

Rimdolmsom Jonathan Kabre

# Le rôle des juristes privés (avocats et conseils) dans le règlement des différends impliquant les États

Étude à la lumière de la pratique devant la Cour internationale de Justice, le Tribunal international du droit de la mer, l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, la Cour permanente d'arbitrage et les tribunaux arbitraux d'investissements



Rimdolmsom Jonathan Kabre

**Le rôle des juristes privés  
(avocats et conseils) dans le règlement  
des différends impliquant les États**



Rindolmsom Jonathan Kabre

## **Le rôle des juristes privés (avocats et conseils) dans le règlement des différends impliquant les États**

Étude à la lumière de la pratique devant la Cour internationale de Justice, le Tribunal international du droit de la mer, l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, la Cour permanente d'arbitrage et les tribunaux arbitraux d'investissements

Helbing Lichtenhahn

*Publié avec le soutien du Fonds des publications de l'Université de Lausanne*

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.dnb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Appartiennent exclusivement à la maison d'édition notamment les droits de reproduction, de représentation, de diffusion, de traduction ou d'adaptation, intégrales ou partielles, ainsi que de transfert et d'enregistrement de l'œuvre, par quelque procédé que ce soit (graphique, technique, électronique et/ou digital, y compris la photocopie et le téléchargement). De telles utilisations de l'œuvre en dehors des limites de la loi sont strictement interdites et requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition.

ISBN 978-3-7190-4414-5

© 2021 Helbing Lichtenhahn, Bâle  
[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)

*« Un avocat est dans le procès ce qu'est un cuisinier dans un repas ».*

Aristippe de Cyrène

*« Le rôle fondamental du juriste, comme celui de l'avocat, est moins de déterminer si une cause est bonne ou mauvaise, que de découvrir ce qu'il y a de bons dans les plus mauvaises causes »*

Auguste Detœuf, *Propos de O.L. Barenton, confiseur*, Ed. du Tambourinaire, 1962, p. 131.





## Remerciements

S'il est vrai que la qualité d'auteur m'attribue la responsabilité de ces lignes, il est aussi vrai que sans le concours de certaines personnes et institutions, le présent ouvrage n'aurait pas vu le jour. Qu'il me soit permis de leur exprimer ma profonde gratitude au travers des lignes suivantes.

Je remercie, en premier lieu, Monsieur le Professeur Andréas Ziegler pour avoir accepté de superviser ce travail doctoral ayant donné lieu au présent ouvrage. La disponibilité, la confiance et la liberté qu'il m'a accordées dans l'organisation et la conduite de ce travail ont rendu cette expérience enrichissante. Qu'il trouve ici l'expression de ma reconnaissance.

Mes remerciements vont ensuite au Professeur Andréa Bonomi, directeur du Centre de Droit Comparé, Européen et International (CDCEI) de l'Université de Lausanne et aussi président de ma commission de soutenance. Le Professeur Andréa Bonomi a supervisé mon mémoire de fin de master et a, dans une certaine mesure, suscité mon intérêt pour des recherches doctorales.

J'aimerais aussi remercier les professeurs Catharine Titi, Eva Lein et Makane Moïse Mbengue, membres de ma commission de soutenance, pour avoir accepté d'examiner cette thèse et d'y apporter leurs critiques et suggestions. Ce fut un honneur et un plaisir de pouvoir discuter avec eux du sujet de cette thèse lors de la soutenance.

J'adresse également mes sincères remerciements au Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law avec, à sa tête, la Professeure Hélène Ruiz-Fabri pour m'avoir permis d'y effectuer un séjour de recherche fort instructif. Un grand merci également aux collègues doctorants ainsi qu'aux chercheurs invités du Max Planck Institute (promotion 2018) pour les discussions et débats sur certains aspects de ce travail.

Mes remerciements vont, en outre, à l'Institut Suisse de Droit Comparé pour toute l'assistance dont j'ai bénéficié durant tout le temps de cette recherche.

A la famille Sauter, merci de m'avoir considéré comme l'un des vôtres et d'avoir fait de mon séjour en Suisse une expérience humaine inoubliable.

Une mention spéciale à mes amis et connaissances disséminés un peu partout en Suisse, au Luxembourg, en France, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire. Dans les moments de doute, votre soutien, vos mots d'encouragements et votre présence m'ont permis de retrouver la force nécessaire pour mener à bien ce projet. Je ne serais jamais arrivé où je suis sans ma famille. Ma sincère reconnaissance va à mes parents pour les valeurs inculquées qui fondent ma personnalité et qui

se sont révélées nécessaire pour la bonne conduite de cette recherche mais aussi pour toutes les expériences de la vie. Ma gratitude va également à mes frères et sœurs sans qui, je ne serais pas le même et enfin au couple pastoral Ouédraogo (mon pépé et ma mémé) pour leur présence constante et leurs conseils avisés.

Enfin, j'aimerais remercier le Centre for Human Rights de l'Université de Pretoria (Afrique du Sud) où j'effectue mes recherches postdoctorales. Je suis particulièrement reconnaissant aux professeurs Daniel Bradlow et Frans Viljoen pour l'accueil et les conditions de travail excellentes qui m'ont notamment permis de finaliser le présent ouvrage.

## Préface

L'ouvrage que l'on va lire est la publication de la belle thèse pour le doctorat en droit de l'Université de Lausanne, brillamment soutenue par Rimdolmsom Jonathan Kabré en mai 2019 devant un jury composé d'Andréa Bonomi, Eva Lein, Catharine Titi, Moïse Makane Mbengue et du signataire de ces lignes.

Cette thèse a porté sur un sujet original et intéressant, de plus en plus discuté en droit international, à savoir le rôle des avocats et conseils dans le procès international. Bien que jouant un rôle qualifié d'«irremplaçable» devant les tribunaux internationaux, ces auxiliaires de la justice ont néanmoins vu leur rôle être quelque peu contesté ces dernières années et l'auteur nous propose une analyse systématique de cette problématique.

Pour ce faire, M. Kabré, non seulement, passe en revue la jurisprudence et la doctrine pertinentes, mais également, étudie et analyse également la position des États et ce, surtout au travers d'un examen minutieux des pièces écrites, des plaidoiries et des jugements. C'est dire de l'énorme travail de recherche entrepris. C'est à partir de cette solide base empirique que l'auteur propose une réflexion personnelle poussée sur les différents aspects de l'action de ces juristes.

La thèse est divisée en deux parties, chacune comprenant deux chapitres. La première partie a trait à la légalité de l'action de ces avocats et conseils et examine les fonctions différenciées que ceux-ci peuvent remplir dans le cadre du procès international. La deuxième partie, axée sur la légitimité, met l'accent sur les problèmes soulevés par leur présence. Ceux-ci ont trait à leur légitimation, aux coûts, aux conflits d'intérêts ainsi qu'à leur redevabilité.

Nous sommes en présence d'un texte d'une grande maturité intellectuelle. L'auteur fait preuve d'une vaste connaissance du droit international, ainsi que d'une maîtrise extraordinaire de la jurisprudence, de la pratique et de la doctrine.

Les conclusions et recommandations de l'auteur pourraient se révéler d'une grande utilité pour les débats et discussions, notamment dans le contexte actuel de réformes à apporter au système de règlement des différends internationaux.

Andreas R. Ziegler

Professeur ordinaire à l'École de droit de l'Université de Lausanne

Président de la Section suisse de l'Association de droit international (ADI)

### *Résumé*

Cette thèse examine l'action des juristes (avocats et conseils), intervenant dans le contentieux international, aux côtés des États litigants et se structure autour de deux axes. Le premier axe vise un triple objectif de définition de ces juristes du procès international, de clarification du cadre légal au sein duquel se déroule leur action et d'identification des différents rôles qu'ils peuvent jouer. Dans le second axe, l'analyse se portera sur la légitimité de ces juristes privés comme mandataires d'États litigants. Quelles sont les questions de légitimité que l'action des avocats et des conseils pose? Dans quelle mesure, leur légitimité comme mandataires d'États litigants peut être améliorée? Ainsi, nous serons amenés à préciser la notion de légitimité dans le contexte du procès international, à examiner les standards normatifs de légitimité ainsi que les facteurs influençant la perception de la légitimité de ces juristes. Nous terminerons notre analyse en proposant des recommandations dans ce sens.

### *Mots clés*

Avocat-agent; Barreau invisible; Cabinets juridiques; Code de conduite; Conflits d'intérêts; Conseil; Éthique; Facteurs de légitimité; Honoraires juridiques; Juristes privés; Justification de l'autorité; Pouvoirs inhérents des tribunaux internationaux; Représentation étatique; Responsabilité des juristes.

### *Abstract*

This thesis investigates the issue of private lawyers (advocates and counsel) participation in international adjudication, alongside litigant States, and is structured around two axes. The first axis aims at threefold objective of defining who are these lawyers, of clarifying the legal framework in which they operate and discussing the different roles these lawyers can be entrusted with. In the second axis, the analysis will focus on the legitimacy of these private lawyers acting for litigant States. What are the legitimacy-related problems the action of these lawyers raises? To what extent can their legitimacy as agents of litigating states be improved? Thus, we will have to clarify the notion of legitimacy in the context of the international dispute resolution, to examine the normative standards of legitimacy as well as the factors influencing the perception of private lawyers' legitimacy. We will conclude our analysis by proposing recommendations in this direction.

*Keywords*

Agent-lawyer; Code of conduct; Conflicts of Interests; Counsel; Ethics; Inherent Powers of International Tribunals; Invisible Bar; Justification of the Authority; Law Firms; Lawyers Accountability; Legal Fees; Legitimacy Factors; Private Lawyers; State Representation.



# Sommaire

Remerciements . . . . .	VII
Préface . . . . .	IX
Table des matières . . . . .	XV
Liste des abréviations . . . . .	XXI
<b>Introduction . . . . .</b>	<b>1</b>
<b>Première partie: De la légalité du rôle des avocats et conseils dans le procès international . . . . .</b>	<b>9</b>
<b>Chapitre I: La question préalable de la présence des avocats et conseils aux côtés des États dans la résolution des différends internationaux . . . . .</b>	<b>11</b>
Section préliminaire: Approche définitionnelle des avocats et conseils . . . . .	13
Section I: Approche théorique: le principe de libre représentation des États . . . . .	41
Section II: Analyse jurisprudentielle de la présence des juristes privés devant certaines juridictions internationales . . . . .	52
Conclusion du chapitre I de la première partie . . . . .	80
<b>Chapitre II: Les avocats et conseils dans la procédure de règlement des différends impliquant les États . . . . .</b>	<b>83</b>
Section I: Définition et étendue des fonctions exercées par les avocats et conseils dans le cadre de la procédure contentieuse internationale . . . . .	83
Section II: Les actes de procédure accomplis par ces professionnels du droit . . . . .	102
Conclusion du chapitre II de la première partie . . . . .	131
<b>Conclusion de la première partie . . . . .</b>	<b>133</b>
<b>Deuxième partie: De la légitimité de l'action des avocats et conseils dans le contentieux international . . . . .</b>	<b>135</b>
<b>Chapitre I: Conceptualisation de la légitimité des juristes privés agissant pour les États litigants . . . . .</b>	<b>137</b>
Section I: Légitimité des juristes privés dans le contexte du contentieux international . . . . .	137

Section II:	Les facteurs influençant la légitimité des juristes privés agissant pour les États litigants . . . . .	153
Conclusion du chapitre I de la deuxième partie . . . . .		209
<b>Chapitre II:</b>	<b>Quelle responsabilité pour le juriste privé intervenant dans le cadre du procès international?</b>	213
Section préliminaire: Responsibility, liability or accountability? . . . . .		214
Section I:	Le régime juridique de responsabilité des juristes privés est caractérisé par une absence de clarté . . . . .	222
Section II:	Quelle place pour les tribunaux internationaux dans la régulation des avocats et conseils? . . . . .	242
Conclusion du chapitre II de la deuxième partie . . . . .		258
<b>Conclusion de la deuxième partie . . . . .</b>		261
<b>Conclusion générale . . . . .</b>		263
Annexes . . . . .		273
Annexe I:	Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des parties dans l'arbitrage international . . . . .	273
Annexe II:	The Hague Principles on Ethical Standard for Counsel Appearing before international courts and tribunals . . . . .	288
Bibliographie indicative . . . . .		293



# Table des matières

Remerciements . . . . .	VII
Préface . . . . .	IX
Sommaire . . . . .	XIII
Liste des abréviations . . . . .	XXI
<b>Introduction . . . . .</b>	<b>1</b>
<b>Première partie: De la légalité du rôle des avocats et conseils dans le procès international . . . . .</b>	<b>9</b>
<b>Chapitre I: La question préalable de la présence des avocats et conseils aux côtés des États dans la résolution des différends internationaux . . . . .</b>	<b>11</b>
Section préliminaire: Approche définitionnelle des avocats et conseils . . . .	13
A. L'absence d'une définition de l'avocat et du conseil au plan international	14
B. Le barreau international: d'une inexistence formellement consacrée à une existence matériellement constatée . . . . .	22
C. Un aperçu des cabinets intervenant pour le compte des États devant les tribunaux internationaux . . . . .	29
1. Cabinets et juristes-clés . . . . .	30
2. Les cabinets juridiques et la clientèle étatique . . . . .	37
Section I: Approche théorique: le principe de libre représentation des États . . . . .	41
A. Un principe essentiel dans la représentation des États . . . . .	41
B. Un principe toutefois limité . . . . .	46
1. Le pouvoir de contrôle de la juridiction sur le choix du représentant étatique . . . . .	46
2. Les incompatibilités . . . . .	49
Section II: Analyse jurisprudentielle de la présence des juristes privés devant certaines juridictions internationales . . . . .	52
A. Les organes judiciaires . . . . .	52
1. La Cour internationale de Justice (et la Cour permanente de Justice internationale) . . . . .	53
2. Le Tribunal International du Droit de la Mer (TIDM) . . . . .	56
3. L'Organe de Règlement des Différends de L'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) . . . . .	63

B. Les organes arbitraux . . . . .	71
1. La Cour permanente d'arbitrage (CPA) . . . . .	72
2. Tribunaux ad hoc CIRDI . . . . .	75
Conclusion du chapitre I de la première partie . . . . .	80
<b>Chapitre II: Les avocats et conseils dans la procédure de règlement des différends impliquant les États . . . . .</b>	<b>83</b>
Section I: Définition et étendue des fonctions exercées par les avocats et conseils dans le cadre de la procédure contentieuse internationale . . . . .	83
A. Le juriste agissant comme représentant étatique . . . . .	84
1. L'avocat-agent . . . . .	84
2. L'avocat agissant au nom de l'État: le cas particulier du TIDM . . . . .	92
B. L'avocat comme assistant de l'État . . . . .	96
1. L'avocat-conseil . . . . .	96
2. L'avocat présent aux côtés de l'État mais en qualité de mandataire d'une tierce partie . . . . .	99
3. L'avocat-témoin . . . . .	100
Section II: Les actes de procédure accomplis par ces professionnels du droit . . . . .	102
A. Dans le cadre de la procédure écrite . . . . .	103
1. Les pièces contenant les arguments de droit et de fait des parties . . . . .	103
a. Les mémoires, contre-mémoires, répliques et dupliques: la plaidoirie écrite . . . . .	104
b. Les déclarations de témoins et les rapports d'experts . . . . .	108
2. L'administration des éléments de preuve . . . . .	109
B. Dans le cadre de la procédure orale . . . . .	119
1. Les plaidoiries des parties . . . . .	119
2. L'interrogatoire et contre-interrogatoire (cross-examination) . . . . .	123
Conclusion du chapitre II de la première partie . . . . .	131
<b>Conclusion de la première partie . . . . .</b>	<b>133</b>
<b>Deuxième partie: De la légitimité de l'action des avocats et conseils dans le contentieux international . . . . .</b>	<b>135</b>
<b>Chapitre I: Conceptualisation de la légitimité des juristes privés agissant pour les États litigants . . . . .</b>	<b>137</b>
Section I: Légitimité des juristes privés dans le contexte du contentieux international . . . . .	137
A. Tentative de définition de la légitimité des avocats-agents et conseils . . . . .	137
1. Légitimité et légalité . . . . .	139
2. Légitimité et autorité . . . . .	143

