, comme le Brésil, peuvent s'en passer. L'intérêt du progrès de l'état de droit, qui passe par l'accès à un juge neutre dans les rapports entre un État et un investisseur étranger, alors que les juridictions de l'État en cause ne sont que l'organe de l'une des parties au différend, est ravalé au rang de prétexte. Le rapport s'attache à monter, sous une forme graphique habilement présentée¹³, qu'un petit nombre d'arbitres, habitués à siéger ensemble, dominent la matière. Toutes les positions que ces arbitres sont susceptibles de prendre sur les questions du droit de l'arbitrage ou du fonctionnement du système sont suspectées de ne l'être que dans un intérêt personnel, celui de « profiter de l'injustice ». S'il peut paraître offensant pour ces arbitres de se voir prêter de telles motivations, il n'est pas non plus interdit de penser que certains des grands arbitres qui n'ont pas été ainsi exposés au rang des grands prédateurs supposés du commerce international ont pu en éprouver un secret regret, tant le narcissisme arbitral a progressé à la faveur de la transparence de l'arbitrage investissement.

Quelle que soit leur outrance, les critiques de cette nature existent et trouvent leur public. Le sujet du caractère payant de l'arbitrage mérite donc d'être abordé de front, comme du reste celui de sa confidentialité, le grand public ne connaissant guère l'arbitrage que comme une justice dorée et secrète. C'est la raison pour laquelle on peut se féliciter que le décret de 2011 ait choisi, au moins en matière internationale, de ne poser aucune présomption de confidentialité. Celle-ci était en effet devenue inopportune en matière d'arbitrage investissement. En matière commerciale, les parties, et subsidiairement les arbitres, peuvent traiter ces questions en fonction des nécessités de chaque affaire¹⁴. Vous vous souviendrez que cette remarque fait écho à un débat animé que nous avons eu ici même

11. P. EBERHARDT et C. OLIVET, « Profiting from Injustice – How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom », rapport publié par le *Corporate Europe Observatory* et le *Transnational Institute*, nov. 2012, Nouvelles Imprimeries Havaux.

12. Rapport préc., p. 7.

13. Rapport préc., p. 42.

14. Sur la question, v. E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, art. préc., p. 320.

voilà près de deux ans¹⁵. Dans le contexte des critiques, souvent injustes, adressées à l'arbitrage, je reste convaincu qu'il est sain de rappeler que l'institution ne peut être réduite à une « justice secrète » qui se déroule dans des hôtels « 5 étoiles-luxe ».

Au-delà de la question de l'image de l'arbitrage, le sujet est fondamental dans sa dimension technique dont ce colloque a examiné toutes les facettes. En limitant mes remarques à la question de l'argent de l'arbitrage, j'aborderai successivement les questions que soulèvent l'argent des parties (Section I) et l'argent des arbitres (Section II).

Section I

L'ARGENT DES PARTIES

L'argent des parties soulève deux types de questions : celles qui résultent de l'absence d'argent (§ 1) et celles qui résultent de l'excès d'argent (§ 2).

§ 1 - L'ABSENCE D'ARGENT

L'absence d'argent pose la question de l'accès à la justice arbitrale pour la partie impécunieuse. Dans la jurisprudence de plusieurs pays, on observe une tendance à accepter que la partie impécunieuse puisse, en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage, accéder à la justice de droit commun, celle qui est gratuite.

La justice américaine l'a jugé à plusieurs reprises, notamment par un arrêt *Randolph* de 2000 rendu par la Cour suprême des États-Unis¹⁶ : si l'arbitrage convenu entre les parties apparaît comme « *prohibitively expensive* », la partie impécunieuse peut y échapper et porter le différend devant les juridictions de droit commun. La Cour suprême précise que c'est la partie qui souhaite éviter le jeu de la convention d'arbitrage qui supporte la charge de la preuve du caractère prohibitif du coût de l'arbitrage. La Cour s'efforce ainsi de poser quelques limites, mais on sent bien la réticence à imposer un arbitrage à une partie impécunieuse. La Cour fédérale allemande s'est prononcée dans le même sens¹⁷. Maximin de Fontmichel a fait une excellente présentation, non seulement de cette jurisprudence, mais également des solutions de financement qui ont été développées

15. E. GAILLARD, « Les principes fondamentaux du nouveau droit français de l'arbitrage », in Th. CLAY (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011, p. 57 et les débats p. 71.

