

LE JUGE-ARBITRE ET LE JUGE-CONCILIATEUR

AHMED S. EL-KOSHERI

En tant qu'ami et admirateur de Serge Lazareff, il suffit de prononcer son nom pour évoquer d'une façon spontanée dans mon esprit l'interaction entre le « juge », d'une part et « l'arbitre », de l'autre part. Déjà en 1999, il a consacré sa contribution aux *Mélanges en hommage à François Terré* à la question : « L'arbitre est-il un juge ? » (pp 173 ss.).

Il a poursuivi ce thème privilégié à travers plusieurs écrits postérieurs, jusqu'au point à confesser en 2005, qu'en contrepartie, il existe « De l'amour du juge » à l'égard de l'arbitre (*Les cahiers de l'Arbitrage, Gazette du Palais*, no. 2005/2 Avant-propos).

La position de Serge Lazareff qui a profondément influencée la doctrine, aussi bien que la jurisprudence récente, se résume en trois postulats :

(1). L'arbitre est essentiellement un juge choisi à propos d'un certain litige pour entreprendre une fonction de même nature que celle d'un juge étatique ;

(2). Dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle l'arbitre doit nécessairement être indépendant, étant donné que l'indépendance fait partie intégrante de la définition d'un arbitre et une condition indispensable pour rendre une sentence digne d'acquiescer la force de *res judicata* ; et

(3). Par conséquent, dans un système efficace de justice commerciale internationale, le comportement des arbitres doit être le reflet de la tradition de noblesse et de sérénité qui, de temps immémorial, a caractérisé la procédure juridictionnelle en vertu de laquelle « des gentlemen réglaient un différend entre gentlemen, à la manière de gentlemen » (S. Lazareff, « L'arbitre singe, ou comment assassiner l'arbitrage », *Liber Amicorum Robert Briner*, Paris, 2005, p. 478).

Le fait d'avoir une fonction identique, à savoir rendre justice pour résoudre des litiges accordant aux parties en dispute les garanties fondamentales d'un procès équitable et égalitaire, implique que ceux qui sont reconnus durant les longues années de leur carrière judiciaire comme des juges dignes du respect seront essentiellement parmi les premiers meilleurs candidats pour devenir choisis comme arbitres, en particulier pour présider un tribunal arbitral appelé à trancher un litige important financièrement ou compliqué sur le plan juridique et factuel.

Il est certain que le fait d'être appelé à accomplir la même fonction se prolonge pour exiger que l'arbitre exemplaire doit posséder les mêmes qualités que les bons juges sont reconnus d'avoir habituellement.

La rigueur intellectuelle, une moralité hors soupçon, une grande capacité pour évaluer les positions de chaque partie et raisonner logiquement, en sens d'équité, la capacité de traiter les parties avec égalité sans faille, l'absence des préjugés, aussi bien que la possession d'une sagesse dosée par un mélange harmonieux entre puritanisme et pragmatisme, sont clairement parmi les facteurs qui reflètent le profil idéal d'un juge expérimenté, et celui-ci garde ces qualités nécessairement quand il devient arbitre, étant donné que c'est presque impossible de se changer quand il devient en fin de carrière en charge d'une affaire arbitrale.

Les philosophes du droit qui ont récemment concentré leurs efforts sur la théorie ou l'idée de la Justice (tels que John Raoul et Amantya Sen), ont insisté sur la nécessité d'envisager « *Justice as fairness* », que celle-ci n'est pas seulement une matière de raisonnement, mais surtout: "*It is one of being appropriately sensitive and having the right nose for injustice*", d'être "*unbiased and dispassionate*", et surtout que : "*The demands of reasonableness... tends to be more exacting than the requirements of mere rationality*" (Sen, *The Idea of Justice*, Harvard University press, 2009, pages 4, 11 et 195).

Mon expérience personnelle en matière d'arbitrage, qui s'étend au delà de quarante ans, m'amène à constater l'exactitude de l'analyse concernant l'apport de certains Juges-Arbitres à la consolidation des acquis de l'arbitrage commercial international contemporain.

Les quelques affaires qui vont suivre ne sont que des simples exemples que j'ai vécus personnellement, et certainement il en existe beaucoup d'autres cas – peut-être plus instructifs que des éminents collègues ont rencontrés durant leur vie professionnelle. Mais, je ne peut évoquer que l'expérience vécue à propos de quatre grands noms: deux juges français (Bellet et Schmelk), un suédois (Lagrenge), et un Luxembourgeois (Pescatore).