B.	Légitimité et problèmes de légitimité des juristes privés . . . . .	144
1.	Un stock initial de légitimité . . . . .	144
2.	La légitimité des avocats-conseils à l'épreuve des critiques émises contre leur action : l'insuffisance des standards traditionnels à justifier cette autorité . . . . .	147
a.	La remise en cause des justificatifs traditionnels de la légitimité . . . . .	147
b.	Juristes privés et contentieux international : vers une privatisation du système de règlement des différends internationaux? . . . . .	150
Section II:	Les facteurs influençant la légitimité des juristes privés agissant pour les États litigants . . . . .	153
A.	La proximité du juriste mandaté avec l'État mandataire . . . . .	154
1.	Le lien de proximité . . . . .	154
2.	La contribution du juriste privé à la défense des intérêts de l'État représenté . . . . .	157
a.	les spécificités étatiques à prendre en considération par le juriste privé . . . . .	157
b.	De la question de l'identification des intérêts étatiques engagés dans le procès international . . . . .	166
3.	La conséquence de l'absence de proximité entre l'État représenté et le juriste privé : les conflits d'intérêts . . . . .	173
a.	Conflits d'intérêts internes à la relation entre le juriste et l'État litigant . . . . .	174
a.1.	La représentation simultanée de différents intérêts . . . . .	174
a.1.1.	Les affaires Telekom Malaysia Berhad v. Republic of Ghana et RFCC v. Morocco . . . . .	176
a.1.2.	Les affaires Blue Bank v. Venezuela et Longreef v. Venezuela . . . . .	178
a.1.3.	L'affaire SGS v. Pakistan . . . . .	179
a.1.4.	L'affaire ICS Inspection and Control Services Limited v. Republic of Argentina . . . . .	181
a.1.5.	L'affaire Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Deuxième recours du Canada à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends . . . . .	185
a.1.6.	L'affaire Thaïlande – Droits Antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne, . . . . .	185
a.2.	La représentation successive de litigants . . . . .	187
a.2.1.	L'affaire Vivendi v. Argentine . . . . .	188
a.2.2.	L'affaire Salini c. Jordanie . . . . .	188
a.2.3.	L'affaire Amco v. Indonesia . . . . .	189

b. Conflits d'intérêts externes à la relation entre le juriste et l'État litigant . . . . .	189
B. Honoraires d'avocats et perception de leur légitimité . . . . .	191
1. Vers une commercialisation de l'activité des juristes internationaux ? . . . . .	192
2. Le financement des honoraires d'avocats par des sources externes . . . . .	206
a. Les tiers financeurs . . . . .	206
b. Les fonds prévus par les tribunaux internationaux . . . . .	208
Conclusion du chapitre I de la deuxième partie . . . . .	209
<b>Chapitre II:           Quelle responsabilité pour le juriste privé intervenant dans le cadre du procès international?</b>	<b>213</b>
Section préliminaire: Responsibility, liability or accountability? . . . . .	214
A. Juristes intervenant dans le procès international et la règle de l'attribution à l'État des actes accomplis par ses organes et autres représentants . . . . .	215
B. La responsabilité des juristes sous l'angle de la redevabilité (accountability) . . . . .	219
Section I:           Le régime juridique de responsabilité des juristes privés est caractérisé par une absence de clarté . . . . .	222
A. L'absence de standards éthiques clairs encadrant la conduite des juristes privés au niveau international . . . . .	223
1. D'une non-consécration des normes éthiques ... . . . . .	223
2. ... à l'existence d'un ensemble minimal de règles éthiques communes . . . . .	226
B. Les tribunaux internationaux peuvent-ils exercer un pouvoir disciplinaire sur les avocats et conseils intervenant devant eux? . . . . .	229
1. Devant les tribunaux interétatiques . . . . .	229
a. CIJ: une question globalement ignorée . . . . .	230
b. TIDM: une approche assez timide . . . . .	233
c. OMC: une juridiction encore balbutiante sur la question . . . . .	234
2. Devant les tribunaux arbitraux d'investissement: diversité d'approches . . . . .	237
a. L'affaire Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines . . . . .	238
b. L'affaire Foresti v. South Africa . . . . .	239
c. L'affaire Pope & Talbot v. Canada (arbitrage CNUDCI) . . . . .	240
d. L'affaire Libanaco Holdings Co vs Turkey . . . . .	241
e. Le point de vue de la doctrine . . . . .	241
Section II:           Quelle place pour les tribunaux internationaux dans la régulation des avocats et conseils? . . . . .	242
A. A l'exception des tribunaux internationaux, existe-il des autorités pouvant réguler les avocats et conseils du procès international? . . . . .	243
1. Le barreau d'origine de l'avocat . . . . .	243

2. Les tribunaux nationaux de l'État représenté . . . . .	246
B. Responsabilité des juristes privés et pouvoirs inhérents des tribunaux internationaux . . . . .	247
1. Les pouvoirs inhérents incluent-ils le pouvoir disciplinaire? . . . . .	248
2. De la nécessité d'une régulation des juristes privés par les tribunaux internationaux pour une meilleure légitimation de l'autorité ces juristes . . . . .	254
Conclusion du chapitre II de la deuxième partie . . . . .	258
<b>Conclusion de la deuxième partie . . . . .</b>	<b>261</b>
<b>Conclusion générale . . . . .</b>	<b>263</b>
Annexes . . . . .	273
Annexe I: Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des parties dans l'arbitrage international . . . . .	273
Préambule . . . . .	273
Définitions . . . . .	275
Application des Lignes Directrices . . . . .	276
Note explicative aux Lignes Directrices 1 à 3 . . . . .	276
Représentation d'une Partie . . . . .	277
Note explicative aux Lignes Directrices 4 à 6 . . . . .	277
Communications avec les Arbitres . . . . .	278
Note explicative aux Lignes Directrices 7 et 8 . . . . .	278
Soumissions au Tribunal Arbitral . . . . .	280
Note explicative aux Lignes Directrices 9 à 11 . . . . .	280
Production de Documents . . . . .	281
Note explicative aux Lignes Directrices 12 à 17 . . . . .	282
Témoins et Experts . . . . .	284
Note explicative aux Lignes Directrices 18 à 25 . . . . .	285
Sanctions en cas de Violation . . . . .	286
Note explicative aux Lignes Directrices 26 et 27 . . . . .	287
Annexe II: The Hague Principles on Ethical Standard for Counsel Appearing before international courts and tribunals . . . . .	288
1. Scope . . . . .	289
2. General Principles . . . . .	289
3. Relations with the Client . . . . .	289
4. Conflicts of Interest . . . . .	290
5. Relations with the International Court or Tribunal . . . . .	291
6. Presentation of Evidence . . . . .	291
7. Relations with Others . . . . .	292
Bibliographie indicative . . . . .	293
I. Sources légales . . . . .	293

A.	Traités internationaux	293
B.	Législation	293
C.	Règles régissant le fonctionnement des cours et tribunaux internationaux	294
D.	Soft law	295
II.	Jurisprudence	296
A.	CPII	296
B.	CIJ	296
C.	TIDM	299
D.	OMC	301
E.	CPA	301
F.	CIRDI	302
G.	CNUDCI	304
H.	Recueil des sentences arbitrales (RSA)	306
I.	Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)/Cour de justice des communautés européennes (CJCE)	306
J.	Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)	307
K.	Tribunaux nationaux	307
III.	Doctrine	307
A.	Ouvrages généraux	307
B.	Ouvrages spécifiques	310
C.	Contributions à un ouvrage collectif	312
D.	Recueil de cours de l'académie de droit international de la Haye	317
E.	Encyclopédies	318
F.	Mélanges	319
G.	Colloques	320
H.	Articles	320
I.	Rapports	325
J.	Documents Web, blogs	326

## Liste des abréviations

AELE	Association européenne de libre-échange
AIB	Association internationale du barreau
AJIL	American Journal of International Law
al.	Alinéa(s)
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
ALSF	African Legal Support Facility
Art.	Article
CCBE	Conseil des barreaux européens
CE	Communauté Européenne
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEE	Communauté économique européenne
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CNUDM	Convention des Nations Unies sur le droit de la mer
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CPI	Cour pénale internationale
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
CUP	Cambridge University Press
dir.	Sous la direction de et al. Et alii (et autres)
ECLI	European Case Law Identifier
EJIL	European Journal of International Law
ESIL	European Society of International Law
GAR	Global Arbitration Review
GATT	General Agreement on Trade and Tariffs (Accord Général sur le Commerce et les Droits de douane)
IBA	International Bar Association (voir AIB)
Ibid.	Même auteur, même texte
ICJ	International Court of Justice (voir CIJ)
ICLQ	International Comparative Law Quarterly
ICSID	International Centre for the Settlement of Investment Disputes (voir CIRDI)
ITLOS	International Tribunal for the Law of Sea (voir TIDM)

LCIA	London Court of International Arbitration
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats
LPICT	The Law and Practice of International Courts and Tribunals
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development (voir OCDE)
OHMI	Organisation pour l'Harmonisation dans le Marché Intérieur
ONG	Organisation Non Gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
ORD	Organe de Règlement des Différends
OUP	Oxford University Press
p.	Page(s)
para(s)	Paragraphe(s)
PCA	Permanent Court of Arbitration (voir CPA)
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RS	Recueil Systématique
RSA	Recueil des sentences arbitrales
ss	suivantes
TIDM	Tribunal International du Droit de la Mer
UEMOA	Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine
Vol.	Volume
WTO	World Trade Organization (voir OMC)



# Introduction

Depuis la création de l'Organisation des Nations Unies (ONU), le système de règlement des différends internationaux a connu une double évolution, quantitative et qualitative, qui est perceptible au travers notamment de la multiplication des cours et tribunaux internationaux<sup>1</sup> ainsi que de l'apparition de nouveaux acteurs (essentiellement non-étatiques)<sup>2</sup> dans le cadre du contentieux international. Cette évolution a eu des répercussions sur le fonctionnement des juridictions internationales dont le volume d'activités ne cesse de croître. A titre illustratif, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a enregistré, sur les 05 dernières années (2015-2019), une moyenne annuelle 50 affaires<sup>3</sup> contre 29 décisions contentieuses rendues par la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) durant l'ensemble de ses 24 ans d'activités (1922-1946)<sup>4</sup>.

L'évolution du paysage juridictionnel international a aussi affecté le <monde de la justice internationale> selon l'expression du Juge Cot<sup>5</sup>, c'est-à-dire l'ensemble des acteurs intervenant dans le processus juridictionnel. En effet, celui-ci fait intervenir plusieurs acteurs parmi lesquelles l'autorité juridictionnelle<sup>6</sup> et les parties au litige jouent un rôle prépondérant. Le juge (ou l'arbitre) est assisté par des auxiliaires tout au long de la procédure (greffiers, traducteurs, etc.) dont l'action est plus ou moins visible au cours de la procédure<sup>7</sup>. Nous avons aussi

<sup>1</sup> Voir, à ce sujet, l'énumération faite par Christian Philip et Jean-Yves De Cara, *Nature et évolution de la juridiction internationale* in Société Française pour le Droit International (SFDI), *La juridiction internationale permanente*, colloque de Lyon, A. Pedone, Paris, 1987, pp. 13-14.

<sup>2</sup> Habib Gherari et Sandra Szurek (dir.) *L'émergence de la société civile internationale, vers la privatisation du droit international?* CEDIN, Paris X, Cahiers internationaux n° 18, Pedone, Paris, 2003, 350p.

<sup>3</sup> The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2020-1), p. 7, disponible sous <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%2020-1%20Edition-ENG.pdf>> (20/07/2020).

<sup>4</sup> <<http://www.icj-cij.org/pcij/index.php?p1=9>> (20/07/2020).

<sup>5</sup> Jean-Pierre Cot, *Le monde de la justice internationale* in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international, colloque de Lille*, A. Pedone, Paris, 2003, p. 511.

<sup>6</sup> Cette autorité, qui peut être judiciaire (juge) ou arbitrale (arbitrale) est chargée de trancher le litige et sa décision lie les parties.

<sup>7</sup> Pour une étude de ces auxiliaires et autres acteurs <invisibles> du procès international, voir le récent ouvrage de Freya Baetens (ed.) *Legitimacy of Unseen Actors in International Adjudication*, CUP, Cambridge, 2019, 650p.

les témoins et experts dont l'audition peut contribuer à la résolution du différend. Quant aux parties, elles sont généralement représentées par des agents et assistées par des avocats-conseils.

Parmi ces acteurs, nous nous intéresserons à l'action des avocats et conseils intervenant sur la scène internationale. Cette action peut être soit pour leur propre compte (intervention directe) ou pour le compte d'une partie litigante (intervention indirecte). Directement, leur action vise les différents droits et libertés relatifs à l'exercice de leur profession: liberté de circulation, respect du secret de correspondance, liberté d'expression, liberté commerciale et plus précisément liberté de faire la publicité<sup>8</sup>. Indirectement, les avocats peuvent intervenir dans les procédures internationales pour le compte d'acteurs tant étatiques que non étatiques. S'agissant de leur rôle auprès des acteurs non étatiques, c'est un peu le prolongement de leur mission au niveau national. En fait, la complexité des procédures judiciaires nationales justifie souvent, de la part des justiciables, le recours à ces juristes afin de leur permettre de jouer pleinement leur rôle dans les dites procédures et obtenir la consécration de leurs droits. C'est ainsi que l'avocat peut être chargé de la représentation et de l'assistance des justiciables au niveau national. Le même raisonnement vaut en ce qui concerne les procédures internationales. Les acteurs non étatiques ayant, sous certaines conditions, accès à certains tribunaux internationaux, le rôle des avocats, agissant en qualité de représentant de ces mêmes parties privées, s'est aussi logiquement étendu au domaine international<sup>9</sup>. Ceux-ci y accompagnent les individus, entreprises et ONG dans l'exercice de toutes leurs prérogatives procédurales. Il faut sans doute rappeler que les instances internationales brillent aussi par leur opacité et il n'est toujours pas aisé de se retrouver au milieu de cette multitude de juridictions ayant, chacune, sa spécificité. Grâce à ces experts, qui sont au bénéfice de solides connaissances juridiques, lesdits acteurs peuvent donc participer «pleinement» à la procédure de règlement du différend en question<sup>10</sup>. Contrairement au

---

<sup>8</sup> Voir notamment Pierre Lambert, *L'avocat devant la Cour européenne des droits de l'homme* in Robert Badinter (ed), *Liber Amicorum Jean-Pierre Cot, Le procès international*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 174-179; voir aussi Frédéric Krenc, *Les fils du dialogue entre l'avocat et la Cour européenne des droits de l'homme* in *L'observateur de Bruxelles*, N° 105, juillet 2016, pp. 26-32.

<sup>9</sup> Selon l'Assemblée Générale des Nations Unies, l'assistance juridique est une «composante essentielle de toute justice pénale équitable, humaine, efficace fondée sur la légalité. Elle est le fondement de la jouissance d'autres droits, notamment le droit à un procès équitable», Résolution 67/187 de l'Assemblée Générale des Nations Unies, *Principes et lignes directrices des Nations Unies sur l'accès à l'assistance juridique dans le système de justice pénale*, adoptée le 20 décembre 2012, Annexe, para 1.

<sup>10</sup> L'assistance juridique se trouve ainsi mentionnée à l'article 6 al 3c de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 04 Novembre 1950; à

niveau national où ils bénéficient, dans une large mesure, de l'exclusivité de la représentation en justice, le recours à ces juristes demeure une <possibilité> en niveau international. Dans le procès international, en effet, il n'existe pas un monopole de représentation en faveur des avocats<sup>11</sup>. Les parties privées peuvent décider de recourir, ou pas, aux services d'un avocat. Dans de telles circonstances, il ne serait pas infondé de croire que l'activité de l'avocat, dans le cadre du procès international, soit de portée réduite. Nous verrons que la réalité est toute autre.

La seconde facette de leur participation indirecte au procès international, concerne leur action aux côtés des gouvernements. Si la question du rôle de ces avocats et conseils peut aisément se justifier, en ce qui concerne les acteurs non étatiques, par l'invocation des arguments de complexité ou d'opacité des procédures, elle l'est un peu moins, en ce qui concerne les acteurs étatiques. En effet, la représentation et la défense de l'État devant les juridictions internationales sont le plus souvent assurées par les employés gouvernementaux notamment ceux du département de la justice ou des affaires étrangères ou encore de l'économie<sup>12</sup>. En France, par exemple, c'est la Direction des affaires juridiques du Ministère des affaires étrangères qui assure la représentation et la défense de la France devant les juridictions internationales<sup>13</sup>. Aux USA, the Office of Legal Adviser of Department of State est composé de plusieurs services dédiés à la représentation du pays dans le cadre de procédures internationales tels que International Claims and Investment Disputes (L/CID)<sup>14</sup>. Au Royaume Uni, la tendance est à la désignation d'un juriste du Foreign and Commonwealth Office

---

l'article 7 al 1c de la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 ; à l'article 8 al. 2d de la Commission américaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969 ; à l'article 67 al 1d du Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998.

<sup>11</sup> Carlos Santulli, *Introduction au droit international*, Pedone, Paris, 2013, p. 182.

<sup>12</sup> «En pratique, les agents des États membres appartiennent généralement à un ministère, qu'il s'agisse du ministère de la Justice (comme en Lettonie, en Lituanie, en Hongrie, ou encore en Espagne, où les agents appartiennent au corps supérieur des Abogados del Estado, organiquement rattaché à ce ministère), du ministère des Affaires étrangères (tel est par exemple le cas des agents représentant les gouvernements belge, français, néerlandais, polonais ou tchèque), ou du ministère de l'Économie (comme certains agents de la République fédérale d'Allemagne), plus rarement à une agence gouvernementale (à l'instar des agents britanniques, qui appartiennent au Government Legal Department)», Caroline Pellerin-Rugliano et Anna Czubinski, *Dictionnaire de la cour de justice de l'Union Européenne et de son contentieux, définitions et schémas de procédure*, Larcier, Bruxelles, 2017, p. 16.

<sup>13</sup> <<http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/le-ministere-et-son-reseau/organigramme-de-l-administration-centrale/article/direction-des-affaires-juridiques>> (20/07/2020).

<sup>14</sup> <<https://www.state.gov/international-claims-and-investment-disputes/>> (20/07/2020).

Legal Advisor comme représentant étatique<sup>15</sup>. Ces employés gouvernementaux possèdent généralement de solides connaissances juridiques comparables à celles des avocats et autres praticiens du droit.

Toutefois, et nonobstant l'existence de ce personnel gouvernemental qualifié, l'on note la présence des avocats et conseils privés dans les délégations gouvernementales qui se constituent à l'occasion des procédures de règlement des différends internationaux. C'est cet aspect que leur action qui sera analysé dans le cadre de ce travail. Le qualificatif <privé> est utilisé pour souligner le fait que ces juristes, bien que présents dans la délégation gouvernementale, ne sont pas des fonctionnaires étatiques mais plutôt proviennent du secteur <privé> comme l'a rappelé le juge Anderson<sup>16</sup>.

Notre recherche se concentre sur la problématique du rôle des avocats et conseils dans le cadre du procès international, entendu comme étant le procès dans lequel au moins une partie litigante possède la qualité d'État. Cette problématique soulève plusieurs questions comme celle, préalable, de savoir si les avocats et conseils (qui sont, à la base, des juristes privés) <peuvent> jouer un rôle pour des États, parties au procès international. Autrement dit, les gouvernements peuvent-ils se faire représenter ou assister par des avocats et conseils devant les tribunaux internationaux? Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative, se pose aussi la question de l'étendue du rôle joué par ces professionnels du droit: quelles fonctions peuvent-ils remplir pour le compte des gouvernements? Existe-il des fonctions intrinsèquement <gouvernementales> que les avocats et conseils ne peuvent assumer? Jusqu'à quel degré peuvent-ils participer à la procédure de règlement des différends internationaux? Enfin, l'action de ces juristes est-elle un facteur ou un obstacle à la pacifique résolution des différends internationaux? La réponse à cette dernière question nécessite d'examiner les problèmes rencontrés par les avocats et conseils dans le cadre de leur action ainsi que les problèmes soulevés par leur présence dans le contentieux international.