16. Cour suprême des États-Unis, 11 déc. 2000, *Green Tree Financial Corp. – Alabama et al. c/ Randolph*, 531 US 79 (2000).

17. Cour fédérale de justice allemande, 14 sept. 2000, BGH III ZR 33/00 ; E. GAILLARD, « Impecuniosity of Parties and Its Effects on Arbitration: A French View », in *Financial Capacities of the Parties – A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?*, German Institution of Arbitration, 2002, p. 67.

dans certains pays¹⁸. On constate, notamment aux États-Unis, que les organismes professionnels qui ont systématiquement recours à l'arbitrage préfèrent financer les demandes des plaideurs impécunieux devant des arbitres plutôt que de permettre un recours épisodique à la justice étatique dans ces matières.

On peut ajouter à ce mouvement une décision du tribunal de commerce de Paris du 17 mai 2011, passée inaperçue jusqu'à présent. Celle-ci admet de manière totalement nouvelle, et dans le contexte d'une affaire internationale, qu'un plaideur impécunieux peut échapper, pour cette seule raison, à une clause compromissoire librement convenue. Après avoir constaté qu'il « *n'est pas non plus contesté que la saisine du tribunal arbitral danois se heurte à l'obligation qui est faite au requérant de consigner des frais divers (provision, frais de dossier, d'enregistrement) afin que l'affaire soit enrôlée* », le tribunal en déduit que « *l'impossibilité matérielle pour Mil-Tek France de se pourvoir devant une juridiction en raison d'une clause contractuelle, constitue une restriction de l'accès au juge qui doit conduire le tribunal à déclarer cette obligation nulle et de nul effet* »¹⁹. Le tribunal de commerce de Paris retrouve ici l'intuition de la jurisprudence américaine et de la Cour suprême allemande. Nul doute que, si elle n'était pas passée inaperçue, cette décision aurait suscité les mêmes controverses²⁰. La cour d'appel n'a pas eu à se prononcer sur la question puisqu'elle a rejeté l'appel pour des motifs techniques tendant à la nature du recours²¹. Elle n'a donc pas abordé la question et l'on ne peut pas dire qu'il existe en France une véritable jurisprudence en la matière. La question n'en est pas moins posée.

La situation d'impécuniosité d'une partie pose également la question du financement de l'arbitrage par des tiers, même si ce sujet va bien au-delà de la question de la partie impécunieuse. Hamid Gharavi nous a présenté de la meilleure manière tous les risques – le bon grain et l'ivraie, les bonnes pratiques et les mauvaises – de cette activité nouvelle. Le financement par un tiers peut effectivement être une aide utile à l'accès à la justice arbitrale. Il y a aussi des mauvaises pratiques, celles qui dépossèdent ou instrumentalisent les parties. La pratique suppose en tout cas le règlement de toute une série de questions dont celle de l'information du tribunal arbitral – à laquelle je suis favorable – ainsi que de toutes les autres questions abordées par Éric Loquin dans son intervention²². Si l'opération s'analyse en une société en participation, qui est la véritable partie à l'arbitrage ? La question se pose lorsqu'il est nécessaire d'apprécier la nationalité de la partie, notamment en droit des investissements.

