

afa

Association
For
Arbitration

Association
Française
d'Arbitrage



Paris, 20 septembre 2016

Conférence de l'Association Française d'Arbitrage

Le Conseil dans l'arbitrage

Communication de Matthieu de Boissésou

Avocat au Barreau de Paris

Monsieur le Président,

Cher Bertrand,

Chers amis,

Merci à l'Association Française d'Arbitrage, notamment à son Président et aux membres de son Bureau de m'avoir si aimablement invité aujourd'hui à évoquer la figure du Conseil dans l'arbitrage. Il s'agit sans doute, de poursuivre le parcours qui avait été engagé par notre association à l'occasion de cette conférence de rentrée, pour se pencher sur la définition et les rapports réciproques des acteurs de l'arbitrage : la partie elle-même, l'institution ou le centre d'arbitrage, déjà évoqué par notre ami Charles Jarrosson, l'arbitre, décrit par notre ami Thomas Clay, la juridiction d'appui ou de recours, le conseil.

La figure du conseil, peu commentée jusqu'à présent, échappe ou résiste à une facile définition. Aborder cette figure, c'est s'exposer à une double interrogation. Qui est le conseil ? Quelle est sa mission ?

Qui est-il ? La réponse n'est pas évidente, car, nous le savons, cette figure, dans l'arbitrage en tout cas, est multiple. Le conseil peut être l'avocat d'une des parties mais il est aussi, le cas échéant, un expert, du moins quand il fait partie de l'équipe de conseils qui assiste et défend un client (sans être un expert comparaisant devant le tribunal, soumis à son interrogatoire et à celui de la partie adverse) : expert technique,

expert juridique qui va éclairer un point de droit difficile, expert financier, parfois commissaire aux comptes, banquier, professeur d'économie, qui analyse des documents comptables ou financiers ou participe à l'évaluation d'un dommage. Cette liste n'est pas exhaustive, sans doute ; d'ailleurs, le directeur juridique d'une société, son *General Counsel*, est lui-même le conseil de sa propre entreprise, qui entretient un dialogue soutenu avec les conseils extérieurs. Ce foisonnement de conseils semble dissoudre à l'avance toute tentative de définition, d'autant plus qu'à ces conseils si divers se rattachent des organisations professionnelles et des exigences déontologiques différentes.

Où est-il ? Dans la géographie arbitrale, les acteurs de l'arbitrage paraissent occuper une situation fixée, dont la temporalité et les limites sont en général constantes. L'arbitre exerce une mission qui commence avec sa désignation et s'achève au prononcé de la sentence, le centre d'arbitrage intervient suivant les règles déterminées de sa propre procédure, le juge d'appui est soumis aux règles de sa saisine, la juridiction de contrôle aux conditions d'ouverture du recours. L'intervention d'un conseil, quant à elle, est plus floue dans ces manifestations, elle est variable dans sa consistance, elle peut survenir bien avant l'engagement de l'instance arbitrale, et parfois bien après la sentence ou le recours en annulation.

Cette intervention peu saisissable a une traduction juridique. Les acteurs habituels de l'arbitrage, partie, arbitre, centre d'arbitrage, suscitent une constellation de relations juridiques que la jurisprudence française et étrangère a explorée : relation contractuelle des parties à la convention d'arbitrage, mandat d'intérêt commun entre les parties et le centre d'arbitrage, contrat d'arbitre entre les arbitres et les parties, consacré par l'arrêt *Elf Neftgaz*, relation parfois qualifiée de stipulation pour autrui, entre le centre d'arbitrage les parties et l'arbitre, relations institutionnelles entre les arbitres eux-mêmes mais non pas contractuelles, qui pourraient, en cas de faute de l'un d'entre eux ouvrir la voie à une action délictuelle de la part des autres.

Dans ce réseau de relations contractuelles ou institutionnelles, le conseil semble à la fois partout et nulle part. Il est au milieu des autres, il participe activement à toute l'instance, mais il n'a pas de relation contractuelle ou institutionnelle directe ni avec les arbitres ni avec les centres d'arbitrage, mais seulement avec le client dont il assure la défense.