Quelques précisions liminaires s'imposent:

La première précision concerne le <rôle> des avocats et conseils pour le compte des gouvernements litigants. De façon générale, l'action des juristes dans le domaine du droit international public est assez vaste<sup>17</sup>. Ceux peuvent agir notam-

---

<sup>15</sup> Arthur D. Watts, <International Law and International Relations: United Kingdom Practice>, EJIL, vol. 2, 1991, p. 157.

<sup>16</sup> TIDM, *Affaire du Grand prince (Belize c. France)*, opinion individuelle de M. Anderson, juge, p. 54.

<sup>17</sup> Sur ce point, voir notamment Sir Michael Wood, *Legal Advisers* in Rüdiger Wolfrum (ed.) *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. VI, OUP, Oxford,

ment en qualité de juriconsulte ou de conseiller juridique (legal advisers) pour le compte du ministère des affaires étrangères, conseiller une organisation internationale ou une organisation non gouvernementale intervenant dans le domaine du droit international public. Cet aspect n'est pas inclus dans notre étude même s'il peut arriver que ces «legal advisers» interviennent dans le domaine du règlement juridictionnel des différends internationaux. De même, l'action des juristes et autres membres de cabinets d'avocats agissant en qualité d'arbitres n'est pas aussi analysée (sinon sous l'angle du phénomène de «double hatting», c'est-à-dire les juristes exerçant simultanément la double mission de représentants des parties litigantes et d'arbitres)<sup>18</sup>.

La seconde précision est relative aux «modes» de règlement des différends internationaux dans lesquels ces juristes interviennent. Notre étude se concentre sur le règlement «juridictionnel» des différends internationaux et n'inclut pas l'action des juristes dans le règlement non juridictionnel des litiges internationaux<sup>19</sup>. En rappel, pour solutionner pacifiquement leurs différends, les États ont le choix entre les modes juridictionnels et les modes diplomatiques (ou non-juridictionnels)<sup>20</sup>. Ceux-ci, composés essentiellement de la négociation, l'enquête, la médiation, la conciliation, les bons offices, se caractérisent par la liberté accordée aux États pour accepter ou refuser la décision finale. En d'autres termes, la solution issue d'une procédure diplomatique n'est pas contraignante pour les États concernés<sup>21</sup>. À l'inverse, les méthodes juridictionnelles que sont l'arbitrage et

---

2012, pp. 775-777; Andraž Zidar and Jean-Pierre Gauci (eds), *The Role of Legal Advisers in International Law*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016; Nicolas Michel, *Le conseiller juridique du Ministère des Affaires étrangères dans la mise en oeuvre du Droit International Public* in Conseil de l'Europe (ed), *la contribution du CAHDI au développement du droit international public: réalisations et futurs défis*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, pp. 40-44; Ronald St John MacDonald, *The role of the legal adviser of ministries of foreign affairs*, in The Hague Academy of International Law (ed) *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 156, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 1977.

<sup>18</sup> Sur ce point, voir Malcom Langford, Daniel Behn et Runar Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration* in Andreas Follesdal et Geir Ulfstein (eds), *The Judicialization of International Law, A Mixed Blessing?*, OUP, Oxford, 2018, pp. 128-158; voir aussi infra II<sup>e</sup> partie, Chapitre I, section II, A, 3. a.1.

<sup>19</sup> Par exemple, ces juristes peuvent agir en qualité de médiateur, Mary Anne Noone, *Wearing Two Hats: Lawyers Acting as Mediators* in Ron Levy et al. (eds), *New Directions for Law in Australia, Essays in Contemporary Law Reform*, ANU Press, 2017, pp. 505-516.

<sup>20</sup> Selon l'article 33 de la Charte des Nations Unies, «Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix».

<sup>21</sup> Jean Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit international public*, 5<sup>e</sup> éd., Yvon Blais, Québec, 2006, p. 645; Combacau et Sur, p. 564.

le règlement judiciaire, donnent lieu à des solutions fondées en droit et obligatoires pour les parties impliquées<sup>22</sup>. Notre analyse se concentre donc exclusivement sur l'action des conseils dans le cadre du règlement judiciaire et arbitral des différends internationaux

Troisièmement, et parmi ces modes juridictionnels, seule la jurisprudence des juridictions ayant compétence pour trancher les litiges impliquant les États est analysée. Ainsi, les tribunaux internationaux devant lesquels l'acteur étatique n'intervient pas comme litigant (c'est notamment le cas devant les tribunaux pénaux internationaux) ne sont pas inclus dans notre analyse. En effet, lorsque l'État n'est pas partie litigante au procès international, l'action des juristes privés fait l'objet d'un encadrement suffisant notamment par le renvoi aux autorités nationales et par une certaine collaboration entre celles-ci et la juridiction internationale<sup>23</sup>. Toutefois, la présence de l'État litigant dans le contentieux international implique un certain nombre d'intérêts et/ou de spécificités surtout lorsqu'il est question d'un domaine régalién comme celui de la défense des intérêts étatiques devant un tribunal international. Comme l'a rappelé un arbitre, l'État n'est pas une simple entité commerciale mais plutôt, une entité souveraine en charge du bien-être de sa population<sup>24</sup>. Nous proposons d'analyser ce rôle dans une perspective étatique, notamment au travers du prisme de certains principes du droit international public tels la souveraineté étatique, la responsabilité de l'État du fait de ses agents, les immunités des représentants étatique: une sorte de théorie du droit de la représentation étatique devant les juridictions internationales.

---

<sup>22</sup> Combacau et Sur, pp. 570-571. Même si les méthodes de règlement pacifique des différends internationaux ont toujours existé, celles-ci ont connu un développement véritable avec la création de l'ONU qui a repris à son compte le principe du règlement pacifique des différends internationaux et son corolaire à savoir le principe d'interdiction du recours à la force dans les relations internationales, voir les articles 1 al. 1 et 2 al. 3 et 4 de la Charte des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945, RS. 0.12; voir aussi le commentaire de cette disposition dans Jean-Pierre Cot *et al.*, *La charte des Nations Unies, commentaire article par article*, 3<sup>e</sup> éd., Economica, Paris, pp. 459-464. La CIJ a reconnu la portée coutumière du principe d'interdiction du recours à la force dans les relations internationales dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986, pp. 99-100.

<sup>23</sup> Pour une analyse de l'action des conseils devant les juridictions pénales internationales, voir Till Gut, *Counsel Misconduct before the International Criminal Court: Professional Responsibility in International Criminal Defence*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 372p.

<sup>24</sup> *Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Separate Opinion on the issues at the quantum phases of *CME v. Czech Republic* by Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., para 74, (14 mars 2013).

S'agissant des cours et tribunaux internationaux, objets de notre étude, nous avons opté pour cinq (05) d'entre eux. Au premier rang de ceux-ci, nous avons la CIJ qui est la seule juridiction internationale avec une compétence *rationae materiae* générale. Cette Cour, qui est aussi un organe des Nations Unies occupe une position centrale en droit international. La seconde juridiction interétatique est l'Organe de Règlement des Différends (ORD) de l'OMC. Le troisième tribunal, la CPA, est la «première organisation intergouvernementale permanente à offrir une instance pour le règlement des conflits internationaux par l'arbitrage et autres moyens pacifiques»<sup>25</sup>. Ce tribunal, le plus ancien encore en activité, était à la base un tribunal interétatique mais qui s'est progressivement ouvert aux acteurs non étatiques pour devenir hybride, tout comme le Tribunal International du Droit de la Mer (TIDM). Nous avons enfin les tribunaux *ad hoc* d'investissement constitués sous les auspices du CIRDI. Tous ces tribunaux sont compétents pour connaître des litiges impliquant soit exclusivement les États (tribunaux interétatiques) soit un État et une entité non étatique (tribunaux mixtes ou hybrides). Nous avons ainsi des juridictions interétatiques (CIJ et ORD de l'OMC) et hybrides (CPA, TIDM, CIRDI). On peut aussi les regrouper en organes judiciaires (CIJ, TIDM, OMC) et arbitraux (CPA, tribunaux d'arbitrage CIRDI).

Méthodologiquement, nous opterons pour un faisceau de méthodes d'analyse combinant les approches historique, inductive et synthétique: l'approche historique permettra d'examiner l'évolution du rôle de ces juristes privés dans le contexte du procès international ainsi que du cadre normatif au sein duquel se déroule cette action. Aussi, l'utilisation du raisonnement inductif permettra, à partir de la pratique des tribunaux étudiés, de dégager des généralités et théories applicables à cette catégorie particulière d'acteurs du procès international. Ce raisonnement sera complété par la méthode synthétique qui, tout en mitigeant les risques inhérents à la démarche empirico-inductive, permettra de dégager les particularités, de mettre en exergue, de critiquer et d'apporter quelques pistes de réflexion relativement à l'action des avocats et conseils. En effet, et compte tenu du fait que les jugements et autres décisions des tribunaux internationaux, dans leur majorité, ne se penchent sur le cas des avocats conseils qu'en cas de problème particulier, l'utilisation du raisonnement inductif n'est pas sans soulever des difficultés relatives notamment au risque de faible représentativité (compte tenu de l'apparente insuffisance de décisions à analyser) et d'extrême généralisation sans oublier le risque d'une analyse essentiellement à charge (et donc biaisée).

---

<sup>25</sup> <<https://pca-cpa.org/fr/about/introduction/history/>> (20/07/2020).

Notre réflexion s'articulera autour d'un plan d'analyse constitué de deux parties et utilisera le double prisme de la légalité et de la légitimité. La première partie, essentiellement axée sur la légalité de leur action, débutera par l'examen de la question préalable de savoir si les avocats et conseils (qui sont, à la base, des juristes privés) <peuvent> jouer un rôle dans le règlement de ces types de différends (Chapitre I). Autrement dit, les gouvernements peuvent-ils se faire représenter par des avocats et conseils à l'occasion des procès internationaux? La réponse à cette question passera par l'examen des instruments juridiques internationaux. Les décisions rendues par les cours et tribunaux internationaux seront étudiées pour souligner l'application qui est faite de ces textes internationaux. Dans l'hypothèse d'une réponse positive à la première interrogation, la question de l'étendue du rôle joué par ces professionnels du droit sera aussi analysée (Chapitre II). Quelles fonctions peuvent-ils remplir pour le compte des gouvernements? Existe-il des fonctions intrinsèquement <gouvernementales> et que les avocats et conseils ne peuvent remplir? Jusqu'à quel degré peuvent-ils participer à la procédure de règlement des différends internationaux? Le second axe sera consacré à l'examen de la légitimité de leur action. Comment la légitimité de ces avocats-conseils a-t-elle été perçue par les tribunaux devant lesquels ceux-ci interviennent? Dans le premier chapitre, nous analyserons les problèmes de légitimité soulevés par la présence de ces juristes privés. Ces problèmes ont notamment trait à la privatisation du procès international, aux conflits d'intérêts et aux montants de leurs honoraires. Le second chapitre se penchera sur un aspect important de cette légitimité qui est la responsabilité de ces juristes dans le procès international. En filigrane de cette deuxième partie, nous nous poserons la question de savoir si l'action de ces juristes est un facteur ou un obstacle à la résolution pacifique des différends les États.



Première partie :  
**De la légalité du rôle des avocats et conseils  
dans le procès international**

Avant d'analyser le rôle des avocats et conseils dans la procédure de règlement des différends, il convient au préalable de se poser la question de leur présence-même aux côtés des États (Chapitre I). A quelles règles obéit cette présence? Sur quel principe ou règle de droit international se fonde un État pour autoriser un conseil à être présent à ses côtés à l'occasion d'un procès international. Ce n'est qu'après avoir analysé cette question préalable que l'on peut se pencher sur l'examen de leur rôle proprement dit dans le procès international (Chapitre II).



## Chapitre I: La question préalable de la présence des avocats et conseils aux côtés des États dans la résolution des différends internationaux

Les États ont-ils le droit de n'envoyer que des employés gouvernementaux comme représentants devant les organes de règlements des différends? Ou, plus généralement, qui peut représenter un État litigant? La représentation étatique s'organise autour d'un principe central qui est celui de la liberté de représentation. C'est en vertu de cette libre représentation étatique que les gouvernements peuvent s'attacher les services de ces juristes privés à l'occasion des procédures de résolution des litiges.

D'emblée, il convient de faire quelques précisions sur la notion de représentation en droit international. De façon générale, il y a représentation «lorsqu'une partie à un acte juridique agit pour le compte d'une autre personne, de sorte que les effets de l'acte juridique se produisent directement sur la tête de la personne pour laquelle l'acte a été accompli comme si cette dernière avait elle-même passé l'acte ou comme si l'acte s'adressait à elle directement»<sup>26</sup>. Appliquée au domaine du droit international, la représentation consiste en la substitution d'une personne de droit international (le représentant) à une autre personne de droit international (le représenté) en vue de la formation d'un lien juridique international entre cette dernière et une tierce personne. Pour qu'elle soit effective, la représentation suppose la réunion d'un certain nombre de conditions, notamment que

- le représenté, le représentant et les tiers soient des sujets du droit international;
- la représentation s'exerce dans le domaine du droit international;
- le représentant ait le pouvoir d'agir pour le représenté, en son nom et pour son compte<sup>27</sup>. Ainsi, la qualité de sujet de droit international est exigée tant pour le représenté, le représentant que pour le tiers. Ce principe comporte quelques atténuations ou exceptions<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Angelo Piero Sereni, *La représentation en droit international*, Recueil des Cours Collectif de l'Académie de Droit International (RCADI), Vol. 73, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 1948, p. 75.

<sup>27</sup> Ibid., p. 80.

<sup>28</sup> CPJI, *avis relatif au traitement des nationaux danzikois*, série A/B, N° 44, p. 23-25, cité par Riad Daoudi, *La représentation en droit international public*, LGDJ, Paris, 1980, p. 58.

Cette représentation doit être distinguée du rapport existant entre un sujet de droit international et ses organes ou agents et qui est abusivement aussi appelé représentation<sup>29</sup>. Pour rappel, les sujets de droit international sont des personnes morales qui, contrairement aux personnes physiques et d'un point de vue psychologique, ne peuvent manifester une volonté. Ces sujets de droit international recourent donc aux individus pour manifester leur volonté<sup>30</sup>. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'affirmation selon laquelle «on donne le nom d'organes d'un sujet de droit international à ces individus qui ont le pouvoir de manifester une volonté et de faire des actes qui valent juridiquement comme la volonté et les actes de ce sujet dans ses rapports avec les autres sujets du droit des gens»<sup>31</sup>. Cette manifestation de volonté est aussi qualifiée de représentation.

La doctrine nous fournit un argument historique à cet état de fait. Un auteur rappelle qu'«à l'époque de l'État princier, les rapports internationaux étaient ceux des princes agissant dans leurs relations réciproques par l'intermédiaire de mandataires qui les représentaient dans le sens strictement juridique du terme. Cela se traduisait, sur le plan diplomatique, par le fait que l'envoyé diplomatique du souverain devait bénéficier des mêmes droits et privilèges que la personne du souverain. C'est ce que recouvrait le terme <caractère représentatif> dans le règlement du Congrès de Vienne de 1815... Le caractère représentatif des organes et agents désigne ceux qui sont habilités à agir au nom d'un État ou de tout autre personne de droit international dans leurs relations extérieures ... La représentation dans le cas des organes n'a pas le même sens, ne couvre pas le même mécanisme et ne désigne pas le même rapport que celui de la représentation entendue dans le sens strictement juridique»<sup>32</sup>. Cela est confirmé par un autre auteur qui affirme que «L'agent diplomatique était considéré comme un mandataire du souverain; il représentait vraiment la personne du prince et, partant, avait droit aux mêmes prérogatives et immunités et au même traitement. L'évolution du droit international et la transformation du rapport juridique entre l'État et son

---

<sup>29</sup> Pour un auteur, il existe une sorte de *summa divisio* en matière de représentation étatique au plan international: Soit l'État est représenté par un autre État ou il est représenté par ses organes. Dans le second cas de figure, la relation entre l'État représenté et la tierce partie est régie par le droit international tandis que c'est le droit interne de l'État représenté qui s'applique dans le cadre de son rapport avec son organe. C'est cette seconde sorte de représentation étatique qui nous intéresse, Jean Salmon, *Representatives of States in International Relations* in Rüdiger Wolfrum (ed.) *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VIII, OUP, Oxford, 2012, p. 919.

<sup>30</sup> «Les États ne peuvent agir qu'au moyen et par l'entremise de la personne de leurs agents et représentants», CPJI, *Colons allemands en Pologne*, avis consultatif, 10 septembre 1923, (B06), p. 22.

<sup>31</sup> Sereni, p. 85

<sup>32</sup> Daoudi, pp. 66-69.

chef ont entraîné modification du rapport entre l'État et l'agent diplomatique, et l'on continue à donner à ce dernier le nom de représentant pour des raisons purement historiques»<sup>33</sup>.

Cependant, il faut distinguer l'organe ou agent du représentant. Au regard du droit international, l'organe (ou agent) n'est pas distinct de l'État au nom (et pour le compte) duquel il agit tandis que le représentant bénéficie d'une personnalité juridique distincte de l'État représenté: «La relation qui existe entre un sujet du droit international et ses organes n'est pas un rapport de représentation, parce que l'organe n'est pas un sujet du droit international: il est partie intégrante du sujet pour lequel il agit»<sup>34</sup>. De plus, l'organe ou l'agent est irresponsable au regard du droit international pour les actes illicites qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions. Ceux-ci sont directement imputables à l'État représenté. De son côté, le représentant peut engager sa propre responsabilité<sup>35</sup>.