18. M. DE FONTMICHÉL, « Le financement par une partie insolvable », *supra*, p. 37.

19. Tribunal de commerce de Paris, jugement du 17 mai 2011, RG n° 2011003447.

20. E. GAILLARD, « Impecuniosity of Parties and Its Effects on Arbitration: A French View », in *Financial Capacities of the Parties – A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?*, German Institution of Arbitration, 2002, p. 67, spéc. p. 82 : « [T]heir effects are disastrous in that they entirely ignore the reasons why parties in international business agree to have their disputes settled by way of arbitration in the first place. It should be remembered that an abandonment of the arbitral competence, while significant in any event, is even significantly more harmful in international situations, given that international arbitral awards are often far easier to enforce than court decisions. Particularly in the context of a notion as "soft" as the one of "impecuniosity", national courts should not offer parties a way to escape the arbitration agreement they entered into ».

21. Paris, 7 nov. 2012, RG n° 12/02305.

22. Voir l'intervention d'Éric LOQUIN sur « Le financement », *supra*, p. 31.

Une autre question susceptible de devenir douloureuse pour les sociétés de financement est celle de savoir contre qui la partie victorieuse peut se retourner pour recouvrer la charge de ses propres frais lorsque la partie financée par un tiers a perdu et a été condamnée au paiement des frais de l'arbitrage. C'est une question délicate qui s'est déjà posée lorsque le procès financé par un tiers se déroule devant les juridictions étatiques et qui se posera de plus en plus fréquemment à l'issue d'un arbitrage financé par un tiers.

§ 2 - L'EXCÈS D'ARGENT

Tout comme l'insuffisance d'argent, l'excès d'argent peut être pernicieux. Un excès d'argent est susceptible de poser des difficultés lorsqu'il se rencontre dans la sentence ou dans la procédure.

L'excès d'argent dans la sentence vise la situation dans laquelle l'arbitre, faute d'avoir procédé à une appréciation saine de la réalité économique, prononce une condamnation pour un montant excessif par rapport au préjudice réellement subi. C'est la question du préjudice comportant un « bonus arbitral ». À ce sujet, Philippe Pinsolle²³ a excellemment démontré qu'une formation économique était, pour les arbitres, nécessaire ou tout le moins souhaitable. Des enjeux considérables sont soumis à l'appréciation des arbitres et ceux-ci s'en remettent de moins en moins souvent à un expert désigné par le tribunal mais départagent eux-mêmes des experts « de parties » qui présentent fréquemment des rapports très opposés. Les arbitres se sont ainsi progressivement initiés au maniement des *DCF*²⁴, *WACC*²⁵, tableaux excel, « *source codes* » et autres outils de l'appréciation du dommage.

Le droit français est souvent perçu comme insuffisamment développé à ce sujet alors que les droits anglo-américains sont hypertrophiés. Comme souvent, le droit de l'arbitrage, ou plutôt la pratique arbitrale, s'est progressivement rapproché de la tradition de *Common Law*. C'est ainsi que les arbitres ont commencé à faire application de la méthode du *DCF* ou *Discounted Cash Flow* comme méthode d'évaluation d'une entreprise. Si le recours à cette méthode, qui consiste à estimer les profits futurs susceptibles d'être engendrés par l'entreprise que l'on cherche à évaluer, et à les ramener à leur valeur actuelle, est parfaitement légitime dans un certain nombre de situations, les arbitres doivent se garder de se laisser emporter par leur enthousiasme pour une technique que mettent en avant tous les experts présentés par les demandeurs. Le *DCF* n'est en effet légitime que si l'entreprise est bien établie et a fait preuve d'un historique de profits suffisamment stable pour que l'on puisse supposer que les profits futurs seront bien présents et pour que leur montant ne soit pas trop hypothétique pour être indemnisable. Lorsque l'entreprise n'a pas ce caractère établi, le *DCF* n'a aucun sens. De

23. Voir l'intervention de Philippe PINSOLLE sur « L'évaluation du dommage », *infra*, p. 91.

24. *Discounted Cash-Flow*.

25. *Weighted Average Cost of Capital*.

même, lorsque les aléas de la conjoncture sont trop grands pour que les profits soient assurés, la méthode n'est pas légitime. En l'absence du fait jugé condamnable par le tribunal, la victime aurait pu se trouver dans une situation dans laquelle elle perdait de l'argent. La méthode qui postule qu'elle en aurait nécessairement gagné dans les années à venir est susceptible de se trouver à l'origine d'un « bonus arbitral ». Une autre difficulté tient au caractère éminemment sensible du modèle à la modulation du paramètre des taux d'intérêt²⁶, comme de celui de l'évolution des cours des marchandises ou des produits concernés.

