



HAL
open science

Arbitrage et éthique : causes du mal, évolutions récentes et pistes d'amélioration - Regards sur le monde et sur l'océan Indien

Fernande Anilha, Julien Magamootoo

► To cite this version:

Fernande Anilha, Julien Magamootoo. Arbitrage et éthique : causes du mal, évolutions récentes et pistes d'amélioration - Regards sur le monde et sur l'océan Indien. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2017, 24, pp.55-63. hal-02550254

HAL Id: hal-02550254

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02550254v1>

Submitted on 22 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ARBITRAGE

Arbitrage et éthique : causes du mal, évolution récente et pistes d'amélioration – Regards sur le monde et sur l'océan Indien

Me Fernande ANILHA

*Ancien bâtonnier du barreau de Saint-Denis de La Réunion,
Secrétaire générale du CMAR (La Réunion)*

Me Julien MAGAMOOTOO

Avocat au barreau de Saint-Denis de La Réunion

Avant – propos

Ce serait presque une redondance que de parler d'éthique en matière d'arbitrage, si l'on se réfère à la mission essentielle de l'arbitre, à qui il incombe en définitive de définir, maintenir un équilibre dans les rapports de force, au-delà de l'application de la loi qui lie un juge.

Parallèlement, l'éthique est une exigence qui naît de l'absence, du manque de quelque chose qui a conduit à la bascule du point d'équilibre.

L'arbitre qui vient du latin *arbiter* (maître souverain) sera donc lui-même le garant du point d'équilibre entre les rapports de forces : son éthique devient l'essence même de sa fonction sur les quatre piliers que sont son **indépendance**, sa **neutralité**, son **impartialité** et la nécessaire **confidentialité**.

Cependant dans notre monde en pleine mutation, et l'arbitre « *arbiter* » a vu sa maîtrise très ébranlée par :

- le recours croissant à l'arbitrage sur le plan international, notamment en matière d'investissements ;
- mais surtout l'importance des enjeux, dans les conflits, qu'ils soient financiers, politiques ou humanitaires ;

- la puissance également des parties en présence (les États et multinationales), face à l'intérêt des nations dans l'arbitrage investissement.

L'institution même de l'arbitrage subit cette énorme pression qui vient s'ajouter aux difficultés classiques telles que la disparité et la diversité des ordres juridiques, ou qu'elles soient simplement culturelles.

De l'essence même de la fonction d'arbitre, l'éthique peu à peu a été consacrée dans un *corpus* de règles mises en place :

- d'abord au travers des centres, qui se sont regroupés – fédération des centres d'arbitrage (05/04/2012) ou encore l'accord de partenariat entre l'ICC et l'OHADA (2016) ;
- le renforcement des normes éthiques (l'application d'une charte éthique par 15 centres français depuis 2014) ;
- la mise en place de la nouvelle version des lignes directrices de l'*International Bar Association* (23/10/2014) ;
- la convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États (signée le 10/12/2014 à Maurice) ;
- l'édition d'un code de l'arbitrage en 2015.

Il devient évident que l'arbitrage institutionnel présente les meilleures garanties de l'éthique dans le processus d'arbitrage, notamment sur le plan international.

Les jeunes centres de l'Indianocéanie que nous sommes, consacrent l'émergence de nouveaux arbitres ; cependant la taille de certains territoires peut poser l'enjeu de la neutralité géographique des arbitres, mais également de leur formation. La coopération très vite engagée entre nos centres devra se renforcer sur l'avenir, dans le cadre d'un partage de la connaissance, d'une mutualisation des moyens éventuellement, d'une harmonisation des pratiques, et une communication soutenue. Cela me paraît souhaitable, passé le cap de la compétence et de la qualité, en nous appuyant sur une éthique sûre et intransigeante, communément partagée. Le but étant de rétablir un équilibre entre le Nord et le Sud.

C'est aussi le prix de l'accompagnement d'un développement économique et social dans notre zone indianocéanique, dans la mesure où nous pourrions aider à sécuriser le parcours de nos entreprises en leur offrant une alternative fiable à la résolution de leurs litiges éventuels.

I.- Comprendre l'importance de l'éthique dans l'arbitrage

A.- Éthique ou déontologie

Arrêtons-nous un instant sur la formule de KOJEVE :

- « Le juge (l'arbitre) est impartial si A et B (les parties) peuvent être interchangeés sans que son jugement n'en soit ébranlé » ;
- « De même, « un juge ou un arbitre par exemple sera dit désintéressé quand son jugement et sa mise à exécution ne lui rapportent rien, et ne lui nuisent en rien, le laissant ainsi indifférent ».

Ce propos conduit à penser que le comportement même de l'arbitre face à sa mission résulte d'un état d'esprit. Tout vient en fait de l'intérieur, et de la conscience de la mission, une sorte de « morale individuelle ».