Cette terminologie de «représentation» est reprise par la quasi-totalité des textes internationaux pour qualifier le rapport entre un État et son organe ou son agent. Quoiqu'incorrecte, c'est dans le sens de ce rapport entre l'État et son organe que nous emploierons cette terminologie dans les lignes suivantes. Selon Rosenne, ce terme de représentation doit être entendu dans son sens «diplomatique»<sup>36</sup>.

Nous verrons dans un premier temps les implications de cette libre représentation des États (Section I) avant de souligner, dans un second temps, le traitement que certaines juridictions réservent à ces professionnels du droit (Section II). Mais auparavant, nous essayerons d'explicitier les notions d'avocat et de conseil (Section préliminaire).

### **Section préliminaire: Approche définitionnelle des avocats et conseils**

Bien que mentionnés par la plupart des textes internationaux, les termes «avocats» et «conseils» n'ont pas fait l'objet de définition au niveau international (A). Cela pourrait s'expliquer par l'absence de barreau international (B). Cette section préliminaire se terminera par un aperçu des cabinets juridiques agissant pour le compte des États litigants (C).

---

<sup>33</sup> Sereni, p. 87.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Daoudi, pp. 65-66.

<sup>36</sup> Shabtai Rosenne, *The Law and the Practice of the International Court 1920-2005*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 3 procedure, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, p. 1123.

## A. L'absence d'une définition de l'avocat et du conseil au plan international

Il n'existe pas d'instrument juridique, au plan universel, qui définit la profession de l'avocat. Certes il existe quelques textes relatifs à l'exercice de la profession d'avocat tels «Les principes de base relatifs au rôle du barreau» adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants tenu à La Havane (Cuba)<sup>37</sup> ou encore la Charte de Turin sur l'exercice de la profession d'avocat au XXI<sup>e</sup> siècle<sup>38</sup> mais ceux-ci ne définissent pas expressément l'avocat, ni ne donnent des éléments permettant d'identifier ce professionnel du droit.

Lors de la création de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI), la question de l'identité des personnes pouvant exercer la profession d'avocat devant cette Cour s'était posée. A cet effet, le Secrétariat de la Ligue des Nations proposait, dans son projet de règlement, de limiter la qualité d'avocats aux «personnes admises à exercer les fonctions d'avocats devant la plus haute juridiction de leur pays», aux «professeurs de droit international appartenant aux universités» et aux «membres des grandes académies internationales de droit international»<sup>39</sup>. Toutefois, cette proposition fut rejetée par la CPJI qui a décidé qu'«aucune règle limitant le droit de plaider devant elle, ne doit être introduite dans le Règlement. Toute personne ayant été désignée par un État pour le représenter, devra être admise»<sup>40</sup>. L'un des membres de ce comité, Lord Finlay, fera remarquer à juste titre que «la limitation, qui existe dans un certain nombre de pays, du droit de plaider devant les tribunaux, trouve sa raison d'être dans le fait que ceux-ci doivent avoir l'assurance que les personnes comparaisant devant elles ne feront pas un usage abusif de la procédure. Cette raison n'existe pas lorsque les plaideurs sont des États; du reste, la difficulté d'établir des règles est pratiquement insurmontable. Dans ces conditions, le Comité de procédure a été d'avis de supprimer toute règle limitant le droit de plaider devant la Cour»<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Du 27 août au 7 septembre 1990, disponible sous <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfLawyers.aspx>> (20/07/2020).

<sup>38</sup> Du 27 octobre 2002, adoptée par l'Union Internationale des Avocats (UIA), Disponible sous <<http://www.uianet.org/sites/default/files/CHARTRE%20Version%20Finale%2027.10.02-FR.pdf>> (20/07/2020).

<sup>39</sup> CPJI, *Comité consultatif des juristes, Procès-verbaux des séances du Comité, Projet préparé par le secrétariat*, p. 263.

<sup>40</sup> CPJI, Série D, *Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour, Quatorzième séance, session préliminaire*, pp. 78-79.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 78.

Cette approche, que l'on peut considérer comme permissive, sera aussi retenue par d'autres tribunaux internationaux comme la CIJ ou le TIDM ou par d'autres organisations comme l'Association de Droit International<sup>42</sup>.

Au niveau communautaire (ou supranational), il existe des plusieurs textes relatifs aux avocats. En droit de l'Union Européenne, par exemple, on peut notamment mentionner le Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (notamment les articles 49, 51, 56, etc.), différentes directives telles la directive 77/249/CEE du 22 mars 1975, la directive 98/05/CE du 16 février 1998, la directive 2005/36/CE du 07 octobre 2005 modifiée par la directive 2013/55/UE. Ces textes posent deux conditions pour bénéficier de l'appellation d'avocat à savoir être ressortissant d'un État membre de l'Union et posséder l'un des titres professionnels mentionnés dans les directives. Comme le constate le Conseil des barreaux européens (CCBE), dans ces différents textes, «le terme «avocat» n'est pas défini en fonction du domaine ni du nombre d'années de pratique, ni par des qualifications, ni par des années d'études, mais uniquement par le fait que la personne concernée possède l'un des titres mentionnés dans la directive»<sup>43</sup>. Il ne s'agit pas d'un renvoi de ces instruments communautaires aux droits internes pour l'établissement des conditions à remplir pour bénéficier du statut d'avocat. Plutôt, la notion d'avocat fait l'objet d'une interprétation autonome devant la CJUE. Cette juridiction réserve cette qualification d'avocat à la réunion de deux conditions tenant, d'une part, à la détention d'un titre d'avocat et à la production d'un document de légitimation<sup>44</sup>. Les professeurs d'université sont exemptés de la première condition lorsque leur droit national leur octroie le droit de plaider<sup>45</sup>. En droit communautaire UEMOA (Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine), l'avocat s'entend d'un «auxiliaire de justice ... inscrit à un ordre et habilité à assister ou représenter les personnes physiques et morales devant toutes les juridictions et organismes juridictionnels ou disciplinaires à l'effet d'assurer leur défense, sans préjudice de l'exercice de ses activités de conseil et de mandataire»<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> *Infra*, pp. 36-37.

<sup>43</sup> Guide du CCBE à l'intention des barreaux sur la libre circulation des avocats dans l'Union Européenne, p. 5, disponible sous <[http://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\\_distribution/public/documents/EU\\_LAWYERS/EUL\\_Guides\\_\\_\\_recommandations/FR\\_FM\\_L\\_2016\\_Guide.pdf](http://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EU_LAWYERS/EUL_Guides___recommandations/FR_FM_L_2016_Guide.pdf)> (20/07/2020).

<sup>44</sup> Pellerin-Rugliano et Czubinski, p. 27.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> Article 1 du Règlement N° 10/06/CM/UEMOA/DU 25/07/06 relatif à la libre circulation et à l'établissement des avocats ressortissants de l'Union au sein de l'espace UEMOA, disponible sous <[http://www3.nd.edu/~ggoertz/rei/reidevon.dtBase2/Files.noindex/pdf/9/Reg\\_no\\_10-2006\\_avocats.pdf](http://www3.nd.edu/~ggoertz/rei/reidevon.dtBase2/Files.noindex/pdf/9/Reg_no_10-2006_avocats.pdf)> (20/07/2020).

Au niveau interne, les conditions d'accès à cette profession varient suivant les pays et les systèmes juridiques. De façon générale, ces conditions incluent une formation universitaire (en droit, le plus souvent), une formation professionnelle (école d'avocat et/ou stage d'avocat) sanctionnée par l'examen de barreau (bar exam dans certains États fédérés aux USA, Certificat d'aptitude à la profession d'avocat en France et dans plusieurs États francophones africains, brevet d'avocat en Suisse, etc.), la prestation de serment et l'inscription à un barreau d'avocat<sup>47</sup>. Il peut exister des conditions supplémentaires suivant l'État en question.

L'analyse des décisions rendues par la juridiction communautaire européenne (CJUE) permet d'avoir des éclairages sur la distinction entre l'avocat stricto sensu et d'autres juristes qui, bien que possédant des connaissances juridiques, ne sont pas avocats. Deux catégories de litigants peuvent ester en justice devant la CJUE: les parties privilégiées et les parties non privilégiées. La première catégorie comprend les États membres ainsi que les institutions de l'Union, Les États parties à l'accord sur l'Espace économique européen, autres que les États membres, ainsi que l'Autorité de surveillance AELE visée par ledit accord<sup>48</sup>. Les parties non privilégiées (essentiellement les acteurs non étatiques) «doivent» être représentées par un avocat «habilité à exercer devant une juridiction d'un État membre ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen»<sup>49</sup>. Cette Cour a eu à préciser cette notion d'«avocat, habilité à habilité à exercer devant une juridiction d'un État membre ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, à l'occasion notamment de plusieurs affaires dont nous relèverons les plus significatives.

Primo, et dans l'affaire T-14/04 (affaire *Alto de Casablanca*), un agent en brevets du Chartered Institute of Patent Agents (ordre des agents en brevets du Royaume-Uni), et qui était aussi «Registered Trade Mark Attorney» (que l'on pourrait traduire par conseil en marques), un «European Patent Attorney» (conseil en brevets européens) et un «European Trade Mark Attorney» (conseil en marques européennes)<sup>50</sup> fut exclu de la procédure car il ne pouvait pas justi-

---

<sup>47</sup> Voir notamment l'article 428 du code judiciaire belge du 10 octobre 1967 (mis à jour en 2012) (pour la Belgique); l'article 11 de la Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (pour la France); l'article 7 LLCA du 23 juin 2000, RS. 935.61 (pour la Suisse).

<sup>48</sup> Article 19 du Statut CJUE, Consolidated version of Protocol (No 3) on the Statute of the Court of Justice of the European Union, annexed to the Treaties, as amended by Regulation (EU, Euratom) No 741/2012 of the European Parliament and of the Council of 11 August 2012 (OJ L 228, 23.8.2012, p. 1).

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> Ordonnance Du Tribunal (Cinquième Chambre), 9 Septembre 2004, *Alto De Casablanca/ Ohmi – Bodegas Chivite (Veramonte)*, T-14/04, Rec. p. II. 3081.



fier du titre d'avocat. Il faut ajouter que celui-ci pouvait «représenter des clients auprès des juridictions du Royaume-Uni dans le cadre de recours concernant la propriété intellectuelle»<sup>51</sup>. Pour la juridiction communautaire, «les agents en brevets et marques ne sont pas nécessairement des avocats. Bien que M. Pluckrose soit en droit de représenter des parties dans certains recours devant les juridictions du Royaume-Uni, il demeure qu'il n'est pas avocat»<sup>52</sup>.

Secundo, dans l'affaire T-357/05, (affaire Comunidad Autonoma de Valencia), un «letrado» (que l'on pourrait traduire par conseiller juridique), non inscrit au barreau, estimait être habilité, en vertu du droit espagnol, à exercer les fonctions de représentant, tant devant les juridictions nationales que communautaires<sup>53</sup>. Il faut préciser qu'il appartenait au service juridique de la Communauté autonome de Valence (une entité de droit public espagnol) et a produit une attestation certifiant son habilitation à exercer des fonctions de représentation<sup>54</sup>. Il fut, toutefois, exclu de la procédure car, et selon la Cour, «même s'il peut, selon la législation espagnole, représenter la requérante, qui ne figure pas au nombre des parties privilégiées, dans le cadre de recours devant toutes les juridictions, il ne remplit pas la première des deux conditions cumulatives de l'article 19, quatrième alinéa, du même statut et il n'est donc pas habilité à représenter la requérante devant le Tribunal»<sup>55</sup>.

Ces quelques exemples donnent un aperçu de la conception de l'avocat selon la juridiction communautaire. Il s'agit d'une conception assez restrictive que cette juridiction a justifiée dans l'affaire C-155/79, (affaire AM & S/Commission) en ces termes: «L'exigence imposée par l'article 19 du statut de la Cour trouve sa raison d'être dans le fait que l'avocat est considéré comme un collaborateur de la justice, appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin. Cette protection a pour contrepartie la discipline professionnelle, imposée et contrôlée dans l'intérêt général par les institutions habilitées à cette fin. Une telle conception répond aux traditions juridiques communes aux États membres et se retrouve également dans l'ordre juridique communautaire»<sup>56</sup>.

Toutefois, dans l'affaire T-315/03, (affaire Hans-Peter Wilfer vs. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI)), la

---

<sup>51</sup> Ibid., p. II. 3082.

<sup>52</sup> Ibid., p. II. 3083.

<sup>53</sup> Ordonnance Du Tribunal (Deuxième Chambre) 5 Juillet 2006, *Comunidad Autónoma De Valencia – Generalidad Valenciana/Commission*, T-357/05, Rec. p. II. 2018.

<sup>54</sup> Ibid., p. II. 2018.

<sup>55</sup> Ibid., pp. II. 2020-2021.

<sup>56</sup> Arrêt de la Cour du 18 mai 1982, *AM & S/Commission*, 155/79, Rec. p. 1575, point 24.

Cour a quelque peu assoupli sa pratique en autorisant un Patentanwalt (que l'on pourrait traduire par avocat en brevet) à prendre la parole devant elle, à la condition que celui-ci soit sous le contrôle d'un avocat<sup>57</sup>. La Cour a estimé que le premier ne pouvait représenter une partie litigante. Par ailleurs, il est même arrivé qu'un juriste, membre du service juridique d'une communauté autonome espagnole et non inscrit au barreau, ait représenté celle-ci. Cela aurait pu s'apparenter à un revirement jurisprudentiel remettant en cause la conception de l'avocat au sens du droit communautaire européen. Toutefois, cette admission relevait davantage d'une exception plutôt qu'une volonté, d'adopter une conception large de l'avocat. En effet, cette Cour précisa que «dans cette affaire, la Commission avait d'abord soulevé la question de la représentation de la requérante dans le cadre d'une exception d'irrecevabilité qu'elle avait par la suite retirée. Le recours ayant été rejeté comme irrecevable sur la base d'autres considérations, le Tribunal ne s'est pas prononcé, dans cette ordonnance, sur la question de la représentation de la requérante»<sup>58</sup>.

De façon générale, il existe un certain nombre de caractéristiques communes des avocats. Comme le rappelle le Code de déontologie du Conseil des barreaux européens (CCBE), «l'avocat est indispensable à la justice et aux justiciables»<sup>59</sup>. Dans l'administration de la justice, il occupe une position centrale se situant entre la justice d'une part, et les justiciables d'autre part. Tout d'abord, il participe au fonctionnement du service public de la justice par l'exercice de sa profession même s'il n'est pas investi de la fonction de trancher des litiges: c'est un auxiliaire de justice qui contribue à la manifestation de la vérité<sup>60</sup>. C'est à ce titre

---

<sup>57</sup> Arrêt Du Tribunal (Quatrième Chambre) 8 Juin 2005, *Hans-Peter Wilfer vs. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI)*, T-315/03, Rec. P. II. 1989.

<sup>58</sup> Ordonnance du Tribunal du 13 juillet 2004, *Comunidad Autónoma de Andalucía/Commission*, T-29/03, Rec. p. II-2923.

<sup>59</sup> Conseil de l'Europe, *Liberté d'exercice de la profession d'avocat (Recommandation Rec (2000) 21 adoptée par le comité des ministres du Conseil de l'Europe le 25 octobre 2000 et exposé des motifs)*, éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2001, p. 12.

<sup>60</sup> Le principe i du code de déontologie des avocats européens décrit l'avocat comme étant un organe ou un auxiliaire de la justice, disponible sous <[http://www.ccbe.eu/fileadmin/user\\_upload/NTCdocument/FR\\_CCBE\\_CoCpdf2\\_1382973057.pdf](http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/FR_CCBE_CoCpdf2_1382973057.pdf)> (20/07/2020). Cependant, certains auteurs proposent d'utiliser cette expression d'«auxiliaire de la justice» entre guillemets dans la mesure où l'avocat n'est ni un subordonné du juge, ni son partenaire. Ils proposent en lieu et place, de considérer l'avocat comme un collaborateur de la justice selon la formule consacrée par le Tribunal Fédéral suisse (*Mitarbeiter der Rechtspflege*), Arrêt du Tribunal Fédéral (ATF) 106 Ia 100, consid. 8b, cité par François Bohnet et Vincent Martenet, *Droit de la profession d'avocat*, Stampfli éditions SA, Berne, 2009, p. 1244. D'autres auteurs considèrent l'avocat comme étant aussi un «collaborateur», Caroline Pellerin-Rugliano et Anna Czubinski, p. 26. Toutefois, nous estimons que l'avocat

qu'on peut attendre de lui qu'il contribue au bon fonctionnement de la justice et, ainsi, à la confiance du public en celle-ci comme l'a affirmé la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>61</sup>.

Ensuite, il conseille, assiste et défend en justice les particuliers qui le sollicitent. Il exerce un mandat au nom de ceux-ci et contribue ainsi à la consécration de leurs droits. Comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, la complexité des procédures judiciaires nationales justifie souvent le recours aux avocats afin de permettre aux justiciables de jouer pleinement leur rôle dans lesdites procédures et obtenir la consécration de leurs droits. L'équilibre entre ces deux aspects varie suivant les systèmes juridiques. C'est ainsi que dans certains États, l'avocat est perçu beaucoup plus comme mandataire de son client plutôt qu'auxiliaire de justice tandis que d'autres États, privilégie son rôle comme auxiliaire de justice devant contribuer à la manifestation de la vérité. Compte tenu de cette position centrale dans l'administration de la justice, le métier d'avocat fait l'objet d'une réglementation et d'une surveillance de la part des gouvernements locaux<sup>62</sup>. En plus de la réglementation étatique, l'avocat est aussi généralement soumis à une autorégulation par le biais de l'ordre des avocats auquel il est affilié.