Cette relative solitude du conseil dans le réseau arbitral, cette solitude qui est indissociable de son indépendance, nous fait toucher du doigt les tensions qui affectent l'exercice de sa mission et la singularité de son rôle, qui se distingue de celui qu'il joue dans la procédure judiciaire, et qui est l'objet de notre réflexion aujourd'hui.

On peut considérer, dans un premier temps, que la mission d'assistance assumée par le conseil dans l'arbitrage, se traduit par une indépendance et une liberté particulières, qui suscitent d'ailleurs des pratiques procédurales marquées par l'originalité ou l'invention, inconnues souvent de l'instance judiciaire.

Dans un deuxième temps on peut observer toutefois que l'indépendance de statut et d'action du conseil s'expose, dans l'arbitrage, à des limites ou à des menaces. Le

conseil, en effet, peut être entraîné, à son corps défendant ou quelquefois par sa faute, dans les conflits ou en tout cas les tensions de l'instance, dont il devient lui-même, parfois, un enjeu. Au-delà des frontières de l'instance, son indépendance et sa liberté se heurtent aussi aux limites ou aux obstacles des règles ou des recommandations, utiles ou pesantes suivant les points de vue, de ce qu'on a pu nommer l'industrie arbitrale.

Enfin, dans un troisième temps, il n'est pas interdit d'explorer, avec confiance, les voies possibles d'une résistance du conseil pour préserver son identité dans l'évolution contemporaine de l'arbitrage, pour concilier dans la procédure une certaine prévision et une certaine invention, et d'observer, à l'occasion de cette résistance, combien les identités respectives des acteurs de l'arbitrage sont solidaires les unes des autres.

1 LA SINGULARITE DE LA MISSION DU CONSEIL

Je me permets d'employer à dessein le mot singularité, car il est l'un des grands oublié de la littérature arbitrale. (Cette littérature parle beaucoup d'harmonisation, d'uniformité, de prévision ou de prévisibilité, beaucoup moins de singularité). Cette singularité, à propos du conseil, s'explique par la nature de l'institution arbitrale.

A la différence de la procédure judiciaire nationale, l'arbitrage, notamment international, est une institution composite, où se rencontrent des conseils et des parties de nationalités et de traditions juridiques différentes. C'est dans ce contexte particulier, à la fois juridique et sociologique, et peut-être aussi psychologique, que la mission du conseil est amenée à s'exercer.

Cette mission, au moins dans l'inspiration initiale de l'arbitrage international, même si on l'oublie, consiste non à s'uniformiser mais plutôt à se singulariser, c'est-à-dire à mettre en place une stratégie de défense propre à l'arbitrage, et souvent élaborée à partir des différences juridiques et culturelles qui le caractérisent.

Il n'est pas interdit à un conseil de faire preuve d'imagination dans la stratégie procédurale d'arbitrage, d'utiliser au mieux pour son client les règles contractuelles de procédure à l'élaboration desquelles il est d'ailleurs associé, et c'est une grande différence par rapport au système judiciaire. Il peut, sans tomber bien sûr dans les manœuvres dilatoires, tenter de prolonger ou de raccourcir les délais d'arbitrage, utiliser à son profit le *Redfern Schedule* ou d'autre forme de communication de pièces. Surtout, chacun des conseils peut prendre appui sur le style ou les techniques qui relèvent de sa tradition juridique et nous savons combien fructueuse cette rencontre de traditions a pu être, et quel rôle ont joué, à cet égard, les conseils : l'art du contre-interrogatoire des témoins ou l'approche analytique des faits dans la tradition de *common law*, le souci de synthèse et de clarté, la force conceptuelle de la tradition de droit civil en sont des exemples.

C'est l'anecdote de Claude Reymond président du tribunal dans l'affaire *Greenpeace*, qui rappelait en souriant l'avocat unique et les brefs mémoires de l'État français et les dizaines de conseils, les milliers de pages de la Nouvelle Zélande.