Le thème retenu par le colloque ainsi ne porte pas sur la « déontologie » de l'arbitrage, mais de « l'éthique » en matière d'arbitrage.

De l'éthique de l'arbitrage dépendra la sentence qui se rapprochera le plus de ce qui sera juste. De l'éthique de l'arbitrage dépendra également la confiance de ceux qui ont recours à ce mode de résolution des conflits.

Les normes que l'on pourra imposer, qu'elles soient légales, réglementaires, ne s'appliqueront, et nous en sommes tous conscients, qu'à des devoirs qui seront imposés à l'arbitre (le devoir de révélation, le devoir d'impartialité, le devoir de diligence, entre autres).

- Les devoirs de révélation et d'impartialité en cas de manquements sont sévèrement réprimés : c'est l'annulation de la sentence qui ne répond plus aux conditions procédurales exigées (la régularité de la composition du tribunal arbitral et l'impartialité dans le traitement des parties, notamment).
- Le devoir de diligence sera sanctionné par l'institution lorsqu'il s'agit d'arbitrage institutionnel (réduction des honoraires de l'arbitre, qui sera également de moins en moins choisi, à titre d'exemple).

Mais ce ne seront que des devoirs pour tenter d'asseoir et de préserver l'éthique qui reste une affaire de conscience, une affaire personnelle de l'individu. Rappelons ainsi les termes essentiels de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 octobre 2014 annulant une sentence arbitrale déjà revêtue de l'exequatur et rendue le 27 mars 2011 à La Barbade :

« Considérant qu'il apparaît donc que, contrairement à ce que laissait entendre la déclaration d'indépendance de M. Alvarez, alors que l'instance arbitrale était en cours, trois avocats du cabinet Fasken Martineau prêtaient leur concours à Leucadia dans une opération que le cabinet regardait comme un enjeu de communication ; que de telles circonstances, qui étaient ignorées d'AGI lors de la désignation de M. Alvarez, étaient de nature à faire naître dans l'esprit de cette partie un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ; qu'il convient dès lors d'annuler la sentence en raison de l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral ».

Cette motivation retenue par le juge étatique replace l'éthique au cœur de l'arbitrage, comme une condition essentielle, pour atteindre le but recherché : une sentence la plus juste, et la plus neutre possible, certes. Mais elle fait également de l'éthique, qui n'est pas la déontologie, rappelons-le, une vertu cardinale, qui ne supporte pas le soupçon, à l'égal de la « femme de César ».

« ... De telles circonstances qui étaient ignorées... étaient de nature à faire naître dans l'esprit de cette partie un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ; qu'il convient dès lors d'annuler la sentence en raison de l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral ».

Une tentative de normativisme aboutirait à une déontologie qui s'imposerait de l'extérieur, sans pour autant garantir l'éthique qui reste une affaire de conscience. La décision du juge étatique dans l'affaire *Alvarez* est là pour nous le rappeler.

Il n'y a pas d'arbitrage face au doute, ou au soupçon touchant à l'indépendance de l'arbitre.

B.- Érosion de la confiance dans le processus sur le plan international

1/ Avènement d'une économie juridique

L'éthique de l'arbitrage fait face à des enjeux très particuliers aujourd'hui, en matière d'investissements. Il convient de relever avec beaucoup d'intérêt, cette note du CEO (Corporate Europe Observatory) de novembre 2012 déjà :

« Le système d'arbitrage international en matière d'investissement a été défendu et modelé par les gouvernements occidentaux, arguant qu'un mécanisme de règlement des différends équitable et neutre était nécessaire pour protéger les investissements des grandes entreprises de la partialité et de la corruption des cours nationales. Les arbitres internationaux seraient les gardiens et les garants de ce régime ».

« Pourtant, au lieu d'agir comme des intermédiaires équitables et neutres, il est devenu clair que le secteur de l'arbitrage a un intérêt naturel à perpétuer un

régime d'investissement qui privilégie le droit des investisseurs aux dépens des États souverains et des gouvernements nationaux élus démocratiquement. Ils ont construit une industrie multimillionnaire, intéressée et dominée par un petit cercle élitiste de cabinets juridiques et d'avocats dont les interconnexions et les intérêts financiers multiples font sérieusement douter de leur engagement à délivrer des jugements équitables et indépendants ».

Il est vrai que vers fin 2011 :

- plus de 3 000 traités d'investissements internationaux étaient signés, provoquant une succession de saisines des tribunaux d'arbitrage internationaux ;
- les arbitrages d'investissement enregistrés au CIRDI passaient de 38 cas en 1996 à 450 en 2011 ;
- les montants financiers en jeu connaissaient également une augmentation spectaculaire : en 2009/2010, 151 cas d'arbitrage d'investissement ont impliqué des entreprises réclamant au moins 100 millions de dollars (US \$) des États ;
- les frais d'arbitrage (supportés par les contribuables) s'élevaient déjà en moyenne à plus de 8 millions de dollars (US \$) par différend entre investisseurs et États, dépassant dans certains cas 30 millions de dollars (US \$).