Enfin, l'activité exercée par l'avocat est une profession libérale. En effet, il propose ses services en contrepartie d'une rémunération (honoraires) et le fait, à titre indépendant généralement. Bénéficiant aussi de la liberté économique, ces professionnels du droit peuvent constituer des sociétés d'avocats. Cet aspect est très important dans l'analyse de l'activité de ces professionnels du droit dans la mesure où la recherche du profit économique est l'un des objectifs de leur action. Le Conseil de l'Europe rappelle à cet effet que «La pratique du droit a considérablement évolué au cours des dernières décennies et les praticiens sont obligés d'adopter une approche plus commerciale de leur activité»<sup>63</sup> (c'est nous qui mettons en italiques).

A l'instar de l'avocat, la définition du «conseil» n'est pas aisée. Cette terminologie recouvre une réalité multiple allant de l'avocat, entendu au sens de celui qui est rattaché à un barreau national et qui possède l'un des titres donnant droit à cette appellation, à l'expert, présent dans la délégation d'une partie litigante (à l'occasion du procès international) et chargé de donner un avis technique sur

---

est plus qu'un simple collaborateur car il entretient une relation particulière avec le tribunal devant lequel il intervient, *Infra* IIe partie, chapitre II, section II.

<sup>61</sup> CEDH, *Schöpfer c. Suisse*, arrêt no. 56/1997/840/1046, 20 mai 1998, disponible sous <[http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/SEPTEMBRE\\_2012/AF FAIRE\\_SCHOEPPER\\_c.\\_SUISSE.pdf](http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/SEPTEMBRE_2012/AF FAIRE_SCHOEPPER_c._SUISSE.pdf)> (20/07/2020).

<sup>62</sup> Bohnet et Martenet, p. 5.

<sup>63</sup> Conseil de l'Europe, Liberté d'exercice de la profession d'avocat, p. 11.

un point de droit, d'économie ou tout autre domaine scientifique. Il peut aussi s'agir du juriste ou responsable juridique d'une entreprise ou encore le professeur d'université cumulant ses fonctions académiques avec une fonction de juriste au sein d'une étude ou cabinet-conseil: «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»<sup>64</sup>. On pourrait définir le conseil, de façon large, comme étant tout juriste (ou expert en droit) ne pouvant justifier ou se prévaloir de la qualité d'avocat. En droit suisse, l'avocat-conseil ne bénéficie pas du monopole de la représentation contrairement aux avocats<sup>65</sup>. En droit allemand, il existe le Rechtsbeistand (conseiller juridique). Celui-ci n'est pas admis au barreau mais «est autorisé par l'administration de la justice à assister les plaideurs devant le tribunal à condition toutefois qu'un besoin de cette nature existe»<sup>66</sup>. En France, il existe la profession des juristes-conseils d'entreprises<sup>67</sup>.

On constate qu'au niveau national, leur assimilation n'est pas totale avec les avocats qui bénéficient du monopole de la représentation même si les conseils peuvent représenter quelquefois des clients. Devant les instances internationales, par contre, les avocats et conseils jouissent des mêmes privilèges; on peut même dire que les termes <avocats> et <conseils> y sont interchangeables<sup>68</sup>. Une telle interprétation semble être confortée par l'analyse des textes internationaux comme le Statut de la Cour internationale de Justice dont l'article 42 al. 2 dispose que les États «peuvent se faire assister devant la Cour par des conseils *ou des avocats*»<sup>69</sup> (c'est nous qui mettons en italiques). L'emploi de la conjonction <ou>, en l'espèce, suppose une équivalence entre les termes qu'elle relie. La doctrine semble confirmer cette interprétation. Ainsi, un auteur (intervenant régulièrement devant la CIJ) a constaté qu'«il est traditionnel (mais nullement

---

<sup>64</sup> Mathieu De Bosseison, *Le conseil dans l'arbitrage*, conférence de l'Association Française d'Arbitrage (AFA) donnée à Paris le 20 septembre 2016, p. 1, disponible sous <[http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2016/10/2016\\_AFA\\_Conference\\_Le\\_Conseil\\_dans\\_l\\_arbitrage\\_Matthieu\\_de\\_Boisseison.pdf](http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2016/10/2016_AFA_Conference_Le_Conseil_dans_l_arbitrage_Matthieu_de_Boisseison.pdf)> (20/07/2020).

<sup>65</sup> L'avocat-conseil est défini comme «tout titulaire du brevet d'avocat inscrit au registre cantonal des avocats-conseils, qui pratique à titre indépendant *mais ne participe pas à l'activité monopolistique de l'avocat*» (c'est nous qui mettons en italiques), article 3b de la Loi sur la profession d'avocat (LPAv) du 9 juin 2015, RS 177.11; Bohnet et Martenet, p. 1451 ss.

<sup>66</sup> <<http://www.dr-hoek.de/FR/beitrag.asp?t=l-avocat-en-allemand>> (20/07/2020).

<sup>67</sup> Cette profession est subordonnée à l'octroi du Diplôme de Juriste-Conseil d'Entreprise (DJCE). Pour plus d'informations, consulter <<https://djce.fr/diplome/>> (20/07/2020).

<sup>68</sup> La seule exception reste, à ce jour, la CJUE.

<sup>69</sup> Statut de la Cour internationale de Justice, adopté le 26 juin 1945, disponible sous <<https://www.icj-cij.org/fr/statut>> (20/07/2020).

obligatoire) de réserver le titre d'«avocats» aux membres de l'équipe de conseils qui prennent la parole durant la procédure orale, tandis que le terme conseil vise, de façon plus générale, l'ensemble des juristes associés à la présentation de l'affaire»<sup>70</sup>. Le professeur Rosenne souligne que «la différence entre ces deux termes n'est pas claire et, dans une certaine mesure, peut être une question de protocole dans la composition de délégation à la Cour dans la phase orale. Les conseils sont généralement membres du barreau dans leur pays d'origine ou professeurs de droit international»<sup>71</sup> (C'est nous qui traduisons). Finalement, et comme le constate un auteur, «la pratique uniforme actuelle est d'utiliser les deux termes de façon interchangeable ou même de façon conjointe» (C'est nous qui traduisons)<sup>72</sup>. L'accent est mis ici sur la fonction exercée<sup>73</sup>. A cet effet, la définition donnée par l'Association de Droit International dans ses «Principes de la Haye sur les standards éthiques pour les conseils devant les cours et tribunaux internationaux» résume bien cet état de fait. Ce texte déclare s'appliquer «à toute personne exerçant les fonctions de l'avocat en représentant, apparaissant au nom de ou fournissant des conseils juridiques à une partie dans une procédure devant un tribunal ou un tribunal international»<sup>74</sup> (c'est nous qui traduisons). Le texte ajoute qu'une telle personne peut ou ne pas posséder une formation juridique professionnelle ou être admise en tant que membre d'une association du barreau ou un autre organisme professionnel.

De tout ce qui précède, il ressort que le droit international, contrairement au droit interne ou supranational, semble privilégier une approche fonctionnelle des notions d'avocat et de conseil. Et cela, d'une part, au regard de la diversité des personnes ayant agi en qualité d'avocat et/ou de conseil devant les tribunaux internationaux et, d'autre part, pour ne pas limiter la liberté des États litigants dans la constitution de leurs équipes juridiques comme nous le verrons plus loin.

---

<sup>70</sup> Alain Pellet, *Conseil devant la Cour internationale de Justice, quelques impressions in Mélanges offerts à Hubert Thierry, l'évolution du droit international*, Pedone, Paris, 1998, p. 346.

<sup>71</sup> Shabtai Rosenne, *International Court of Justice: Practice Directions on Judges ad hoc; Agents, counsel and Advocates; and Submission of New Documents*, LPICT 1 (2002), p. 225 cité par Sir Franklin Bearman, *Article 42 in Zimmermann et al (eds), The Statute of the International Court of Justice, a Commentary*, 2<sup>e</sup> ed., OUP, Oxford, 2012, p. 1083, note 33.

<sup>72</sup> Bearman, p. 1083.

<sup>73</sup> La même approche a été retenue par Arman Sarvarian dans son ouvrage, *Professional Ethics at the International Bar*, OUP, Oxford, p. 4: «in considering the role of counsel, the book adopts a functional definition whereby it considers those who appear as counsel before international courts regardless of their professional or national backgrounds».

<sup>74</sup> Article 1 des *Principes de la Haye sur les standards éthiques pour les conseils devant les cours et tribunaux internationaux* du 27 septembre 2010, disponible sous <[http://www.ucl.ac.uk/laws/cict/docs/Hague\\_Sept2010.pdf](http://www.ucl.ac.uk/laws/cict/docs/Hague_Sept2010.pdf)> (20/07/2020).

## **B. Le barreau international: d'une inexistence formellement consacrée à une existence matériellement constatée**

Contrairement au niveau national, le droit international se caractérise par l'absence d'un ordre d'avocats ou de barreau international. Certes, il eût quelques tentatives visant l'instauration d'un tel barreau. Mais celles-ci se soldèrent toutes par des échecs. Les raisons d'un tel échec devant la CPJI, par exemple, ont été rapportées par Mani<sup>75</sup>. Selon cet auteur, la mise en place d'un tel barreau aurait pu déboucher sur une sorte de cartel conférant un droit exclusif à un nombre limité de personnes. De plus, il n'aurait pas été judicieux de demander à un gouvernement de confier la défense de ses intérêts à une certaine élite alors que celui-ci pouvait trouver parmi ses nationaux, des juristes possédant l'expertise nécessaire pour une telle mission. Par ailleurs, le nombre limité d'affaires ne plaidait pas en faveur d'une telle initiative. Enfin, l'absence d'un barreau international pouvait constituer un facteur favorisant des plaidoiries et débats de qualité car les acteurs internationaux avaient le choix parmi les juristes de haut niveau disponibles. Finalement, l'absence de distinction rigide entre agents et avocats dans les textes régissant la procédure devant cette cour (comme nous le verrons plus loin) apparaît comme un argument militant en faveur de la non-instauration d'un tel barreau.

L'absence de barreau peut laisser penser que toute personne, disposant ou non de connaissances juridiques, peut remplir la fonction de l'avocat ou encore, comme le dit Alain Pellet, que tout le monde et n'importe qui peut plaider<sup>76</sup>. Toutefois, la réalité est toute autre car l'on note l'existence de règles minimales à respecter avant de pouvoir exercer les fonctions d'avocat devant certaines juridictions internationales. Ainsi, certaines juridictions comme la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE), exigent l'inscription à un barreau national afin de pouvoir exercer la profession d'avocat devant elles<sup>77</sup>. D'autres, comme la Cour pénale internationale, ont institué une liste d'avocats habilités à plaider devant elles<sup>78</sup>. Toutefois, les accusés ne sont pas obligés de choisir leur représentant sur cette liste<sup>79</sup>.

Nonobstant l'absence de règles expresses règlementant la profession d'avocat devant les instances internationales, l'on s'accorde à dire qu'il a existé, durant de nombreuses années, une sorte de barreau <invisible> ou occulte au niveau in-

---

<sup>75</sup> V. S. Mani, *International Adjudication, Procedural Aspects*, vol. 4, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1980, pp. 60-61.

<sup>76</sup> Pellet, *Conseil devant la Cour internationale de Justice, quelques impressions*, p. 347.

<sup>77</sup> Voir l'article 19 du Statut CJUE.

<sup>78</sup> «*Les personnes admises sur la Liste des conseils peuvent exercer devant la Cour en qualité de conseil de la Défense, de représentant légal des victimes, de conseil de permanence ou de conseil Ad hoc*», disponible sous <<https://www.icc-cpi.int/get-involved/Pages/legal-professionals.aspx?ln=fr>> (20/07/2020).

<sup>79</sup> Santulli, p. 182.

ternational, c'est-à-dire un petit groupe de personnes, imprégnées des règles et procédures juridictionnelles internationales et intervenant de façon systématique dans presque toutes les affaires qui sont introduites devant ces juridictions internationales<sup>80</sup>. Cette affirmation a été confirmée par plusieurs études.

A cet effet, le professeur Alain Pellet (d'ailleurs membre de ce barreau invisible) a conclu à l'existence d'un barreau officieux devant la CIJ après avoir analysé les activités de celle-ci sur une période de douze ans (1986-1997)<sup>81</sup>. Le professeur Jean-Pierre Cot (par ailleurs juge au TIDM depuis 2002) abonde aussi dans ce sens et affirme qu'il existe une douzaine d'avocats plaidant régulièrement devant la Cour internationale de Justice<sup>82</sup>. Il ajoute que «Le barreau invisible était principalement composé d'une poignée d'éminents professeurs de droit international, enseignant dans les universités les plus prestigieuses, et un avocat occasionnel et hautement spécialisé, soutenu par quelques grands cabinets d'avocats» (c'est nous qui traduisons)<sup>83</sup>.

D'autres auteurs ont mené une étude similaire mais sur la période 1997-2012, en élargissant le domaine d'investigation aux affaires contentieuses et consultatives jugées par la CIJ, le TIDM et les affaires interétatiques administrées par la CPA<sup>84</sup>. Leur analyse a permis de conclure que dix juristes apparaissent fréquemment devant ces tribunaux parmi lesquels six ont plaidé en anglais et un en français et en anglais. La presque totalité de ce groupe vient des pays développés:

---

<sup>80</sup> Pellet, *Conseil devant la Cour internationale de Justice, quelques impressions*, p. 347.

<sup>81</sup> «— Durant cette période, 19 affaires ont été plaidées (à un stade quelconque: mesures conservatoires, exceptions préliminaires ou fond);

- 54 conseils et avocats se sont présentés devant la Cour (si l'on exclut les conseils purement maison, c'est-à-dire les diplomates ou experts de l'État partie et les membres des cabinets conseils, dont le rôle est particulier);
- mais ce chiffre cache des réalités très diverses puisque 33 n'ont plaidé que dans une affaire, 7 dans 2 (souvent pour le même client) et 7 dans 3 affaires; deux des 7 autres conseils ont plaidé dans 5 affaires, deux dans 6 affaires, et les trois derniers respectivement dans 8, 9 et 10 affaires» *ibid.*, pp. 346-347.

<sup>82</sup> Voir Jean-Pierre Cot, *Le monde de la justice internationale*, p. 513.

<sup>83</sup> Jean-Pierre Cot, *Appearing <for> or <on behalf of> a State: The role of private counsel before international tribunals* in Nisuke Andō, Edward McWhinney et Rüdiger Wolfrum (eds), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, vol. 2, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, p. 836.

<sup>84</sup> Ce champ d'étude a donc concerné 33 affaires contentieuses et 3 affaires consultatives devant la CIJ, 15 procédures contentieuses et une consultative devant le TIDM, 8 affaires conduites sous les auspices de la CPA. Ce qui donne un total de 60 affaires examinées. 601 personnes sont intervenues devant l'une de ces juridictions en qualité d'agent ou d'avocat parmi lesquelles 129 personnes ont représenté un gouvernement dont elles n'ont pas la nationalité, soit moins de 20%. Eran Stthoeger et Michael Wood, *The International Bar* in Cesare Per Romano, Karen J. Alter et Yuval. Shany (eds), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, OUP, Oxford, 2014, pp. 648-649.

Europe occidentale, USA, Australie, Canada, Nouvelle-Zélande<sup>85</sup>. Pour ces auteurs, la difficulté d'accèsion à ce petit groupe s'explique par la réticence des gouvernements à incorporer, parmi leurs conseils, des juristes dont la renommée internationale n'est pas encore confirmée<sup>86</sup>. Dans ce sens, le professeur Pellet dira qu'«il est certainement rassurant et pour les États et pour les conseils eux-mêmes, de travailler avec des gens qui connaissent les règles du jeu et ont l'habitude de travailler ensemble, et dont on sait qu'ils ne feront pas de grosses bêtises, dangereuses pour la cause, toujours importante, parfois essentielle, qui leur est confiée»<sup>87</sup>. Un auteur, va résumant la situation du barreau opaque, a affirmé que «the universe of lawyers who get to argue on behalf of states before the ICJ or ITLOS, or in inter-state arbitrations, is relatively small, and almost all are older white men from Europe or North America»<sup>88</sup>.

Toutefois, le professeur James Crawford propose de distinguer entre trois situations: le cas des juridictions pénales internationales, le cas des tribunaux interétatiques (CIJ et TIDM notamment) et le cas des tribunaux arbitraux d'investissements. Devant les juridictions pénales internationales, notamment la Cour pénale internationale (CPI), un barreau international émerge avec notamment l'établissement d'une liste de conseils, créée et gérée par le greffe de ladite Cour<sup>89</sup>. Par ail-

---

<sup>85</sup> Ibid., p. 649.

<sup>86</sup> Ibid.

<sup>87</sup> Pellet, *Conseil devant la Cour internationale de Justice, quelques impressions*, p. 347.

<sup>88</sup> Paul Reichler, *Preparation of Cases before International Courts and Tribunals* in ASIL, vol. 106, 2012, p. 158, cité par Stoeber et Wood, p. 648, note n°41. La même idée est reprise par un autre auteur qui définit l'avocat-conseil intervenant devant les juridictions internationales comme étant un «mâle caucasien» d'un certain âge, qui réside dans l'une des principales capitales occidentales, avec une majorité provenant des pays de Common Law, avec une prédominance des professeurs d'universités, Loretta Malintoppi, *Avocat-conseil* in Hervé Ascensio *et al.* (eds), *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Pedone, Paris, 2017, p. 49.