Même s'il pose, on le verra, certains problèmes, le maintien, par les conseils, de ces différences de cultures et d'approche est une richesse de l'arbitrage, et ceux qui ont vécu l'affaire du Tunnel sous la Manche entre Eurotunnel et les sociétés de construction se souviennent des vifs débats entre les avocats anglais partisans d'une approche contractuelle des surcoûts des travaux, et les conseils français tentés plutôt par l'argument de la caducité du prix forfaitaire, en raison du bouleversement du projet technique lui-même. Ce genre de débats éclaire ce qu'il y a sans doute de mieux dans l'arbitrage : l'inventivité, le respect des cultures, la confrontation des idées entre les arbitres, les conseils et les parties.

En outre, la mission du conseil est influencée par un phénomène spécifique de l'arbitrage, à savoir l'osmose professionnelle qui existe entre les arbitres, les conseils et les centres d'arbitrage. Souvent, un conseil est arbitre et vice versa, souvent le membre d'un centre d'arbitrage devient conseil ou arbitre. Cette connaissance intime, par le conseil, du fonctionnement d'un tribunal arbitral, permet d'abord au conseil d'affiner sa stratégie, en sachant mieux ce que le tribunal attend de lui, ce qui peut lui plaire, et de préciser même cette analyse par une connaissance de la personnalité des arbitres, de leurs écrits, de leurs allocutions, de leur style.

Mais il existe aussi, dans l'arbitrage, une interaction souvent précieuse entre l'arbitre et le conseil, favorisée par la libre détermination des règles de procédure reconnue par les législations modernes d'arbitrage. En fait, souvent, le conseil, avec son client, s'engage dans une coopération avec le tribunal arbitral pour déterminer les règles de procédure, notamment à l'occasion, par exemple, de l'audience de *Case Management* prévue par le règlement de la Cour d'Arbitrage de la CCI. Cette interaction se double d'une autre coopération, celle que le conseil, notamment dans les grands litiges industriels, engage avec son client lui-même, ses techniciens et ses financiers, sous la houlette du directeur juridique, pour comprendre le métier de l'entreprise, et aussi déterminer des aspects importants de la procédure, notamment la sélection des documents à communiquer ou à solliciter.

Un dernier trait de la singularité de la mission du conseil dans l'arbitrage est la formation, au fil des années, de conseils spécialisés dans l'arbitrage. Cette évolution n'a pas concerné seulement les avocats, mais aussi des experts financiers ou techniques, des membres de l'Université. A l'intérieur des cabinets d'avocats, cette évolution n'a pas toujours été sans peine, certains doutant qu'il existât une spécificité de l'arbitrage, mais au fil des années cette spécialisation s'est imposée, pour créer, avec d'autres acteurs de l'arbitrage, une sorte de société professionnelle et internationale d'arbitrage.

Tel est le contexte, telle est aussi la consistance singulière de la mission, et aujourd'hui de la profession de conseil dans l'arbitrage.

2 LIMITES ET MENACES DE LA MISSION DE CONSEIL

Mais cette évolution professionnelle, si fructueuse à bien des égards, n'a-t-elle pas son revers ? Le conseil n'est-il pas exposé, parfois par sa faute, à des périls ? N'est-il pas entraîné, souvent à son insu, dans les conflits de l'instance ? Sa liberté, son indépendance ne sont-elles pas contestées ou menacées ? Comment et pourquoi ?

1. La loyauté du conseil vis-à-vis de l'institution arbitrale

Il faut rappeler d'abord, sans doute, que la mission de conseil s'exerce dans un certain cadre juridique, marquée par un devoir de loyauté vis-à-vis de l'institution arbitrale.

Le code de déontologie européen des avocats, par exemple, reçu en France et repris par le Règlement du Barreau de Paris, énonce en son article 21.4.3 que l'avocat, tout en défendant son client « sans crainte », a un devoir vis-à-vis de « l'office du juge », en l'occurrence non pas tant les arbitres que l'institution d'arbitrage elle-même. C'est parce qu'il est avocat, et en raison de son devoir de loyauté envers le client que l'avocat souscrit aussi un devoir de loyauté vis-à-vis de l'institution arbitrale : ce second devoir n'existe qu'en raison de la nomination antérieure d'un conseil par une partie.