C'est dire que l'arbitrage international d'investissement est devenu en soi une économie, ce que certains appellent le « business juridique ».

2/ Intérêts financiers et Enjeux de développement – Le déséquilibre nord-sud

Parallèlement à l'essor brutal de l'arbitrage, pour l'année 2011, trois cabinets juridiques de haut niveau – Freshfields (Royaume-Uni) White & Case (États-Unis) et King & Spalding (États-Unis) – ont été impliqués dans cent trente cas d'arbitrage investissement

Quinze arbitres de l'hémisphère nord (Europe, États-Unis et Canada) ont connu et statué sur 55 % des arbitrages d'investissement. L'éthique est indubitablement rudoyée en matière d'arbitrage lorsque l'on sait que ces cabinets de juristes et d'arbitres agissent à la fois comme conseillers et arbitres, d'où des situations de conflits d'intérêts qui se multiplient.

En dépit du devoir de révélation qui est imposé, pour préserver l'indépendance et l'impartialité essentielles à la mission de l'arbitre, la confiance des États concernés est sérieusement érodée.

Un profond sentiment de frustration s'est développé, chez les États qui sont du Sud, face aux multinationales – investisseurs occidentaux qui sont du Nord. Les arbitres spécialistes de cette économie juridique ou de ce « business juridique » sont également des cabinets occidentaux, donc du Nord. L'érosion de la confiance des États résulte de ce grand déséquilibre Nord – Sud qui s'est développé.

Par ailleurs, la financiarisation de l'arbitrage d'investissement, grâce aux fonds d'investissement qui aident à financer les différends entre un investisseur et un État en contrepartie d'une part de l'indemnité obtenue, a contribué au *boom* de l'arbitrage, mais aussi à l'augmentation de son coût pour les gouvernements, pesant lourdement sur les contribuables.

D'une part, l'existence d'une véritable économie juridique dominée par les multinationales-investisseurs et les clubs restreints de juristes spécialistes du droit de l'investissement, dont les cabinets sont à la fois les conseillers et rédacteurs des traités d'investissement, arbitres et avocats dans les procédures d'arbitrage ; d'autre part, la financiarisation de l'arbitrage a eu raison de la confiance de certains États qui ressentent une profonde injustice de ce processus international, et ont marqué leur méfiance, en se désengageant du système :

- la Bolivie, l'Équateur, le Venezuela ont mis un terme à plusieurs traités d'investissement et se sont retirés du CIRDI ;
- l'Argentine, submergée par les plaintes d'investisseurs relatives aux lois d'urgence établies dans le contexte de la crise économique de 2001-2002 a refusé de payer les sentences arbitrales ;
- l'Afrique du Sud a engagé une profonde réforme de sa politique d'investissement au regard de sa propre vision du développement et a annoncé qu'elle ne va plus conclure de traités d'investissement, ni renouveler ceux qui arrivaient à échéance ;
- au printemps 2011, c'est le gouvernement australien qui a annoncé sa décision de ne plus intégrer de dispositions relatives au règlement des différends investisseurs États dans ses accords commerciaux.

Cette érosion de la confiance a pour origine essentiellement la conscience d'un déséquilibre dans les rapports de force que constituent les relations internationales entre « multinationales-investisseurs » qui défendent leurs profits, et les États qui ont besoin d'investissements, pour promouvoir un développement social et humain.

Dans ce paysage de doutes et de frustrations, un normativisme aboutirait en fait à une déontologie de l'arbitrage, au travers de devoirs imposés à l'arbitre pour conserver l'image de l'indépendance et de la neutralité. L'éthique restera une question de conscience sans aucun doute.

Reste que l'arbitrage international est un outil remarquable, indispensable pour la résolution des litiges internationaux, en ce qu'il permet de contourner :

- la complexité liée à la diversité et la disparité des ordres juridiques, d'un État à l'autre ;
- il permet le choix de la loi applicable ;
- sauf en matière d'arbitrage investissement, la confidentialité est la règle.

3/ Spécificité du monde indianocéanique

Dans la zone indienne océanique, l'arbitrage international se veut cet outil remarquable, pour porter, accompagner nos entreprises d'un État à l'autre, d'une région à l'autre, en leur offrant un parcours sécurisé sur le plan de la résolution des différends économiques et commerciaux.

L'arbitrage international en effet permet de contourner la complexité liée au droit applicable, au travers du choix laissé aux parties sur ce point.

De même, l'éventuelle corruption de certains juges étatiques, ou des lenteurs procédurales peuvent être contournées au travers du choix laissé aux parties pour le siège de l'arbitrage, qui détermine la compétence du juge d'appui.