Dans une affaire d'arbitrage *ad hoc* entre un Pays Arabe Pétrolier et une importante Société Pétrolière Occidentale, Pierre Bellet était l'Arbitre Unique, et mon rôle se limitait à soumettre une Opinion Juridique sur certains points litigieux, ce qui m'a permis d'accéder aux séances de plaidoiries qui se déroulaient dans une salle prestigieuse du Palais de Justice de Paris. La compétence, l'intelligence et la neutralité avec lesquelles l'ancien Premier Président de la Cour de Cassation a seul conduit les débats durant des longues journées de travail m'ont si profondément marqué. Après avoir cerné les points litigieux avec une lucidité et précision admirables, les deux parties sont arrivées à un règlement à l'amiable. Dans mon esprit, c'est grâce à la finesse de l'analyse fournie par Pierre Bellet, qu'une telle solution a pu être achevée. Mon seul regret, c'est qu'une belle sentence n'a jamais vue le jour, mais la justice a été faite en démontrant qu'un bon arbitre a pu démontrer l'importance de l'arbitrage comme moyen d'arriver à un règlement pacifique des litiges impliquant un gouvernement connu auparavant pour être réticent à exécuter les sentences rendues à son encontre.

L'autre grande figure d'un juge français avait la tâche moins difficile, parce qu'il présidait un tribunal arbitral dans le cadre de l'affaire CCI No. 4462 (entre National Oil Corporation – NOC-Lybia et Lybia Sun Oil Company U.S.).

Comme la sentence intégrale a été publiée dans "*International Legal Materials*" vol. 29, 1990, pp 565-623, ICCA a pu publier un résumé au *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XVI, 1991, pp. 54-78. Ayant participé à cet arbitrage à cause des deux Opinions Juridiques que j'avais soumis sur le concept de la force majeure dans le système juridique Libyen dont le contenu est une réplique du code Civil Egyptien, et certains autres points litigieux, j'ai eu l'occasion de constater la même hauteur d'esprit, prestige, compétence et neutralité démontrés par le successeur de Pierre Bellet comme Premier Président de la Cour de cassation, en mettant à sa place l'homme d'Etat Américain nommé co-arbitre dont l'arrogance et la partialité en faveur de la société américaine étaient évidentes. La distinction avec laquelle Schmelk conduisait les débats, reste vivante dans mon esprit de témoignage d'un Juge-Arbitre exemplaire.

Juste au début de ma pratique dans le domaine de l'arbitrage commercial international, j'étais appelé à représenter une société égyptienne de génie civile poursuivi en tant que défenderesse par une société allemande qui agissait comme « *main contractor* » pour la construction d'une usine d'engrais chimique sur le territoire Libyen.

Le litige principal concernant la détermination de la partie responsable, les penalties imposées par le maître de l'ouvrage pour le retard et les défauts enregistrés lors du fonctionnement de l'usine. La difficulté principale dans cet arbitrage était l'inégalité entre les deux Parties, qui découlait du fait que la Société Demanderesse Allemande avait des archives impeccables contenant tous les détails sur les faits capables de servir comme preuve, tandis que la Société Egyptienne Défenderesse n'avait aucun document, y compris les documents contractuels et la correspondance échangée durant l'exécution des travaux à cause du fait que les autorités Libyennes, pour des raisons politiques, avaient à l'époque expulsé toutes les entreprises égyptiennes et leurs personnels tout en détruisant les archives et les papiers en leur possession. Le Président du Tribunal Arbitral en charge de cette affaire CCI intentée en 1975, le grand magistrat Suédois, Gonnar Lagrenge, en accord avec ses deux co-arbitres et avec l'aimable coopération du conseil représentant la Partie Allemande, avait adopté des mesures procédurales capables à remédier cette inégalité, en permettant au Conseil de la Partie Egyptienne, étant moi-même, de reconstruire et plaider son dossier sur la base de la documentation et données fournies par les archives Allemandes.

Une fois cette tâche achevée, le Tribunal Arbitral présidé par Lagrenge avait trouvé approprié la formulation d'une solution à l'amiable proposée aux représentants des deux parties, et cette solution fut acceptée en aboutissant à une sentence émise avec le consentement mutuel des Parties, en évitant ainsi la mission presque impossible de rédiger un raisonnement non supporté par des preuves introduites dans des circonstances normales par chacun des deux parties pour soutenir leurs positions réciproques. Seul un ancien magistrat chevronné aurait été capable d'entreprendre une telle démarche pour résoudre un procès qui semblait extrêmement difficile à régler.

Le dernier cas, que j'aime exposer comme exemple de ce que le Juge-Arbitre est capable de réaliser, concerne une autre affaire CCI no. 8035/ck opposant la

Société Américaine Grace aux autorités Libyennes (le Gouvernement, aussi bien que la Société Nationale NOC).