<sup>89</sup> Cette liste est ouverte aux personnes qui «

- possèdent une compétence reconnue en droit international ou en droit pénal et en matière de procédure, et
- ont acquis l'expérience nécessaire du procès pénal en exerçant des fonctions de juge, de procureur, d'avocat, ou quelque autre fonction analogue. Cette expérience doit être d'au moins dix (10) années pour le conseil principal et de huit (8) années pour le conseil adjoint, et
- possèdent une excellente connaissance de l'une au moins des langues de travail de la Cour (anglais ou français) et la parlent couramment, et
- n'ont jamais été condamnées pour des infractions criminelles ou disciplinaires graves considérées comme incompatibles avec la nature des fonctions qui sont celles du conseil devant la Cour» <<https://www.icc-cpi.int/get-involved/Pages/legal-professionals.aspx?ln=fr>> (20/07/2020); voir aussi James Crawford, *The International Law Bar, Essence Before Existence?* in Jean d'Aspremont, Tarcisio Gazzini, André



leurs, il existe un Code de conduite<sup>90</sup> régissant les actes des «conseils de la défense, aux conseils représentant les États, aux aminci curiae, ainsi qu’aux conseils des victimes et des témoins exerçant leurs fonctions à la Cour. Il fixe la conduite des conseils dans le cadre de la représentation de leurs clients ainsi que de leurs rapports avec la Cour, d’autres conseils, des personnes non représentées ou représentées par d’autres conseils, de même que les victimes et les témoins. Il établit également une procédure disciplinaire en cas de faute professionnelle»<sup>91</sup>. Ce Code a, enfin, institué des organes disciplinaires (Commissaire, Comité disciplinaire, Comité disciplinaire d’appel) chargés du contrôle de l’action de ces juristes<sup>92</sup>. Il existe même une Association du Barreau près la Cour pénale internationale (ABCPI), chargée de la défense des «intérêts des Conseils et de leur personnel d’appui qui représentent des victimes, des accusés et d’autres acteurs (tels que les témoins) devant la CPI»<sup>93</sup>. Les autres juridictions pénales internationales ont prévu une organisation assez similaire en ce qui concerne les conseils<sup>94</sup>.

Les tribunaux interétatiques (CIJ et TIDM notamment) bénéficient d’un barreau invisible, géré selon un système d’autorégulation. Ce système a les faveurs de l’auteur, qui rappelons-le, est juge à la CIJ<sup>95</sup>. Au soutien de cela, il invoque le peu d’affaires dans lesquelles la conduite de l’avocat a engendré des problèmes de même que la probable opposition des États à la réglementation des conseils devant les tribunaux où les États eux-mêmes interviennent en qualité de parties litigantes<sup>96</sup>. Un tel système n’est concevable que dans le cadre de tribunaux, connaissant d’un nombre d’affaires assez limité. Devant ces tribunaux interétatiques, les fonctions d’avocat et/ou conseil sont exercées en majorité par des professeurs d’université. Ceux-ci sont, en principe, des fonctionnaires ou agents publics qui «concourent à l’accomplissement des missions du service public de l’enseignement supérieur ... ainsi qu’à l’accomplissement des missions de la recherche publique»<sup>97</sup>. Toutefois,

---

Nollkaemper, Wouter Werner (eds), *International Law as a Profession*, CUP, Cambridge, 2017, pp. 346-347.

<sup>90</sup> Il s’agit de la résolution *ICC-ASP/4/Res.1*, Adoptée par consensus à la troisième séance plénière, le 2 décembre 2005 (ci-après dénommé code de conduite professionnelle des conseils) et disponible sous <<https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/COPC-Fra.pdf>> (20/07/2020).

<sup>91</sup> <<https://www.icc-cpi.int/resource-library/?ln=fr>> (20/07/2020).

<sup>92</sup> Voir notamment le chapitre 4 du code de conduite professionnelle des conseils.

<sup>93</sup> <<https://www.abcpi.org>> (20/07/2020).

<sup>94</sup> Crawford, *The International Law Bar, Essence Before Existence?* pp. 346-347.

<sup>95</sup> Il a aussi exercé les fonctions d’avocat devant la CIJ avant son élection comme juge à la même Cour.

<sup>96</sup> Crawford, *The International Law Bar, Essence Before Existence?* p. 350.

<sup>97</sup> Article 2 du décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences (Version consolidée du

ce n'est pas en cette qualité d'agent public, poursuivant une mission de service public, que la majorité d'entre eux est intervenue devant ces tribunaux mais plutôt dans une situation similaire à celle des juristes privés. En effet, lesdits professeurs offrent leur expertise aux États litigants (le plus souvent, ils n'agissent pas pour leur État d'origine) contre rémunération. Ils exercent donc une activité «privée». Ce qui justifie leur inclusion dans cette étude des juristes privés. On peut ainsi citer le professeur Alain Pellet qui est intervenu dans une cinquantaine d'affaires devant la CIJ, le TIDM et les tribunaux d'investissement en qualité d'avocat et conseil<sup>98</sup>, du professeur Marcelo Gustavo Cohen intervenant comme avocat et conseil devant la CIJ, le TIDM et les tribunaux arbitraux<sup>99</sup> ou encore du professeur Laurence Boisson de Chazournes qui est avocate et conseil pour des affaires contentieuses et consultatives devant la CIJ ainsi que dans le cadre d'autres procédures de règlement des différends (CIRDI, CPA, Arbitrage international)<sup>100</sup>.

Devant les tribunaux d'investissements, il y a une «nécessité» d'établir un barreau international<sup>101</sup>. En effet, «la prolifération des tribunaux internationaux, la diversification des contentieux, ont ouvert la justice internationale et élargi le barreau international de manière substantielle»<sup>102</sup>. Le nombre important d'affaires soumis aux juridictions internationales a nécessité un grand nombre d'avocats aussi car les membres de ce barreau invisible ne pouvaient pas intervenir dans toutes ces procédures. C'est ainsi que l'on note dorénavant l'existence d'une pléthore d'études d'avocats qui interviennent sur la scène internationale. Les plus importantes études d'avocats sont listées dans des classements tels Legal 500, the Am Law 200. En dépit de cette pléthore, nous pensons qu'il existe aussi une sorte de barreau invisible au niveau des tribunaux d'investissements (les tribunaux CIRDI notamment). Une récente étude sur l'arbitrage international d'investissement (CIRDI notamment) permet d'affirmer qu'il existe aussi un noyau de 25 juristes intervenant en qualité de conseils dans le cadre de l'arbitrage CIRDI (avec au moins 13 apparitions pour chacun)<sup>103</sup>. Ceux-ci sont intervenus dans plus de la moitié des procédures arbitrales initiées sous les auspices

---

27 mars 2017), disponible sous <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006064492&dateTexte=20170323>> (20/07/2020).

<sup>98</sup> <<http://alainpellet.eu/biographie/>> (20/07/2020).

<sup>99</sup> <<https://graduateinstitute.ch/academic-departments/faculty/marcelo-kohen>> (20/07/2020).

<sup>100</sup> <<https://www.unige.ch/droit/collaborateur/professeurs/boisson-de-chazournes-laurence/>> (20/07/2020).

<sup>101</sup> Crawford, <*The International Bar, Essence Before Existence?*> pp. 351-354.

<sup>102</sup> *Affaire du navire «Louisa» (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, arrêt, opinion individuelle de M. Cot, juge, TIDM Recueil 2013, p. 117, para 50.

<sup>103</sup> Cette étude s'est appuyée sur la base de données du centre PluriCourts, dénommée PluriCourts Investment Treaty Arbitration Database (PITAD) qui enregistre 1039 affaires

de ladite organisation (530 affaires sur un total de 1039)<sup>104</sup>. Contrairement à la CIJ, le TIDM, et la CPA, le barreau CIRDI est dominé par les cabinets d'avocats (Freshfields, Shearman & Sterling, White & Case, Foley Hoag, etc.)<sup>105</sup>. Ces études ont des différents domaines d'expertise en droit international allant de l'arbitrage commercial international à l'arbitrage d'investissement ou au commerce international. D'autres se sont spécialisées en droit international public comme Volterra Fietta<sup>106</sup>. La spécialisation concerne aussi les procédures devant les tribunaux internationaux. Ainsi, parmi les juristes intervenant devant le TIDM dans le cadre des procédures de mainlevée, seuls trois d'entre eux ont aussi participé à d'autres procédures<sup>107</sup>. Cette spécialisation est aussi renforcée, selon un auteur, par les réactions négatives que suscite souvent la présence de certains juristes considérés comme non familiers aux pratiques et procédures d'une juridiction devant laquelle ceux-ci interviennent<sup>108</sup>.

Toutefois, si l'on observe une multiplication des juridictions internationales et une forte progression des affaires qui leur sont soumises, il faut aussi souligner le fait que les équipes juridiques des parties litigantes sont dominées par les juristes occidentaux. Ce constat est corroboré par une étude des procédures contentieuses de la CIJ sur la période 1999-2012, soit 47 affaires impliquant 50 États et 593 membres des différentes équipes juridiques: «Forty-six of the 50 legal teams representing OECD states before the Court had a national composition of 60 per cent or more. Of the 47 legal teams representing non-OECD states appearing before the Court, 18 had a national composition of 60 per cent or more, while 29 had a national composition of less than 60 per cent. Moreover, of the 148 lawyers who had served as non-nationals on legal teams, only six (4 per cent) were nationals of non-OECD states. Of the 44 lawyers who had appeared in such a capacity more than once, only one – Eduardo Jiménez de Aréchega – was from a non-OECD state. Seventy-seven per cent of the non-nationals hired by legal teams came from France, the United Kingdom, the United States, Belgium, and Italy»<sup>109</sup>. Cette domination des juristes occidentaux dans le procès international pourrait s'expliquer aussi par une raison linguistique

---

d'investissement au 1<sup>er</sup> janvier 2017, voir Langford, Behn et Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, p. 142.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Voir la section suivante pour avoir un aperçu de ces cabinets.

<sup>106</sup> <<http://www.volterrafieta.com>> (20/07/2020).

<sup>107</sup> Shoeger et Wood, p. 651.

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> Shashank P. Kumar et Cecily Rose, «A Study of Lawyers Appearing before the International Court of Justice, 1999–2012» in *European Journal of International Law*, Vol. 25, no. 3, 2014, p. 898.

car les deux langues les plus utilisées dans le cadre du procès international sont l'anglais et le français<sup>110</sup>. Toutefois, une telle domination (ou surreprésentation) est critiquable compte tenu du fait que corrélativement les gouvernements occidentaux sont moins attraités (comparativement aux États en développement) devant les tribunaux internationaux. Dans son allocution lors de la Rencontre annuelle de la Société Américaine de Droit International, le Professeur James Gathii a critiqué ce qu'il a appelé la «géographie limitée des lieux et des idées qui façonnent le droit international»<sup>111</sup>. Celui-ci est essentiellement «produit» dans des villes telles New York, Genève, La Haye tandis qu'une considération insuffisante (ou marginale) est accordée à d'autres lieux non moins importants tels Arusha (en Tanzanie) qui jusqu'à une date récente abritait 3 cours et tribunaux internationaux que sont le Tribunal pénal international pour le Rwanda<sup>112</sup>, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>113</sup>, la Cour est-africaine de justice<sup>114</sup>. L'une des conséquences de cette géographie limitée est l'importante présence des juristes établis dans ces «villes» du droit international<sup>115</sup>. Nous reviendrons plus en détail sur cette critique dans la deuxième partie de notre travail. Ainsi, on peut dire qu'il n'y a pas un seul barreau mais plusieurs barreaux (in) visibles, chacun se formant devant un tribunal spécifique. L'absence d'un barreau international (un ordre des avocats en droit international) entraîne quelques conséquences notables telles que la difficulté dans l'établissement des éléments de définition de l'avocat en droit international ou encore l'inexistence ou l'insuffisance des moyens de contrôle de l'activité de ces juristes. Il existe certes quelques mécanismes permettant d'encadrer l'activité de ces professionnels de droit mais ces mécanismes se révèlent assez précaires et ne sauraient égaler le pouvoir de contrôle et de régulation que possède un barreau: un tel pouvoir se manifeste notamment dans l'édiction de règles de conduite et de protection applicables aux avocats, de moyens de sanctions et aussi des éléments de définition clairs de l'avocat en droit international.

---

<sup>110</sup> E. Valencia-Ospina, «International Courts and Tribunals, Agents, Counsel, and Advocates» in Rüdiger Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, OUP, Oxford, Vol. 5, 2012, pp. 516-517.

<sup>111</sup> James Thuo Gathii, *The Promise of International Law: A Third World View* (June 25, 2020), Grotius Lecture Presented at the 2020 Virtual Annual Meeting of the American Society of International Law, p. 2, Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=>> (20/07/2020).

<sup>112</sup> <<https://unictr.irmct.org/fr/chronologie-du-tpir>> (20/07/2020). Celui-ci a fermé depuis le 31 décembre 2015 et a été remplacé par le Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux.

<sup>113</sup> <<https://fr.african-court.org>> (20/07/2020).

<sup>114</sup> <<https://www.eacj.org>> (20/07/2020).

<sup>115</sup> James Thuo Gathii, *The Promise of International Law: A Third World View*, p. 4.

### C. Un aperçu des cabinets intervenant pour le compte des États devant les tribunaux internationaux

Il existe des études portant sur l'identification des cabinets juridiques intervenant dans le cadre du procès international en général ou devant certains tribunaux spécifiques. L'on pourrait citer celle réalisée en 2012 par Pia Eberhardt et Cecilia Olivet au sujet des 20 cabinets les plus actifs en matière d'arbitrage d'investissement<sup>116</sup>. Ou encore, la récente étude réalisée par Langford, Behn et Lie, toujours dans le domaine de l'arbitrage d'investissement<sup>117</sup>. Toutefois, ces deux études sont limitées au domaine de l'investissement et englobent aussi bien les cabinets intervenant pour les investisseurs que pour les États-hôtes. Il existe aussi les classements d'études d'avocats réalisés annuellement par des institutions telles Law 360 (The Global 20)<sup>118</sup>, The Global Law Expert<sup>119</sup>, Who's who legal 100<sup>120</sup>, GAR 100<sup>121</sup>, etc. Ce que nous proposons dans les lignes suivantes, c'est un aperçu des cabinets intervenant principalement pour les entités étatiques devant la CIJ, le TIDM, la CPA et les tribunaux CIRDI, principalement au cours de ces dernières années. Nous nous inspirerons du rapport réalisé par Langford, Behn et Lie (pour ce qui concerne l'arbitrage CIRDI) avant d'étendre notre analyse aux autres tribunaux internationaux. Le rapport précité nous révèle qu'au moins 2699 juristes sont intervenus dans au moins une procédure arbitrale CIRDI. Toutefois, dans le cas du CIRDI, nous nous focaliserons sur les affaires dans lesquelles les 25 principaux juristes et leurs cabinets sont intervenus. Dans le cadre du TIDM, nous proposons inclure toutes les 27 affaires inscrites au rôle dudit tribunal. Devant la CPA, certaines règles de confidentialité (notamment en ce qui concerne les procédures organisées selon le règlement CNUDCI) nous obligent à en donner un exposé sommaire. Il s'agira d'un aperçu qui n'a pas la prétention d'être exhaustif et qui nous permettra d'en savoir un peu plus sur certains juristes qui sont des acteurs clés de ces études. Dans un second temps, les stratégies utilisées par celles-ci pour s'attirer les faveurs de la clientèle étatique seront aussi examinées.

---

<sup>116</sup> Pia Eberhardt et Cecilia Olivet, *Profiting from Injustice, how Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration boom*, Nouvelles Imprimeries Havaux, Bruxelles/Amsterdam, 2012, pp. 20-21.

<sup>117</sup> Langford, Behn et Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*.

<sup>118</sup> <<https://www.law360.com/legalindustry/articles/1060304?site-menu=1>> (20/07/2020).

<sup>119</sup> <<http://www.globallawexperts.com/AwardPublications.aspx>> (20/07/2020).

<sup>120</sup> <<https://whoswholegal.com>> (20/07/2020).

<sup>121</sup> <<https://globalarbitrationreview.com/edition/1000104/gar-100-9th-edition>> (20/07/2020).

### 1. Cabinets et juristes-clés

- *Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*: Ce cabinet se présente comme l'un des premiers cabinets américains à s'ouvrir à l'extérieur. Devant le CIRDI, il est intervenu dans 34 affaires, toutes pour le compte d'États litigants. Dans 18 d'entre elles, il était représenté par Gabriela Alvarez-Avila, associé dudit cabinet et dans les 16 autres affaires, par l'associé George Kahale. Il est aussi intervenu dans des affaires jugées par d'autres tribunaux internationaux telles la CPA notamment dans l'affaire Venezuela US, STL et la république bolivarienne de Venezuela où il a représenté cette dernière<sup>122</sup> ou encore le différend entre l'Ukraine et la Fédération de Russie, dans lequel il a agi pour la Fédération de Russie<sup>123</sup>. Outre l'arbitrage international, celui-ci intervient aussi dans le domaine du commerce mondial où il a conseillé ou représenté plusieurs États tels que le Brésil, les USA, le Japon, avec à la clé, un taux de succès très élevé<sup>124</sup>. Ce cabinet compte, dans ses rangs, l'ex-juge du TIDM, M. Tulio Treves qui faisait partie de l'équipe du cabinet présent aux côtés de la Fédération de Russie dans l'affaire précitée<sup>125</sup>. Il est consultant international senior dans le département de l'Arbitrage international<sup>126</sup>. On pourrait aussi citer George Kahale, qui est le président du cabinet et qui est intervenu dans plusieurs procédures de règlement des différends internationaux. Il est aussi auteur de plusieurs articles notamment dans le domaine de l'arbitrage<sup>127</sup>.
- *Squire Patton Boggs (Squire Sanders) LLP*: Issu de la fusion de deux cabinets américains Squire Sanders et Patton Boggs, Squire Patton Boggs compte plus de 1500 juristes<sup>128</sup>, et 47 bureaux, repartis dans 20 pays. Il totalise 33 interventions devant les tribunaux CIRDI et, sur ces 33 interventions, 30 l'ont été pour le compte d'États. En collaboration avec le cabinet Dechert

---

<sup>122</sup> Venezuela US, S.R.L. (Barbados) v. The Bolivarian Republic of Venezuela, PCA case 2013-34, Interim Award on Jurisdiction (on the Respondent's Objection to Jurisdiction *Ratione Voluntatis*), 26 July 2016, p. 3.

<sup>123</sup> Différend concernant les droits de l'État côtier dans la Mer noire, la Mer d'Azov et le détroit de Kertch (Ukraine c. La Fédération De Russie), PCA Case 2017-6.