Cependant l'insularité, l'isolement, et la petitesse géographique de certains pays de la zone risquent à terme de devenir des obstacles à la pratique d'une éthique sans reproches, et se posera indubitablement la question de la neutralité géographique.

Quelques données chiffrées, relatives à la nationalité des arbitres inscrits dans les centres d'arbitrage, peuvent amener la réflexion.

Comparatif Centre de médiation des Iles de l’océan Indien avec les Centres d’Afrique et de Singapour						
Pays	Centre	Total Pays représentés	Ratio Locaux/étranger	Arbitres locaux	Totaux étrangers	Totaux Arbitres
Hong Kong	HKIAC		11 %	58		536
Singapour	SIAC	36	29 %	123	300	423
Rwanda	KIAC	24	44 %	52	65	117
Maurice	MARC	15	37 %	16	27	43
Madagascar	CAMM	7	50 %	20	20	40
Réunion	CAMR	1	100 %	7	0	7

Selon le tableau ci-dessous, l’on constate que ce sont les centres les plus reconnus dans le monde, le HKIAC et le SIAC, qui ont le plus de nationalités d’arbitres.

L’on peut en déduire que plus un centre d’arbitrage est ouvert sur les arbitres extérieurs au pays, plus la crédibilité du centre est importante.

La raison de l’attractivité des centres réside dans le fait que le choix dans la désignation de l’arbitre est adapté aux exigences du commerce international et de la mondialisation.

Dans l’esprit des parties, la variété dans la nationalité des arbitres semble être un gage d’indépendance et de neutralité à la fois des centres et des arbitres.

Elle suscite la confiance dans le processus d’arbitrage et réduit le risque de « doute raisonnable » dans l’impartialité de l’arbitrage.

L’on voit bien que ce seul critère de la nationalité de l’arbitre – et il y en a bien d’autres – est révélateur de l’attractivité du centre : en terme d’image, la pluralité évite cette impression « *d’arrangement entre nous* » et donne plus de garantie d’éthique, de justice neutre parce qu’ouverte et non fermée sur le monde.

Prenons notre région : devons-nous nous limiter à des arbitres occidentaux ou des îles de l’océan Indien, ou devons-nous offrir dans notre panel des arbitres en provenance de plus grands marchés en croissance tels que l’Afrique ou l’Asie ?

Selon nous, l’arbitrage ne peut être envisagé dès lors que de façon ouverte, fondée sur une coopération très étroite, dans le cadre d’un partenariat entre les centres fondés sur un *corpus* de valeurs communes.

Et l'éthique apparaît comme une valeur universelle, sur laquelle repose l'essence même de l'arbitrage.

Conclusion

Donner une place à l'éthique dans l'arbitrage international au sein de son colloque international démontre, si besoin était ici, que le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CMM), tout comme les autres jeunes centres de l'océan Indien a parfaitement conscience de cette « crise » qui touche l'arbitrage international, en particulier l'arbitrage-investissement.

L'arbitrage institutionnel est le processus qui garantit encore le mieux les intérêts en présence, au niveau de la compétence des arbitres, du coût de l'arbitrage, certes. L'arbitrage institutionnel pour nos jeunes centres, au travers du partage de la connaissance, de la formation, de la culture économique et sociale, contribuera de manière fondamentale à maintenir l'éthique de l'arbitre en matière d'arbitrage.

Pouvoir partager des expériences, au-delà du principe de la confidentialité permet de rester en selle dans sa conscience, car on est moins seul. Le poids de la charge est partagé.

Car au fond, à la différence de la déontologie, l'éthique est l'interpellation permanente de la conscience, qui cherchera sa ligne de conduite en s'inspirant des principes posés par la première.

Conscient de ses handicaps structurels et géographiques, mais aussi que l'éthique passe par l'ouverture, le partage et plus de transparence, les jeunes centres de l'océan Indien ont signé dès 2014 le *Business Bridge océan Indien*.

Cette association des centres et chambres consulaires vise à l'émergence de cette ouverture de nos centres, via la coopération et le partage, afin de permettre à l'éthique de s'épanouir dans un contexte favorable, car vigilant.

Mais notre analyse nous conduit à considérer que la coopération entre nos différents centres est appelée à s'étendre vers nos voisins de l'Afrique et de l'Asie, car l'ouverture, l'harmonisation des modes de règlement, dans le respect des différences, et le partage constituent ce gage d'éthique nécessaire au règlement des différends.

L'apparition de nos centres d'arbitrage dans quatre îles de l'océan Indien est un tournant historique, un tournant vers une ouverture sans précédent, vers une conscientisation et une responsabilisation de nos pays. Il faut poursuivre ce mouvement, en persévérant dans un souci constant et inébranlable d'éthique et de générosité.