Pour un avocat français, ce devoir s'étend même à la procédure arbitrale elle-même, ou en tout cas à ses principes fondamentaux. Une subtile passerelle est décrite par le règlement intérieur du Barreau de Paris en son article 6.2 qui énonce que « lorsqu'il est chargé d'une mission d'arbitrage, il (le conseil) doit en outre veiller au respect des règles particulières qui régissent la procédure arbitrale ; il doit notamment respecter les délais de procédure et le secret des délibérations, observer lui-même et faire observer le principe de la contradiction et de l'égalité à l'égard de toutes les parties à l'instance. »

On voit que ce texte reste général, il prend garde de ne pas limiter la liberté d'action du conseil, mais l'inscrit dans le cadre du fonctionnement fondamental de l'arbitrage. En d'autres termes, le conseil de par son statut, est soumis à deux types de devoirs de loyauté, l'un vis-à-vis de son client, l'autre non, à mon avis, envers les arbitres mais envers l'institution arbitrale.

L'une des conséquences de cet assujettissement est l'interdiction d'adopter une stratégie de rupture qui subvertit l'institution elle-même ou enraie son fonctionnement. Une instrumentalisation, parfois frauduleuse, de l'arbitrage a des fins extérieures à lui, comme dans l'affaire *Beltronics contre Protex*, la production de fausses pièces ou de faux témoignages (hypothèse rappelée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1er juillet 2010) des récusations injustifiées d'arbitre, des manœuvres d'obstructions ressortissent à une infraction de l'engagement spécifique du conseil en matière d'arbitrage.

De même, la jurisprudence française, à travers l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 17 janvier 2002, a estimé que violait son devoir procédural de loyauté et de bonne foi vis-à-vis de l'institution la partie qui soulève l'incompétence d'une juridiction étatique au profit de la juridiction arbitrale, puis une fois le tribunal saisi, affirme le contraire devant le tribunal arbitral puis le juge de l'annulation.

2. Les tensions entre la stratégie de défense et les règles de procédure

Les deux devoirs du conseil, vis-à-vis de son client et vis-à-vis de la procédure peuvent s'harmoniser mais aussi susciter une tension entre elles, en raison d'une contradiction possible entre la règle procédurale applicable et la stratégie de défense développée par le conseil au mieux des intérêts de son client.

Un exemple est donné par l'intérêt stratégique, pour un conseil, de fractionner ou de distiller subtilement les demandes de son client ou certains aspects du litige, et l'exigence de la jurisprudence française de soulever devant l'arbitre, sous peine d'irrecevabilité, tous les moyens qui tendent à une finalité unique (arrêts de la Cour de Cassation 1^{ère} chambre, des 12 avril 2012 et 28 mai 2008), sur l'obligation de concentrer les demandes et les moyens, que certains arrêts, il est vrai, semblent limiter à l'arbitrage interne.

Une autre illustration est fournie par le respect, par le conseil, du secret professionnel lorsque son client n'a pas agi de bonne foi, comme dans l'affaire *CIRDI Methanex contre États-Unis* (sentence du 3 août 2005), où le tribunal s'offusqua du fait que Methanex demandait la production de documents dont il avait déjà reçu les originaux par des moyens illicites, la réprimande du Tribunal s'étendant, au moins implicitement, au conseil de l'investisseur.

En dehors de ces tensions, de ces hésitations possibles, de cette navigation difficile du conseil entre le rivage de la défense du client et celui des règles de procédure, il y a aussi le domaine des manquements, par incompétence, excès de zèle ou mauvaise foi, du conseil, dont les fautes se répercutent sur son client, car elles deviennent les siennes, aux yeux du Tribunal arbitral, du centre d'arbitrage ou de la juridiction du recours. C'est le sujet que le Professeur Ugo Draetta a évoqué, peut-être avec délice, dans son livre intitulé : *Les Conseils, premiers ennemis de leurs clients en matière d'arbitrage ?* Avec, tout de même, un point d'interrogation. Il s'agit d'une vaste liste de fautes ou d'insuffisances dans la conduite de la procédure arbitrale.