Une autre pratique un peu simpliste susceptible de créer un effet de « bonus arbitral » est celle qui, dans le droit des investissements, consiste à appliquer une règle de proportionnalité pure et simple par rapport à la valeur de l'entreprise lorsqu'il s'agit d'indemniser l'actionnaire d'une société, spécialement lorsqu'il s'agit d'un actionnaire minoritaire. La question est née de la jurisprudence admettant que l'actionnaire, direct ou indirect, d'une société de droit local maltraitée par l'État d'accueil était susceptible de se prévaloir de la violation d'un droit propre lorsqu'il peut lui-même se prévaloir d'un instrument de protection des investissements. Ainsi par exemple, l'actionnaire français d'une société argentine peut se prévaloir du traité franco-argentin de protection des investissements lorsque la société argentine dans laquelle il détient une participation est expropriée, discriminée, ou fait l'objet d'un traitement non juste ou inéquitable. L'analyse consiste à admettre que l'agissement litigieux cause indirectement un préjudice à l'actionnaire et que celui-ci peut faire valoir un droit propre à le voir réparer. Dans une matière dans laquelle on insiste volontiers sur les divergences de jurisprudence, la pratique jurisprudentielle arbitrale est ici d'une constance à faire pâlir d'envie les systèmes juridiques les plus centralisés. L'existence de cette jurisprudence soulève, lorsque la responsabilité internationale de l'État est retenue, la question du quantum de l'indemnisation de l'actionnaire. Pour répondre à cette question, les arbitres appliquent généralement, sans guère motiver leur décision à ce sujet, une règle de proportionnalité pure et simple. La société de droit local a subi un préjudice de 100 (souvent apprécié en fonction des *cash flows* escomptés de cette société²⁷) ; on en déduit que l'actionnaire détenant 70 % des titres de cette société a subi un préjudice de 70 ; pour l'actionnaire majoritaire, susceptible de faire remonter assez facilement des dividendes, le raisonnement n'est pas critiquable, sous réserve que la société de droit local ne soit pas lourdement endettée. Lorsqu'un actionnaire possède une minorité de blocage, ou contrôle la société avec moins de la majorité des titres compte tenu de la dilution des autres actionnaires, le raisonnement se tient toujours. Lorsqu'on se trouve en présence de la réclamation d'un actionnaire très minoritaire, la démarche est plus douteuse. Rien ne permet de postuler, sans autre forme de démonstration, qu'un actionnaire à 2 % d'une société de droit local ayant subi une perte de 100 imputable à l'État d'accueil subit mécaniquement une perte de 2. Si la société recevait 100, des dividendes seraient ou non distribués et il suffit de songer au

26. Sur cet aspect de la technique, v. les obs. de Ph. PINSOLLE, *supra*, p. 91.

27. V. *supra*, p. 91.

cas du minoritaire prisonnier de ses titres au sein d'une société non cotée pour comprendre que la règle de proportionnalité est simpliste. Pour une société cotée, le droit du minoritaire dépend de la politique de distribution des dividendes et donc de la valeur du titre sur laquelle le fait que la société reçoive 100 n'a pas nécessairement d'impact. Une application mécanique de l'idée selon laquelle l'actionnaire minoritaire est dans l'exacte situation de la société de droit local au prorata de sa participation est une absurdité économique susceptible d'illustrer la situation d'excès d'argent résultant de la sentence. Il est permis d'espérer que la jurisprudence, actuellement monolithique à ce sujet, évolue avec le raffinement de l'analyse économique des arbitres²⁸.