Le Président du Tribunal Arbitral, le Juge Luxembourgeois à la Cour Européenne de Justice Pescatore, était confronté avec les effets des sanctions imposées en 1986 par le Gouvernement des Etats-Unis contre la Libye sur l'administration de la Concession Pétrolière dans laquelle Grace détenait une part minoritaire tenue en commun avec les autres entités contrôlées par la Libye, Grace contestait la validité d'un Accord conclu par la majorité pour développer les ressources situées dans les prémisses de la Concession sans obtenir le consentement préalable de Grace légalement empêché par ordre des autorités Américains de participer aux réunions du Comité qui dirigeait les opérations de recherches et d'exploitation.

La sagesse du Juge-Arbitre Pescatore et la finesse de son analyse juridique aboutit à une sentence unanime bien équilibrée soutenant d'une part, la légitimité de l'Accord conclu par NOC avec Total, tout en tenant compte d'autre part, des exigences pour sauvegarder les intérêts de Grace qui découlent sous une telle mesure qualifiée de "care-taking action" (*negotiorum gestio*), dont la validité est assurée selon la loi applicable explicitement choisie par les Parties, qui est le Code Civil Libyen prévoyant le droit de gestion reconnu à la majorité des biens indivisés sans préjudice aux intérêts de la minorité.

Le fait d'avoir participé à l'élaboration de cette sentence rendue le 18 décembre 1995, avec un co-arbitre Américain de haut calibre Thomas Buergenthal, devenu plus tard Juge à la Cour internationale de Justice à La Haye, m'a permis de constater les mérites d'un autre Juge-Arbitre qui appartient à la même catégorie qui englobe Bellet, Schmelk et Lagrenen.

Dans les pages précédentes, consacrées à des anciens magistrats devenus Juges-Arbitres avec lesquels j'ai eu le plaisir de coopérer d'une façon ou d'une autre, c'est sur l'expérience vécue que j'ai basé mes idées et suggestions.

Le contexte est tout différent à propos des Juges-Conciliateurs pour lesquels mes connaissances sont arrivées tardivement et à travers des informations acquises, précisément en 2006 à New York lors d'une mission de six mois pour les Nations Unies. En fait, j'avais eu le privilège d'être choisi comme un parmi les cinq membres du « Redesign Panel » sélectionnés en vertu de la Résolution 59/283 de l'Assemblée Générale des Nations Unies pour réformer l'administration du Système de Justice de l'Organisation dans son ensemble.

Parmi les autres membres de cette équipe, une dame juge Canadienne d'une intelligence rare et dynamisme exceptionnel, Louise Ottis, m'a permis de découvrir un autre monde dont les vestiges ouvrent la porte à une évolution susceptible de rendre le règlement pacifique des conflits et litiges de n'importe quelle nature d'une simplicité, rapidité et efficacité formidable. Il s'agit d'un mécanisme nouveau connu comme « Médiation » ou « Conciliation Judiciaire », c'est-à-dire de confier la tâche d'une tentative pour régler à l'amiable les litiges déjà existants sous la direction d'un magistrat de carrière qui trace un cadre pour cerner les points controversés et chercher sous l'égide du magistrat en charge du

dossier une solution amicale mettant fin au litige.

Les résultats étonnants obtenus par Madame le Juge Louise Ottis dans l'exercice de cette médiation/conciliation à Montréal ont eu une grande influence sur la voie tracée par l'ensemble de l'équipe afin d'introduire dans le projet de réforme flexibilité, efficacité aussi bien que économie du temps et de procédures.

Parmi les multiples publications consacrées par Madame Ottis à expliquer comment la dite "Médiation" (conciliation) fonctionne et les résultats obtenus à la Cour d'Appel de Québec, il faut signaler l'article intitulé « *Mediation by Judges; A new Phenomenon in the Transformation of Justice* », paru dans *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 6, 3, 2006, pp 101-153.

Il est vrai que l'expérience vécue et racontée par l'éminente Juge a été consacrée initialement à une forme de « ADR- judicial mediation, where sitting judges themselves act as mediators in programs closely integrated with the traditional adjudicative system » (*op. cit.* p. 102).

Pourtant, rien n'empêche que ce mécanisme puisse être adapté pour remplacer le juge en exercice par un ancien juge qui conduit la même fonction en tant que conciliateur/médiateur. C'est précisément l'innovation introduite par le « Redesign Panel » dans le système de justice interne aux Nations Unies, qui a été approuvé en 2007 par l'Assemblée Générale pour entrer en application dès le début de l'année suivante.

Tous les avantages réalisés par les juges-médiateurs dans le cadre d'une justice étatique seront encore plus visibles dans le processus d'une résolution des litiges du commerce international à l'amiable par l'intermédiaire des anciens juges réputés qui seront choisis par les parties pour entreprendre une mission de médiation/conciliation. Ainsi, un nombre considérable des disputes pourront être réglées d'une façon satisfaisante dans peu de temps et à coût très réduit.