La relation entre le conseil et son client ne peut d'ailleurs ne pas être mentionnée, avec sa coopération précieuse, mais aussi ses hauts et ses bas, et ses tensions. Tension quand un conseil, pour des questions d'organisation interne, organise avec le tribunal un calendrier ou des règles de procédure qui ne correspondent pas tout à fait aux souhaits du client. Tension quand un conseil livre ses projets d'écriture trop tard à son client. Tension quand un client multiplie les conseils sur le même litige, ce qui rend difficile la prise de décision. Tension quand un client ne se donne pas les moyens de financer un litige arbitral complexe, ou considère son conseil comme un simple

prestataire de services ou un fournisseur, ce qui fausse la relation entre l'un et l'autre. Complication parfois lorsqu'intervient un tiers financier, lorsque le conseil a plusieurs interlocuteurs dont les vues ne sont pas toujours convergentes. Cette énumération n'est pas exhaustive, sans doute.

3. Le conseil, objet ou enjeu des conflits de la procédure

Un autre genre de menace, propre à l'arbitrage, pèse sur la mission du conseil, lorsque celui-ci, non plus par sa faute mais à son corps défendant, est entraîné dans les conflits de la procédure, dont il devient parfois un enjeu.

Cette attraction peut se produire au moment de la constitution du tribunal arbitral, lorsque l'arbitre est confronté à son devoir de révélation de toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'indépendance et d'impartialité.

La proximité familiale, amicale ou professionnelle entre un arbitre et un conseil peut donner lieu, nous le savons, à des difficultés, comme l'ont montré en France plusieurs arrêts consacrés, en particulier, au devoir de révélation de l'arbitre.

L'arrêt du 12 janvier 1999 de la Cour d'Appel de Paris, l'arrêt de la même Cour du 18 décembre 2008, son arrêt du 12 février 2009, les arrêts de la Cour de cassation du 20 octobre 2010, l'arrêt de la Cour de cassation du 10 octobre 2012 dans l'affaire *Tecso contre Neoelectra Group* illustrent en effet ce thème.

Cette jurisprudence éclaire la prudence que l'arbitre, la partie et le conseil lui-même doivent adopter pour procéder à une évaluation d'une situation souvent complexe, et en tirer les conséquences sur l'étendue de la révélation nécessaire ou la désignation d'un arbitre. Existe-t-il un lien structurel, passé ou présent, entre le conseil et l'arbitre, qui pourrait le plus souvent se révéler discriminant ? Existe-t-il une relation d'affaires, systématiques, fréquente ou simplement occasionnelle comme dans l'affaire *Tecso* dont la Cour suprême a écarté le caractère discriminant ? Telle est la question.

Une autre série d'hypothèses d'entraînement du conseil dans les conflits procéduraux dont il finit par devenir lui-même un enjeu concerne le déroulement de l'instance et, à cet égard, les différences de déontologie ou de cultures entre les conseils.

C'est aux conseils, en premier lieu, et bien sûr aussi aux arbitres, à veiller à ce que l'égalité soit respectée dans la confrontation des traditions juridiques. Marc Henry, dans son bel article sur la loyauté des arbitres envers les conseils, paru aux Cahiers de l'Arbitrage en 2014, a pris comme exemple l'obligation de production spontanée de pièces pour les conseils de *Common Law*, qui n'existe pas pour des avocats français. La production de pièces qui comporte des omissions ou un caviardage peut aussi être conçue à travers des prismes différents, de sorte que l'arbitre, avec les conseils eux-mêmes, est appelé à clarifier à l'avance la règle du jeu.

De même, on peut penser aux questions de confidentialité des correspondances entre conseils ou de conseil à client, qui ne bénéficient pas de la même approche, ou encore du degré de sincérité dans l'argumentation développé auprès du tribunal arbitral.