Certains ajouteront à la liste des situations l'excès d'argent résultant de la sentence d'indemnisation du préjudice moral pour un montant autre que symbolique. Plutôt que de citer une affaire récente qui monopolise l'attention des médias²⁹, on rappellera qu'une sentence CIRDI remarquée a admis la réparation du préjudice moral d'une personne morale³⁰, ce qui soulève d'autres difficultés³¹. Dans l'un et l'autre cas, les circonstances de la cause étaient très exceptionnelles et justifiaient la décision. En revanche, les plaideurs qui comptent obtenir des montants importants à titre de préjudice moral devant des arbitres dans des situations plus banales risquent d'en être pour leur frais.

L'excès d'argent se rencontre également dans la procédure. Si l'on ne veut pas que les parties se détournent de ce mode de règlement des différends, il est essentiel d'en maîtriser les coûts. À ce sujet, Peter Herbel a très justement montré que c'est aux entreprises qu'il appartient de contrôler les coûts d'un arbitrage, en commençant par les honoraires des propres conseils de l'entreprise en question.

On observera cependant que les entreprises ont souvent un comportement ambigu à l'égard de la question des coûts de l'arbitrage. Ces coûts sont en effet fonction d'un certain nombre de choix procéduraux opérés par les parties. Au-delà des honoraires de leurs propres conseils, les entreprises ne pourront véritablement contrôler les coûts que s'ils acceptent de recourir à un arbitre unique dans un plus grand nombre de cas, s'ils excluent ou limitent, dans la convention d'arbitrage, la phase de production de documents (*discovery*) qui constitue aujourd'hui un facteur majeur de l'alourdissement des frais de l'arbitrage, et s'ils gèrent l'arbitrage de manière plus stratégique, par exemple en évitant de solliciter

28. Pour une suggestion en ce sens, avancée de longue date, v. par ex. nos obs. sous la sentence *AMT c/ Zaïre*, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI* 1998, p. 241 et *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2004, p. 426 ; v. également sous la sentence *CMS c/ Argentine*, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI* 2004, p. 213 et *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2004, p. 793.

29. V. la sentence du 7 juill. 2008, *CDR Créances et Consortium de réalisation c/ Société Selafa MJA, M. Didier Courtoux et époux Tapie*, non publiée.

30. Sentence CIRDI n° ARB/05/17 du 6 févr. 2008, *Desert Line Projects LLC c/ La République du Yémen* ; E. GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales » *JDI* 2009, p. 333.

31. Chron. préc. p. 353.

systématiquement un mémoire après audience (*post-hearing brief*) qui, souvent, ne fait que répéter les écritures précédentes.

Il faut également reconnaître que les coûts excessifs de certains arbitrages ne proviennent pas seulement des choix opérés par la partie soucieuse de contrôler ces coûts. Ils sont directement fonction de la stratégie de l'adversaire. Les déviations de l'arbitrage que l'on constate parfois proviennent le plus souvent de stratégies procédurales agressives parfaitement assumées. Au lieu de faire une simple demande reconventionnelle, une partie peut préférer commencer un nouvel arbitrage. Au lieu de former une demande complémentaire devant le même tribunal, quitte à demander l'accord de la partie adverse ou du premier tribunal, une partie préfère parfois former un deuxième, voire un troisième arbitrage sur le fondement du même contrat. Ces comportements ne relèvent pas de la mauvaise gestion. Leur intérêt est purement tactique : il s'agit de permettre la constitution d'un nouveau tribunal que l'on est susceptible de préférer au précédent, voire tout simplement de tenter d'épuiser l'adversaire. Il peut s'agir encore d'une stratégie consistant à différer la clarification des droits de la partie adverse pour s'en prévaloir aux yeux des tiers. Les coûts engendrés par ces stratégies procédurales de guerre totale sont beaucoup plus difficiles à contrôler que ceux résultant des honoraires de ses propres conseils. Ces conseils adverses peuvent être très onéreux, compte tenu de leur propre stratégie procédurale, et la partie qui succombe peut avoir à en supporter la charge³². Comment dans ces conditions, contrôler les coûts de l'arbitrage autrement qu'en faisant appel à la sagesse des arbitres ?