<sup>124</sup> <<https://www.curtis.com/sitecontent.cfm?pageid=10&itemID=74>> (20/07/2020).

<sup>125</sup> Différend concernant les droits de l'État côtier dans la Mer noire, la Mer d'Azov et le détroit de Kertch (Ukraine c. La Fédération De Russie), PCA Case 2017-6.

<sup>126</sup> <<https://www.curtis.com/sitecontent.cfm?pageid=8&itemid=438&view=1>> (20/07/2020).

<sup>127</sup> <<https://www.curtis.com/sitecontent.cfm?pageid=8&itemid=97&view=1>> (20/07/2020).

<sup>128</sup> Beaucoup d'entre eux sont d'anciens fonctionnaires étatiques qui possèdent, par conséquent, une expertise dans beaucoup d'aspects du contentieux international, <<https://www.squirepattonboggs.com/en/services/practice-areas/international-dispute-resolution?explore=capabilities>> (20/07/2020).

LLP, Squire Patton Boggs a aidé l'Équateur à convaincre un comité d'annulation du CIRDI de réduire de 700 millions de dollars le montant alloué à Occidental Petroleum en 2015<sup>129</sup>. Cette réduction sera qualifiée de montant le plus élevé jamais annulé par le CIRDI<sup>130</sup>. Ce cabinet est aussi intervenu devant le TIDM à l'occasion de l'affaire Louisa où il a assisté Saint-Vincent-et-les-Grenadines de même que devant la CPA pour le compte de la république tchèque<sup>131</sup>.

- *Sidley Austin LLP*: Ce cabinet s'est spécialisé dans le règlement du contentieux international (arbitrage d'investissement et règlement des différends commerciaux) au début des années 2000 avec la reprise notamment des affaires du cabinet Powell Goldstein<sup>132</sup>. Devant les tribunaux CIRDI, il intervient pour le compte d'entités tant étatiques que non étatiques mais avec une majorité interventions pour le compte d'États litigants (33/59). Il est aussi intervenu, devant la CPA, dans deux affaires pour le compte d'entités non étatiques<sup>133</sup>. A l'OMC, il est intervenu pour le compte d'États tels que la Chine (United States – Anti-Dumping Methodologies (China), de la Norvège (European Communities – Anti-Dumping Measure on Farmed Salmon from Norway), du Brésil (United States – Subsidies for Upland Cotton; Brazil – Measures Affecting the Import of Retreaded Tyres)<sup>134</sup>.
- *Arnold Porter LLP*: Depuis 2017, ce cabinet a fusionné avec Kaye Scholer pour donner Arnold & Porter Kaye Scholer. Devant les tribunaux CIRDI, ce cabinet intervient principalement pour les États litigants, ou plus exactement,  $\frac{3}{4}$  de ses interventions sont réalisées pour les États (24/32)<sup>135</sup>. Il intervient aussi dans le cadre des procédures gérées par la CPA. Ainsi, il a

---

<sup>129</sup> Il s'agit de l'affaire Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company and The Republic Of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11), Decision on Annulment of the Award, 2 November 2015, p. 1.

<sup>130</sup> <<https://globalarbitrationreview.com/benchmarking/gar-100-11th-edition/1167524/squire-patton-boggs>> (20/07/2020).

<sup>131</sup> InterTrade Holding GmbH v. The Czech Republic, PCA case 2009-12, arrêt du 07 juin 2012.

<sup>132</sup> <<https://globalarbitrationreview.com/benchmarking/gar-100-11th-edition/1167530/sidley-austin>> (20/07/2020).

<sup>133</sup> HICEE B.V. v. The Slovak Republic, PCA case 2009-11, Award of 17 October 2011; Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia, PCA case 2012-12 (pending case)

<sup>134</sup> <<https://www.sidley.com/en/services/global-arbitration-trade-and-advocacy/wto-disputes>> (20/07/2020).

<sup>135</sup> <<https://www.arnoldporter.com/en/services/capabilities/practices/international-arbitration>> (20/07/2020).

agi pour le compte de l'État tchèque<sup>136</sup> et l'État slovaque<sup>137</sup>. La liste des États ayant sollicité les services de ce cabinet comprend plus d'une quarantaine de noms<sup>138</sup>. L'actuel directeur de l'ACWL, M. Neil Meagher, était associé dans ce cabinet avant de rejoindre l'organisation internationale à Genève<sup>139</sup>.

- *FreshFields Bruckhaus Deringer LLP*: Ce cabinet fut longtemps considéré comme étant «l'université non officielle pour l'arbitrage internationale» car beaucoup d'associés des grands cabinets ont fait leurs premiers pas dans le domaine de l'arbitrage sous la direction de Jan Paulsson<sup>140</sup>. Ce dernier a, pendant longtemps, été le responsable du département de l'Arbitrage International et du Droit International Public de FreshFields Bruckhaus Deringer LLP jusqu'à son départ en 2013 et la création d'un nouveau cabinet, Three Crowns<sup>141</sup>, en collaboration avec deux autres juristes de FreshFields Bruckhaus Deringer. Devant les tribunaux CIRDI, il est intervenu dans 48 affaires principalement pour les acteurs non-étatiques. En effet, seulement 1/3 de ses interventions l'ont été pour le compte d'États litigants (15 affaires sur 48). Devant la CPA, le cabinet a agi pour le compte de l'Italie<sup>142</sup> et pour d'autres litigants non étatiques<sup>143</sup>. Il est aussi intervenu devant la CIJ en étant notamment présent aux côtés des autorités chiliennes dans les affaires Pérou contre Chili<sup>144</sup> et Bolivie contre Chili<sup>145</sup>. Devant cette dernière Cour,

---

<sup>136</sup> (1) Natland Investment Group N.V. (The Netherlands), (2) Natland Group Limited (Cyprus), (3) G.I.H.G. Limited (Cyprus), (4) Radiance Energy Holding S.à.r.l. (Luxembourg) v. The Czech Republic, PCA case 2013-35; Antaris Solar GmbH (Germany) and Dr. Michael Göde (Germany) v. The Czech Republic, PCA case 2014-01.

<sup>137</sup> U.S. Steel Global Holdings I B.V. (The Netherlands) v. The Slovak Republic, PCA case 2013-06.

<sup>138</sup> <<https://www.arnoldporter.com/en/services/capabilities/industries/governmentssovereigns>> (20/07/2020).

<sup>139</sup> ACWL, Reports on operations 2017, p. 55.

<sup>140</sup> <<https://globalarbitrationreview.com/benchmarking/gar-100-11th-edition/1167641/fresh-fields-bruckhaus-deringer>> (20/07/2020).

<sup>141</sup> <<https://www.threecrownsllp.com/about-us/the-3c-way/>> (20/07/2020).

<sup>142</sup> The Enrica Lexie Incident (Italy v. India), PCA Case 2015-28.

<sup>143</sup> Glencore Finance (Bermuda) Limited v. Plurinational State of Bolivia, PCA Case 2016-39; Stans Energy Corp. and Kutisay Mining LLC v. The Kyrgyz Republic, PCA Case 2015-3; 1.Manuel García Armas 2.Pedro García Armas 3.Sebastián García Armas 4.Domingo García Armas 5.Manuel García Piñero 6.Margaret García Piñero 7.Alicia García González 8.Domingo García Cámara 9.Carmen García Cámara c. República Bolivariana de Venezuela, PCA case 2016-08.

<sup>144</sup> *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 3.

<sup>145</sup> *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018, p. 7.



l'équipe de ce cabinet était conduite par M. Ben Juratowitch, QC, avocat, Australie, Angleterre et pays de Galles. Celui-ci est à la tête du département de droit international public de ce cabinet et à une expérience considérable en matière d'intervention pour le compte d'États litigants<sup>146</sup>. On pourrait aussi mentionner Nigel Blackaby qui est intervenu dans 30 affaires devant le CIRDI. Il est le co-responsable du département d'Arbitrage international et co-responsable du département d'Amérique Latine<sup>147</sup>. La récente affaire David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica<sup>148</sup> dans laquelle ce cabinet est intervenu aux cotés des fonctionnaires du ministère de commerce extérieur du Costa Rica a été nommée «affaire de l'année» par Latin Lawyer<sup>149</sup>.

- *Foley Hoag LLP*: Devant la CIJ, il est intervenu dans 05 affaires mais pour le même État: le Nicaragua<sup>150</sup>. Devant le CIRDI, il est intervenu dans 33 affaires dont 30 interventions pour le compte d'États litigants. Il y aidera notamment la Belgique remporter la victoire dans une affaire où les investisseurs réclamaient un dédommagement de plus de USD 1 milliard<sup>151</sup>. Devant le TIDM, il est intervenu pour le compte de la république du Bangladesh<sup>152</sup> et le Ghana<sup>153</sup>. Au niveau de la CPA, il a agi, entre autres, pour la république d'Inde<sup>154</sup>,

---

<sup>146</sup> <<https://www.freshfields.com/en-gb/contacts/find-a-lawyer/j/juratowitch-ben/>> (20/07/2020).

<sup>147</sup> <<https://www.freshfields.com/en-gb/contacts/find-a-lawyer/b/blackaby-nigel/>> (20/07/2020).

<sup>148</sup> David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, Case No. UNCT/15/3, *Final Award*, 18 September 2018.

<sup>149</sup> <<https://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2019/04/15/herbert-smith-freehills-award-ded-dispute-of-the-year-by-latin-lawyer/>> (20/07/2020)..

<sup>150</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 629; *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p. 672; *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt CIJ, 02 février 2018, p. 7.

<sup>151</sup> *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium (ICSID Case No. ARB/12/29)*, Award, 30 April 2015.

<sup>152</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, TIDM Recueil 2012, pp. 7-8.

<sup>153</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, TIDM Recueil 2017, à paraître, pp. 5-6.

<sup>154</sup> *Louis Dreyfus Armateurs SAS (France) v. The Republic of India*, PCA Case 2014-26, (affaire en cours).

l'Équateur<sup>155</sup>, les Philippines<sup>156</sup>, la Croatie<sup>157</sup>. S'agissant du cas spécifique de la CIJ, Foley Hoag intervient dans 06 des 14 affaires actuellement pendantes devant la Cour<sup>158</sup>. Parmi les juristes de ce cabinet, on peut mentionner Paul Reichler qui a une expérience considérable en matière de présence aux côtés d'États litigants. Il est présent devant la CIJ depuis l'affaire des « activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci » où il est intervenu pour le compte du Nicaragua<sup>159</sup>.

- *Sherman & Sterling*: Il fut l'un des premiers cabinets à disposer d'une équipe entièrement dédiée à l'arbitrage international notamment avec le recrutement du professeur Emmanuel Gaillard dans les années 1980<sup>160</sup>. Celui-ci est décrit comme étant une figure «totémique» de l'arbitrage international<sup>161</sup>. Il est ainsi intervenu dans la célèbre affaire Yukos qui reste, à ce jour, l'affaire la plus importante (en termes de d'indemnisation) rendue par un tribunal arbitral. Il est aussi inscrit sur la liste des arbitres CIRDI et est le président de l'Institut de l'Arbitrage International et fut le premier président de l'Académie Internationale du Droit de l'Arbitrage (AIDA)<sup>162</sup>. Devant le CIRDI, cette étude est intervenue à 21 fois dont les 2/3 pour le compte d'entités non étatiques. Devant la CPA, il a représenté la Lituanie<sup>163</sup> et demandeurs dans l'affaire Yukos<sup>164</sup>. Outre le professeur Gaillard, on peut aussi mentionner Yas Banifetimi ou encore Jeremy Sharpe qui sont des associés dudit cabinet. Ce dernier a notamment été responsable de l'Arbitrage International à l'Office of the Legal Adviser of the U.S. Department of State des USA avant de rejoindre ce cabinet.

---

<sup>155</sup> *Merck Sharpe & Dohme (I.A.) LLC v. The Republic of Ecuador, PCA Case 2012-10*, (affaire en cours).

<sup>156</sup> *Arbitrage relatif à la Mer de Chine Méridionale (la République des Philippines c. la République Populaire De Chine)*, PCA case 2013-19, arrêt du 12 juillet 2016.

<sup>157</sup> *Arbitration Between the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia*, PCA case 2012-04, Final award, 29 June 2017.

<sup>158</sup> <<https://www.foleyhoag.com/practices/international-litigation-and-arbitration/international-court-of-justice>> (20/07/2020).

<sup>159</sup> <<https://www.foleyhoag.com/people/reichler-paul#overview>> (20/07/2020).

<sup>160</sup> <<https://globalarbitrationreview.com/benchmarking/gar-100-11th-edition/1167533/shearman-sterling>> (20/07/2020).

<sup>161</sup> <<https://globalarbitrationreview.com/benchmarking/gar-100-9th-edition/1035278/shearman-sterling>> (20/07/2020).

<sup>162</sup> <<https://www.shearman.com/people/g/gaillard-emmanuel>> (20/07/2020).

<sup>163</sup> *OAO Gazprom v. The Republic of Lithuania, PCA Case 2011-16*.

<sup>164</sup> *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case 2005-03/AA226, Final award, 18 July 2014; Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 228, Final award, 18 July 2014; Yukos Universal Limited (Isle of Man), PCA Case No. AA 227, 18 July 2014.*

- *King & Spalding LLP*: Devant le CIRDI, il est intervenu dans 30 affaires mais exclusivement pour des acteurs non étatiques. La tendance se confirme aussi en ce qui concerne la CPA<sup>165</sup>. Il intervient aussi dans le cadre du contentieux de l'OMC, au travers notamment de son Department, International Trade, et fait même partie de la liste des études d'avocats auxquelles le centre consultatif sur la législation de l'OMC fait recours en cas de conflit d'intérêt<sup>166</sup>. Ce cabinet compte, parmi ses associés, Doak Bishop. Avec Georges Kehoe (un autre associé du cabinet), ils ont édité l'excellent ouvrage <The Art of Advocacy in International Arbitration><sup>167</sup>. Il est intervenu dans plus de 70 affaires d'arbitrage international et fait partie du top 7 des conseils en arbitrage international établi par Chambers USA<sup>168</sup>.
- *White & Case LLP*: Il est intervenu dans plus d'une centaine d'affaires jugées sous les auspices du CIRDI<sup>169</sup> et est présent au CIRDI depuis les premières affaires jugées par ce Centre. Il est intervenu récemment pour des États tels la Bulgarie, les Philippines, le Pérou, l'Ouzbékistan, la Géorgie ou encore la Russie dans le cadre de l'affaire Yukos<sup>170</sup>. S'agissant de la Bulgarie, par exemple, le cabinet est intervenu dans les 08 affaires les plus importantes ayant impliqué ce pays au cours des 10 dernières années, selon son ministre des finances, M. Ivan Kondov<sup>171</sup>.
- *Herbert Smith Freehills LLP*: Il est né de la fusion entre le cabinet australien Freehills et le cabinet anglais Herbert Smith. Il possède une expérience considérable en matière d'intervention pour des États litigants devant des tribunaux tels les tribunaux CIRDI ou encore la CPA<sup>172</sup>. Devant cette dernière Cour, il a par exemple agi pour le compte de la Malaise dans une affaire dont

---

<sup>165</sup> Murphy Exploration & Production Company – International v. The Republic of Ecuador, PCA Case 2012-16, Final Award, 10 February 2017, p. 1; South American Silver Limited (Bermuda) v. The Plurinational State of Bolivia, PCA Case 2013-15, Claimant's Post-Hearing Brief; Venezuela US, S.R.L. (Barbados) v. The Bolivarian Republic of Venezuela, PCA case 2013-34, Interim Award on Jurisdiction (on the Respondent's Objection To Jurisdiction *Ratione Voluntatis*), 26 July 2016, p. 3.

<sup>166</sup> ACWL, Reports on Operations 2017, Appendice 2, p. 49.

<sup>167</sup> R. Doak Bishop et Edward G. Kehoe (eds), *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2<sup>e</sup> ed., Juris Net, New York, 2010.

<sup>168</sup> <<https://www.kslaw.com/people/r-doak-bishop?locale=en>> (20/07/2020).

<sup>169</sup> <<https://www.whitecase.com/law/practices/international-arbitration>> (20/07/2020).

<sup>170</sup> <<https://globalarbitrationreview.com/benchmarking/gar-100-9th-edition/1035300/white-case>> (20/07/2020).

<sup>171</sup> Ibid.

<sup>172</sup> *ICL Europe Coöperatief U.A. (the Netherlands) v. The Federal Democratic Republic of Ethiopia*, PCA Case 2017-26 (pending case); *Railway Land Arbitration (Malaysia/Singapore)*, PCA Case 2012-1, Final award of the 30<sup>th</sup> October 2014, pp. 1-2.

les enjeux dépassaient USD 1 milliard<sup>173</sup>. Il a aussi agi pour le compte de l'Espagne dans le cadre de procédures relatives à la Charte énergétique européenne<sup>174</sup>, de la Tunisie<sup>175</sup> et aussi pour le compte de la Chine<sup>176</sup>.

- *Lalive*: Ce cabinet qui doit son nom à Jean-Flavien Lalive et à son frère Pierre Lalive, est l'un des pionniers en matière d'arbitrage international. Il est aussi l'un des seuls cabinets n'ayant pas une origine anglophone et qui occupe une place importante dans le classement des cabinets juridiques internationaux. Il est intervenu devant la CPA<sup>177</sup>, la CIJ, les tribunaux CIRDI. Devant ces derniers, il a notamment agi pour le compte de la Roumanie à plusieurs reprises<sup>178</sup> et de la Turquie<sup>179</sup>.

Toutes ces études interviennent dans le domaine du droit international public sans pour autant être exclusivement dédiées au droit international public. Elles ont généralement un département dédié au droit international public, au règlement des différends internationaux, etc. La majorité de ces cabinets est d'origine anglo-saxonne (USA, Angleterre, Australie). Il existe, toutefois, une étude qui affirme être exclusivement consacrée au droit international public: *Volterra Fietta*.