Enfin, l'interrogation des témoins, et surtout leur préparation, soulève encore, dans certains pays de droit civil, des difficultés, puisque cette préparation est perçue comme un manquement aux obligations déontologiques de l'avocat, et c'est la raison pour laquelle le Conseil de l'Ordre des avocats de Paris a adopté le 26 février 2008 une résolution énonçant que dans les arbitrages internationaux, la préparation du témoin par l'avocat ne porte pas atteinte aux principes essentiels de la profession d'avocat.

4. Le foisonnement des codes d'éthique et des recommandations

Comme pour les arbitres, et les parties elles-mêmes, une réflexion sur la mission du conseil ne saurait omettre ou tenter d'oublier l'expansion des règlements, des codes d'éthique ou des recommandations qui fournissent au conseil des repères, des suggestions utiles, mais laissent aussi filtrer l'ambition de s'ériger en normes du métier. A travers ces instruments, s'insinue une autre représentation du conseil, de sa mission, qui risque peut-être d'en altérer la nature.

Parmi ces initiatives de codification, on peut signaler les Principes généraux de la profession d'avocat de l'IBA, les principes de Turin de l'Union Internationale des avocats, le Code de déontologie européen, les recommandations de l'IBA sur la représentation des parties dans l'arbitrage international.

Ce dernier texte offre un inventaire, non obligatoire mais à la disposition des parties et des arbitres qui peuvent s'y référer ou même l'incorporer dans les règles de procédure, de dispositions précises sur la conduite du conseil dans l'arbitrage, notamment les témoignages, la production des documents, les soumissions des parties. Par exemple, les articles 12 et suivants énumèrent les techniques ou les initiatives qu'un conseil devrait prendre soit auprès du tribunal, soit auprès de son client pour assurer la production des documents, elle-même faisant l'objet d'un autre texte, les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international.

La codification des règles de conduite concerne également les règlements d'arbitrage. La LCIA a publié, le 18 février 2014, un nouveau projet de règlement qui inclut une annexe énonçant les principes généraux de conduite pour les représentants des parties ainsi qu'une clause qui exige de chaque partie de s'assurer que tous ses représentants ont accepté de respecter ces principes pour comparaître devant le tribunal arbitral. Interdiction aux conseils de faire de fausses déclarations devant le tribunal, de contester de manière frivole la compétence ou l'autorité du tribunal, de dissimuler ou d'aider à dissimuler des éléments de preuve qui doivent être produits, et bien d'autres dispositions forment un éventail large de prohibitions et de normes de conduite qui, cette fois, auraient une valeur obligatoire, puisqu'elles seraient intégrées dans un règlement contractuel. D'ailleurs, dans ce projet, le tribunal aurait le pouvoir

de décider si un conseil a enfreint l'un des principes de conduite et d'imposer des sanctions, dont l'étendue est encore à l'étude.

Les rédacteurs de ces recommandations font parfois penser à ces rabbins, chers à l'humour juif, qui vont dans les villages en criant : « J'ai toutes les réponses, donnez-moi les questions ». Cette inversion de la réponse et de la question, cette prééminence de la réponse toute faite par rapport à la question, cette hantise de la notion de réponse, soulève la problématique, qui elle est une question, de la portée de ces normes et de leur effet sur la mission du conseil.

Tant qu'elles demeurent des instruments commodes, ces recommandations peuvent enrichir la réflexion du conseil, et parfois le guider. Quand elles deviennent, aux yeux de certains, un label de qualité technique, et une source de pression ou de contestation si elles ne sont pas suivies, elles appellent sans doute des réserves, comme l'ont relevé des auteurs comme Gerald Philipps (« *Is creeping legalisation infecting Arbitration ?* » 58 *Disp.Resolution.J.37* (2003), Michael Schneider dans son message à l'ASA de septembre 2013, Toby Landau (*Lecture at the Opening of the MIDS session of September 2014*) et même Gabrielle Kaufman dans certaines de ses études.

Nous le savons, les *ready made*, ont eu pour objectif dans l'histoire de l'art, de contester l'art lui-même. S'il est vrai que le titre des *Mélanges Sanders* de 1982, L'art de l'arbitrage, péchait par idéalisme, est-il répréhensible de ne pas être tenté ou convaincu l'expression contraire de certains auteurs, l'industrie arbitrale, dans laquelle devraient prédominer les techniques de gestion et de contrôle ?