Les cas d'excès d'argent dans lesquels celui-ci est dépensé à la seule fin de placer l'adversaire dans une situation délicate se rencontrent également en matière d'arbitrage d'investissement. La situation aujourd'hui la plus courante est celle dans laquelle l'État d'accueil est attaqué pour les mêmes faits dans plusieurs procédures arbitrales par plusieurs parties ayant des intérêts liés. Comme on l'a rappelé, la jurisprudence admet qu'un actionnaire, même indirect, d'une société de droit local supposée maltraitée par un État puisse agir directement à l'encontre de cet État sur le fondement du traité correspondant à sa nationalité. Sous réserve des remarques précédentes concernant l'évaluation du préjudice subi par l'actionnaire³³, cette jurisprudence n'a rien de critiquable. L'abus commence lorsque diverses sociétés appartenant à la même chaîne de contrôle, à différents étages de l'actionnariat, introduisent en parallèle des arbitrages distincts pour se plaindre des mêmes faits et parviennent ainsi à mettre en place différents tribunaux arbitraux auxquels il est demandé de réparer un préjudice en tout ou partie identique. Si l'actionnaire d'une société de droit local victime d'un traitement injuste est indemnisé, son propre actionnaire n'a plus aucun préjudice. Le fait qu'en l'absence d'une action de sa filiale, la société grand-mère de la société de droit local ait pu bénéficier, en fonction de sa nationalité, de la protection d'un autre traité ne suffit pas à rendre légitime l'empilement des actions tendant aux mêmes fins. Il ne suffit pas, pour régler une telle difficulté, de s'assurer que le

32. V. *supra*, W. BEN HAMIDA, L'évaluation des frais de l'arbitrage, p. 115.

33. V. *supra*, p. 91.

quantum d'une éventuelle condamnation ne fasse pas double emploi. L'injustice de la situation réside aussi dans le fait que si la société-mère échoue dans son action, la société grand-mère pourra encore poursuivre la sienne. La principale iniquité de cette attitude procédurale tient dans le fait qu'en jouant sur différents maillons d'une même chaîne, l'investisseur qui contrôle l'ensemble cherche à mettre en place plusieurs tribunaux arbitraux dont il espère que l'un sera plus favorable à sa cause, quitte à abandonner ou à soutenir mollement ses prétentions devant celui ou ceux qui lui conviennent le moins. Il ne saurait y avoir de plus bel exemple de *forum shopping*, la recherche du juge le plus favorable étant ici celle de l'arbitre le plus sensible à ses vues. La constitution de tribunaux multiples sur le fondement de traités protégeant des personnes appartenant à une même chaîne de société est très caractéristique de cette démarche.

Les tribunaux arbitraux ne pourront, sous peine de mettre en péril l'entier système, éviter de rechercher des solutions destinées à empêcher qu'une partie s'octroie plusieurs chances dans la composition du tribunal arbitral et plusieurs chances de voir réparer un même préjudice, le succès dans une seule action suffisant à atteindre l'objectif, alors que son adversaire étatique doit, pour l'emporter, sortir victorieux de l'intégralité des actions formées contre lui³⁴.

Section II

L'ARGENT DES ARBITRES

L'argent des arbitres soulève toute une série de questions très délicates qu'il y a lieu d'aborder de manière directe, sans fausse pudeur. La matière se caractérise par la professionnalisation du métier d'arbitre (§ 1) et par la persistance du contentieux de la rémunération des arbitres (§ 2).