Que penser, à propos du conseil, de ces deux options ?

Vous connaissez le mot de Churchill : « Après la guerre, j'ai eu deux options, finir député ou finir alcoolique. Les électeurs ont fait pour moi le bon choix : je ne suis plus député ».

A propos des recommandations, il me semble qu'en codifiant, à propos du conseil ou de l'arbitre, les détails de l'instance, ce qu'on a nommé la micro gestion (*micromanagement*), elles peuvent avoir, sur l'instance, un effet de gel ou de pétrification de son déroulement, et bien sûr de sa flexibilité.

A propos du conseil, je crois que ce dernier, comme l'arbitre d'ailleurs, expérimente, une certaine altération, parfois une dégradation de la représentation de sa mission.

D'abord, la loyauté du conseil vis-à-vis de son client ou de l'institution arbitrale n'est pas, je crois, une obligation ni morale ni contractuelle, mais un devoir inhérent à son statut, ce qui n'est pas tout à fait la même chose, car ce devoir ne se définit pas à travers des recommandations, des maximes ou des techniques de conduite. Il n'a pas vraiment besoin qu'on lui fasse la leçon, bien que donner des leçons soit une passion contemporaine. Cette nuance a été remarquablement évoquée par Marc Henry dans son article de 2014 des Cahiers de l'arbitrage en disant à propos de l'arbitre que la confiance des parties ne tient pas d'un engagement contractuel de loyauté que l'arbitre souscrirait en acceptant sa mission... l'arbitre ne s'engage pas à être loyal. Il est loyal ou il ne l'est pas ». Je crois que cette remarque peut être transposée à la loyauté du conseil, et d'une manière générale à la notion de loyauté elle-même,

comme l'estiment aussi Laurent Aynès dans son article des archives de Philosophie du Droit en 2000, aux remarques de Monsieur Kleiman et de Madame Saleh sur la célérité et la loyauté de droit français de l'arbitrage international (Cahiers de l'arbitrage de 2012) et l'analyse convergente de Professeur Cadiet dans les *Mélanges Normand*, Litec, page 80.

En outre, il existe une hiérarchie de valeurs et d'objectifs dans la mission du conseil, comme dans celle de l'arbitre, et cette hiérarchie, ce relief arbitral, est parfois perdu de vue, par un effet d'aplatissement de l'approche technique de l'institution. Un arbitre est d'abord un juge, avant d'être un gestionnaire de la procédure. Un conseil est d'abord un défenseur indépendant et singulier, et non pas un prestataire de services en pilotage automatique. Le conseil, comme l'arbitre, est ainsi amené à réfléchir sur les liens, et peut-être l'identité, entre la technique et le moralisme, cette dégradation de la morale, qui sont peut-être une seule et même chose, mais ce sujet nous entraînerait trop loin.

CONCLUSION

Pour conclure, que dire de la résistance du conseil aux menaces qui pèsent sur sa mission ?

Comment celui-ci peut-il préserver la singularité de sa mission, éviter les fautes, se soustraire aussi à la banalisation de son rôle ?

En fait, par un retour au commencement de notre propos, les acteurs de l'arbitrage, partie, arbitre, conseil, centre d'arbitrage, sont intimement liés les uns aux autres. Le fil conducteur de la conduite du conseil, c'est le respect des arbitres, sa coopération avec eux, c'est aussi l'écoute de son client, la compréhension de son métier, la convergence, et jamais la divergence, de ses intérêts avec les siens. L'arbitre exprime sa mission en assurant au conseil la plénitude de sa mission, la partie assure ses intérêts dans la confiance qu'elle ménage à son conseil, et en acceptant la liberté de son langage et parfois de ses décisions. À l'intérieur du cercle de ces acteurs, et pour chacun, la représentation des autres assure la sienne propre, avec une distance nécessaire, la distance qui est peut-être inhérente à la véritable proximité, comme si chacun de ces acteurs trouvait ou retrouvait son identité dans le regard des autres et dans la représentation qu'il a de chacun d'eux.