§ 1 - LA PROFESSIONNALISATION DU MÉTIER D'ARBITRE

Le phénomène de la professionnalisation du métier d'arbitre est récent. Un auteur aussi avisé que Thomas Clay pouvait conclure un colloque sur les arbitres internationaux, il y a seulement huit ans, par ces propos : « *L'arbitrage n'est en effet pas un métier ; c'est une mission, une fonction temporaire, mais pas une profession. Tous ceux qui sont arbitres ont en principe un autre métier, une occupation principale qui leur garantit une rémunération régulière et leur fournit un statut social. L'arbitrage est leur activité annexe. Certes il est des cas où les missions d'arbitrage se sont tellement développées qu'elles ont pris le pas sur le métier principal, mais cela reste rarissime. En principe, on pratique l'arbitrage en plus de quelque chose, par intermittence* »³⁵. Les arbitres étaient ainsi présentés comme des « *intermittents de la justice* ». Cette remarque est de moins en moins vraie. Il existe

34. La multiplicité des procédures introduites par des parties susceptibles d'avoir des intérêts liés fera l'objet d'un colloque organisé à Paris par l'IAI, le MIDS et la CNUDCI le 22 nov. 2013.

35. T. CLAY, « Qui sont les arbitres internationaux ? Approche sociologique », in *Les arbitres internationaux – Colloque du 4 févr. 2005*, Société de législation comparée, 2005, p. 13, spéc. p. 31-32.

aujourd'hui un métier d'arbitre avec ses pratiques, ses codes d'éthique et ses classements³⁶.

Selon certains, la dissociation des rôles d'arbitre et de conseil, qui conduit à la professionnalisation du rôle d'arbitre, serait nécessaire à un bon fonctionnement du système, au moins dans le droit des investissements. Le postulat, relayé par les milieux hostiles à l'arbitrage, ceux-là même qui estiment que la principale préoccupation des acteurs est de « profiter de l'injustice », est qu'un avocat exerçant la fonction d'arbitre profiterait de cette position pour faire avancer les intérêts des clients qu'il défend en tant que conseil.

Non seulement l'hypothèse fait injure à la conscience professionnelle des arbitres qui n'ont pas de bien plus précieux que leur réputation, mais elle participe d'une profonde méconnaissance de la pratique. On imagine avec quel succès serait reçu l'argument d'un conseil fondé sur le précédent constitué par une sentence rendue peu avant par ce même avocat dans une autre affaire. Par ailleurs, les règles strictes en matière de conflits d'intérêts sont précisément destinées à protéger les parties d'éventuelles situations équivoques dans lesquelles un arbitre pressenti, quelle que soit sa fonction par ailleurs, peut avoir un conflit d'intérêt pour exercer la fonction d'arbitre dans un cas particulier.

La critique du système pourrait aussi bien faire valoir qu'un arbitre professionnel ayant, par définition, besoin d'être désigné à nouveau, l'indépendance économique passe par le fait de ne pas compter sur un nouveau mandat. Dans la même veine de critiques anti-système, l'arbitre ne devrait jamais avoir rien écrit, les positions prises précédemment risquant de teinter son jugement ou de créer le doute dans l'esprit des tiers.

Que l'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore, la segmentation du marché de l'arbitrage entre les fonctions de conseil et d'arbitre, et la professionnalisation corrélative de la fonction d'arbitre, a incontestablement progressé au cours des dernières années³⁷. Il est encore trop tôt pour que l'on puisse mesurer avec précision l'impact de ce phénomène sur le développement du contenu de la jurisprudence arbitrale mais cela fournira sans doute matière à de nombreuses études dans les années à venir.

§ 2 - LE CONTENTIEUX DE LA RÉMUNÉRATION DE L'ARBITRE

La rémunération de l'arbitre donne lieu à divers contentieux, qu'il s'agisse du montant de cette rémunération ou de sa charge finale. Pierre Tercier³⁸ et Laurent Aynès³⁹ ont donné de très belles contributions autour de ce thème.

36. Voir l'intervention de Th. CLAY, « Le marché de l'arbitrage », *supra*, p. 13.

37. *Ibid.*

38. Voir l'intervention de P. TERCIER, « Répartition entre les parties (frais de défense de la partie adverse) », *supra*, p. 141.

39. Voir l'intervention de L. AYNÈS, « Actions contentieuses entre arbitres, avocats et parties », *supra*, p. 159.

Sur la charge définitive de la rémunération des arbitres, on observe deux tendances. La première tient à la progression de la règle anglaise « *costs follow the event* » en matière d'arbitrage. On le sait, la tradition anglaise et la tradition américaine sont ici très opposées. En Angleterre, la partie qui succombe au fond est généralement appelée à supporter la charge des frais du procès. Aux États-Unis, la règle est inverse, chaque partie conservant, en principe, la charge de ses frais d'avocat. Il s'agit, dans la tradition américaine, de ne pas décourager l'accès à la justice. En matière d'arbitrage, les arbitres jouissent d'une très grande discrétion sur l'attribution de la charge définitive au frais de l'arbitrage. Dans l'exercice de cette discrétion, on constate cependant une tendance à mettre les frais, à tout le moins les frais raisonnablement exposés, à la charge de la partie qui succombe. Cela soulève la question délicate de savoir quelle est la partie qui succombe et dans quelles proportions. Doit-on tenir compte mécaniquement de la différence entre le montant réclamé et le montant octroyé, pour conclure par exemple que la partie qui a sollicité 100 et obtient 40 a davantage perdu que gagné ? Doit-on au contraire apprécier, de manière plus souple, si une partie a été contrainte de faire valoir ses droits en justice et, dès lors, exposer des frais, alors qu'elle avait essentiellement raison au fond ? Nul doute que la pratique arbitrale sera encore appelée à se préciser à ce sujet mais l'on peut d'ores et déjà conclure au progrès du principe selon lequel la partie victorieuse peut généralement obtenir le remboursement de tout ou partie des frais raisonnablement exposés pour sa défense.

Une autre pratique qui n'est pas encore développée, mais dont on peut penser qu'elle est appelée à progresser dans l'arbitrage, est la pratique, également anglaise, qui consiste à traiter le contentieux de la répartition des frais de l'arbitrage au cours d'une audience distincte, qui a lieu une fois le fond de l'affaire tranché et connu des parties. Les parties sont alors en possession de tous les éléments leur permettant de débattre utilement devant le tribunal de la répartition des frais de l'arbitrage. C'est à ce moment qu'ils peuvent se prononcer sur la question de savoir si et dans quelles proportions une partie est sortie victorieuse. C'est également à ce moment qu'ils peuvent débattre du caractère raisonnable ou non des frais encourus par l'adversaire. L'importance croissante des frais de l'arbitrage rend les enjeux de ces questions non négligeables. La plus importante sentence en matière commerciale qui ait été rendue, à ma connaissance, à ce jour, est la sentence rendue dans l'affaire qui opposait la société américaine *Dow Chemical* à une émanation de l'État du Koweït, *Petrochemical Industries Company*⁴⁰, après le refus de celle-ci de procéder au *closing* d'une opération conclue. La sentence sur le fond, rendue le 21 mai 2012, a condamné la partie étatique à indemniser Dow à hauteur de 2 milliards 450 millions de dollars. C'est par une seconde sentence que le tribunal s'est prononcé sur les frais de l'arbitrage et les intérêts. L'enjeu des seuls frais de l'arbitrage était considérable, le tribunal ayant prononcé une condamnation sur ce seul point à hauteur de 33 millions de dollars.

40. « *Dow sees bump to Kuwait award* », *Global Arbitration Review*, 4 mars 2013.

Lorsque l'on se trouve en présence d'un montant de cette importance, on comprend l'intérêt d'avoir un débat qui lui est spécifiquement consacré, une fois les parties informées de l'issue du litige principal.

*

**

En conclusion de ce rapport, je ne puis manquer de relever que ce colloque a réuni 260 participants et des orateurs de la plus grande qualité. Je pourrais aussi conclure de deux manières pour signifier la même chose. Je pourrais dire que ce fut un colloque très fécond, qui a retenu tout notre intérêt. Mais, compte tenu du sujet, je dirais plutôt que ce fut un colloque très « brillant », qui nous a beaucoup « enrichis ». Je m'empresse cependant de préciser que cet enrichissement est purement intellectuel car je ne voudrais pas que nous risquions d'être tous mis en examen avant même d'avoir pu sortir de la salle de conférence.