- *Volterra Fietta*: Cette étude a été créée par Robert Volterra et Stephen Fietta après leur départ de Latham & Watkins en 2011. *Volterra Fietta* est une firme anglaise proposant un ensemble de services sur tous les aspects du droit international public tels que le droit des traités et l'interprétation des traités, la responsabilité des États, les accords bilatéraux d'investissement, les différends territoriaux et des frontières maritimes<sup>180</sup>. Deux des associés de cette étude, Robert Volterra et Graham Coop, figurent sur la prestigieuse liste des conseils en droit international public établie par le Royaume Uni pour des fins d'avis et de représentation devant les tribunaux nationaux et internatio-

---

<sup>173</sup> *Railway Land Arbitration (Malaysia/Singapore), PCA Case 2012-1, Final award of the 30<sup>th</sup> October 2014*, pp. 1-2.

<sup>174</sup> <<https://www.herbertsmithfreehills.com/our-expertise/services/public-international-law/>> (20/07/2020).

<sup>175</sup> <<https://www.herbertsmithfreehills.com/our-expertise/services/dispute-resolution/>> (20/07/2020).

<sup>176</sup> <<https://globalarbitrationreview.com/benchmarking/gar-100-9th-edition/1035215/herbert-smith-freehills/>> (20/07/2020).

<sup>177</sup> Il a représenté l'Équateur dans l'affaire *Copper Mesa Mining Corporation (Canada) v. The Republic of Ecuador, PCA Case 2012-02, Award, 15 march 2016*, p. 1.

<sup>178</sup> Il s'agit entre autres des affaires *Mr. Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania, ICSID Case No. ARB/10/13, Award, 02 mars 2015*; *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (ICSID Case No. ARB/14/29)*; *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania (ICSID Case No. ARB/15/31)*.

<sup>179</sup> *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, Award, Case No. ARB/11/28, 10 March 2014*.

<sup>180</sup> <<http://www.voltterrafietta.com/expertise/state-to-state-dispute-resolution/>> (20/07/2020).

naux<sup>181</sup>. Robert Volterra est intervenu à plusieurs reprises comme co-agent, conseil et avocat devant la CIJ, la CPA, le TIDM, l'ORD de l'OMC, les tribunaux ad hoc CIRDI et CNUDCI<sup>182</sup>. En 2015, Stephen Fietta a quitté ce cabinet pour monter sa propre étude, Fietta LLP, aussi spécialisée en droit international public<sup>183</sup>.

Après cette brève revue des cabinets intervenant dans le contentieux international, nous allons étudier les différentes stratégies utilisées en vue d'atteindre la clientèle.

## 2. *Les cabinets juridiques et la clientèle étatique*

Ces études utilisent plusieurs stratégies pour présenter leurs services aux États qui sont, par ailleurs, de potentiels clients. Cela passe notamment par l'organisation d'un certain nombre d'activités, d'une part, et la publicité d'autre part.

Ces activités incluent, entre autres, l'organisation de séminaires en vue de renforcer les capacités des fonctionnaires étatiques, de conférences, la négociation d'accords internationaux. Les séminaires sont généralement organisés en partenariat avec une organisation internationale ou avec d'autres cabinets. A titre d'exemple, FreshFields vient de tenir son séminaire annuel en droit international public sur <Successfully Managing Inter-State Disputes><sup>184</sup>. Celui-ci a réuni 90 représentants étatiques, des conseillers juridiques, des praticiens du droit international et des universitaires<sup>185</sup>.

Nous pouvons aussi citer Lalive qui organise régulièrement des formations en ligne en Arbitrage d'Investissement dans le cadre de L'Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche (UNITAR)<sup>186</sup>. Ce séminaire existe depuis

---

<sup>181</sup> <<http://volterrafietta.createsend1.com/t/ViewEmail/j/9A2DFD7FF1C165FC/5B730821E9D6A958B4B1B1F623478121>> (20/07/2020).

<sup>182</sup> <<http://www.volterrafietta.com/team/robert-volterra/>> (20/07/2020).

<sup>183</sup> <<http://www.fiettalaw.com>> (20/07/2020).

<sup>184</sup> <<http://risk.freshfields.com/post/102f505/successfully-managing-inter-state-disputes-2018-freshfields-annual-public-intern>> (20/07/2020).

<sup>185</sup> «In a lively question-and-answer session, the panel explored the various challenges that can arise during the life cycle of an inter-State dispute, from the initial steps when a dispute emerges, to the use of non-binding dispute resolution, binding third party dispute resolution – for example, before the International Court of Justice or arbitration under the UN Convention on the Law of the Sea – and, finally, post-judgment or award implementation. These issues and more were explored from the perspective of States, institutions and outside counsel. Panel members and the audience showed a particular interest in the practical aspects of inter-State disputes, settlement negotiations and the role outside counsel can play to add value to a State's legal team», *ibid*.

<sup>186</sup> <<https://www.unitar.org/event/full-catalog/laliveunitar-introduction-investment-arbitration-2012>> (20/07/2020).

2011<sup>187</sup>. Pour ce type de formations, ce cabinet met à la disposition des bourses de formation pour les juristes publics des États en développement<sup>188</sup>. Il y'a aussi des séminaires spécifiques organisés par un ou plusieurs cabinets ensemble à l'exemple de celui organisé par Africa International Legal Awareness (AILA) et qui a réuni une douzaine de juristes étatiques du Ghana, de la Gambie, du Liberia, de l'Afrique du Sud, de l'Ouganda et de l'Égypte pour une semaine de formation intensive sur le droit de l'investissement et l'arbitrage. Les formateurs provenaient des études comme Volterra Fietta, WilmerHale, Allen & Overy, Salans qui étaient aussi les sponsors de ladite formation<sup>189</sup>. L'AILA organisa d'autres séminaires de ce genre notamment en 2012 (Investment Treaty and Arbitration Training) en collaboration avec Sherman & Sterling<sup>190</sup>; en 2013 (Lunch Seminar on Competence Building for Developing Countries on Investment Treaty Issues) en collaboration avec King & Spalding; et plus récemment en 2017 (managing an international treaty arbitration) en collaboration avec des études telles Allen & Overy, White & Case, Sherman & Sterling LLP et 2018 (Training Resolving International Trade and Investment Disputes), WilmerHale, White & Case, Lalive<sup>191</sup>. Ces séminaires visent à permettre aux employés gouvernementaux d'acquérir ou d'approfondir leurs connaissances sur un certain nombre d'aspects du droit international notamment en droit des investissements. En retour, ces cabinets tissent des liens avec une potentielle clientèle étatique.

Outre les séminaires, ces études sont aussi impliquées dans l'organisation de conférences internationales. Celles-ci constituent une occasion de réunir les praticiens, les académiciens et les employés gouvernementaux afin de susciter des débats sur des thématiques d'intérêt commun. Ces conférences sont généralement organisées en partenariat avec des associations ou des institutions internationales ou nationales. Ainsi, l'European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA), association ayant statut d'observateur auprès du Groupe de

---

<sup>187</sup> <<https://www.lalive.law/news/lalive-to-run-the-unitar-e-learning-course-on-investment-arbitration-for-the-second-time-in-spring-2012-february-2012/>> (20/07/2020).

<sup>188</sup> Ibid.

<sup>189</sup> Eberhardt et Olivet, p. 28.

<sup>190</sup> «Shearman & Sterling's London office hosted 20 delegates from Africa International Legal Awareness (AILA) on September 24 as part of the nonprofit organization's annual investment treaty and arbitration training program. The program aims to equip government and private practice lawyers from across Africa with an understanding of key concepts of investment treaty law and International Arbitration as the main dispute/settlement mechanism of investment disputes. The event included presentations from various lawyers including Shearman & Sterling associate Kathryn Khamisi (Paris-International Arbitration), who discussed the interpretation of investment treaties».

<sup>191</sup> Pour une présentation détaillée de ces différents séminaires, voir sur le site de l'AILA, <<http://www.aila.org.uk/page-1806101>> (20/07/2020).

Travail III de la CNUDCI, a organisé le 31 janvier 2019, sa conférence annuelle sur l'Union Européenne et le futur de l'arbitrage et du droit international des investissements<sup>192</sup>. Plusieurs cabinets comme Herbert Smith Freehills, White & Case, Foley Hoag LLP, Dechert LLP, ont été associés à cette conférence.

De plus, le cabinet Volterra Fietta, en partenariat avec King's College London a organisé la London International Boundary Conference 2019, une conférence qui ambitionne de fournir un aperçu unique et multidisciplinaire sur la complexité des différends relatifs aux frontières et à la souveraineté internationales ainsi que des perspectives pour leur résolution<sup>193</sup>. De même, le colloque 2018 de la Société Africaine de Droit International (SADI) portant sur «l'Afrique et le Droit International de la Mer»<sup>194</sup> et qui est intervenu les 26 et 27 octobre 2018, a vu la participation du cabinet Foley Hoag. On pourrait aussi mentionner la récente conférence organisée par les cabinets Wilmer Cutler Pickering Hale et Dorr LLP, en partenariat avec le Centre for Small States, et qui a réuni, entre autres, des représentants de petits États, des membres de gouvernements, des universitaires autour de la thématique des «different avenues to resolve international environmental disputes especially in and with Small States, with environmental science and environmental and climate change politics providing the background to that discussion»<sup>195</sup>.

Ces conférences peuvent donner lieu à la production d'ouvrages, permettant à ces études de partager leur vision des enjeux du droit international et peut être d'influencer le développement dudit droit notamment par le biais de la doctrine. Par ailleurs, il existe aussi d'autres activités non moins importantes comme des causeries-débats<sup>196</sup>, des discussions<sup>197</sup>, ou encore des tables rondes en coopération avec une institution interétatique<sup>198</sup>.

En dernier lieu, les cabinets interviennent aussi dans l'élaboration de règles législatives et de certains textes internationaux. A titre illustratif, deux juristes du

---

<sup>192</sup> <<https://efila.org/wp-content/uploads/2018/12/EFILA-Annual-Conference-2019-Program-12-Dec-2018a.pdf>> (20/07/2020).

<sup>193</sup> <<https://www.londoninternationalboundaryconference.com/newsletter/vf.2018.1022.html>> (20/07/2020).

<sup>194</sup> <<https://sadi-7.org/programme/jour-1/>> (20/07/2020).

<sup>195</sup> <<https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20180924-environmental-dispute-resolution-and-small-states>> (20/07/2020).

<sup>196</sup> <<https://volterrafietta.cmail20.com/t/ViewEmail/j/5A97218C9224F5402540EF23F30FEDED/4B9D682EBC1539444936C359EC0425C0>> (20/07/2020).

<sup>197</sup> <<https://www.zeiler.partners/en/component/k2/item/893-20181029-a-conversation-on-amending-the-icsid-rules.html>> (20/07/2020).

<sup>198</sup> <[https://wilmerhalecommunications.com/56/2806/october-2018/join-us-on-31-october-for-a-panel-discussion-on-institutional-practices-behind-the-scenes\(1\).asp?siid=114e504c-7f90-4146-87cb-ec1f81727792](https://wilmerhalecommunications.com/56/2806/october-2018/join-us-on-31-october-for-a-panel-discussion-on-institutional-practices-behind-the-scenes(1).asp?siid=114e504c-7f90-4146-87cb-ec1f81727792)> (20/07/2020).

département d'Arbitrage international de Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP, Gary Born et Jonathan Lim, ont assisté la république des Fidji dans l'élaboration de leur Loi sur l'Arbitrage International du 15 septembre 2017. Cette loi se veut être un cadre législatif complet et ultramoderne pour l'arbitrage international sur la base du modèle de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les modifications adoptées en 2006 (la «Loi type»)<sup>199</sup>. D'autres cabinets comme Volterra Fietta ont aussi été impliqués dans des actions similaires<sup>200</sup>. Il faut souligner que ces cabinets sont aussi impliqués dans l'élaboration de certains textes internationaux concernant notamment l'action des juristes internationaux. Ainsi, l'Association de Droit International a associé des juristes de cabinets juridiques comme Baker & Botts, Frere Cholmeley Eversheds, Allen & Overy à l'élaboration des «Principes de la Haye sur les standards éthiques pour les conseils devant les cours et tribunaux internationaux. L'Association internationale du barreau adopta une attitude similaire lors de l'élaboration de ses lignes directrices sur la représentation des parties dans l'arbitrage international avec l'inclusion des juristes provenant de White & Case LLP, Debevoise & Plimpton LLP, Allen & Overy LLP, Shearman & Sterling LLP, etc. Les actions publicitaires sont un autre moyen utilisé par ces études pour présenter leurs services aux États. Cette publicité s'organise principalement sur les sites internet de ces études sur lesquelles les différentes victoires acquises sont valorisées (lorsque les règles de confidentialité ne s'y opposent pas). On y trouve aussi les différents prix et reconnaissances glanés par ces études sans oublier les différents rangs qu'elles occupent dans les classements réalisés par des structures telles legal 500, am 100, who's who legal, etc. Cette publicité se manifeste aussi par l'envoi de newsletters pour attirer et fidéliser un audimat de clients potentiels.

Cette section préliminaire nous a permis d'identifier les juristes privés intervenant dans le cadre du contentieux international. Il s'agit essentiellement des avocats et des conseils qui ne bénéficient pas de définition autonome et uniforme en droit international. Les textes de *soft law* essaient de combler ce vide définitionnel compte tenu de l'absence de barreau international et de textes internationaux clairs à ce sujet. L'identification (non exhaustive) des cabinets intervenant pour le compte des États litigants est venue compléter ce tableau des juristes privés. Nous verrons ensuite les règles et principes juridiques de droit international autour desquels s'organisent l'action de ces juristes privés.

---

<sup>199</sup> <<https://wilmerhalecommunications.com/26/1784/september-2017/international-arbitration-group-assists-fiji-in-adoption-of-uncitral-model-law-on-international-commercial-arbitration.asp?sid=ed7d6c7d-b083-4bc8-ba42-71596f5fecf2>> (20/07/2020).

<sup>200</sup> <<http://www.volterrafietta.com/our-work/pro-bono/>> (20/07/2020).



## **Section I: Approche théorique: le principe de libre représentation des États**

Le droit, pour l'État, de choisir librement ses représentants est un principe essentiel en droit international (A). Celui-ci comporte toutefois des atténuations (B).

### **A. Un principe essentiel dans la représentation des États**

Pour choisir ses représentants, l'État bénéficie d'une totale liberté. Celle-ci apparaît comme une conséquence de l'autonomie étatique. En effet, l'État étant libre d'opter pour la forme de gouvernement qu'il souhaite, il est aussi libre de désigner les organes et les personnes par lesquels, il exercera ses compétences à l'occasion de ses interactions avec les autres acteurs des relations internationales. Daoudi constate que «le droit international consacre l'autonomie de ses sujets d'opter pour la forme de gouvernement qu'ils entendent se donner, et de désigner les organes de leurs choix nécessaires à l'exercice de leurs compétences internationales»<sup>201</sup>.

Ce principe a un fondement tant coutumier que conventionnel. Ainsi, l'Organe de Règlement des Différends (ORD) de l'OMC a rappelé le fondement coutumier de ce principe qui découle de l'égalité souveraine entre États: «Le principe de l'«égalité souveraine des États» prévoit que tous les États sont libres d'envoyer les représentants de leur choix devant les organes juridictionnels internationaux ou les organes subsidiaires d'organisations internationales. *Ce principe est une règle admise du droit international coutumier*»<sup>202</sup> (c'est nous qui mettons en italiques).

Au plan conventionnel, plusieurs textes internationaux rappellent et clarifient le principe de liberté de représenter. Une formulation est reprise par plusieurs d'entre eux à savoir que «les Parties sont représentées par des agents. Elles peuvent se faire assister par des avocats et/ou conseils». Ce principe n'est pas récent. Déjà les Conventions de la Haye de 1899 et de 1907 l'avaient déjà affirmé. Aux articles 37 de la Convention de la Haye de 1899 et article 62 de la convention de 1907, il est mentionné que «les Parties ont le droit de nommer auprès du Tribunal des délégués ou agents spéciaux, avec la mission de servir d'intermédiaires entre elles et le Tribunal. Elles sont en outre autorisées à charger, de la défense de leurs droits et intérêts devant le Tribunal, des conseils ou

---

<sup>201</sup> Daoudi, p. 158.

<sup>202</sup> OMC, *Indonésie – Certaines Mesures Affectant L'industrie Automobile, Rapport du Groupe Spécial*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 02 Juillet 1998, p. 23, para 4.17.

avocats nommés par elles à cet effet»<sup>203</sup>. Ces Conventions avaient codifié une pratique qui existait déjà à l'époque (à savoir celle des représentants) en y ajoutant, toutefois, une distinction entre les fonctions de l'agent et du conseil/ou avocat<sup>204</sup>. Ce principe a été repris par d'autres textes ultérieurs<sup>205</sup>. Le Statut CJUE souligne bien cette liberté de représentation étatique quand il affirme que les États (membres de l'Union Européenne et les institutions de l'Union, les États parties à l'accord sur l'Espace économique européen autres que les États membres et l'Autorité de surveillance AELE) «sont» représentés par un agent nommé pour chaque affaire tandis que les autres parties «doivent» être représentées par un avocat habilité à exercer devant une juridiction d'un État membre ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen. Ce qui limite la liberté de représentation des seconds<sup>206</sup>.

Dans le même sens, la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel<sup>207</sup>, affirme le droit pour un État d'envoyer une délégation à un organe ou à une conférence (article 42); délégation dont la composition nomination est laissée au libre choix de l'État d'envoi (article 43) sous réserve de certaines conditions tenant notamment à la nationalité des personnes choisies (article 73), au caractère raisonnable ou normal et aux besoins de l'effectif de la délégation ainsi qu'aux circonstances et conditions existant dans l'État hôte (article 46). La Commission de Droit International (qui a préparé le texte de ladite convention) s'est penchée sur la problématique de la libre représentation étatique. Pour l'un de ses membres, ce principe allait tellement de soi que le consacrer dans un

---

<sup>203</sup> Convention de La Haye pour le Règlement pacifique des différends internationaux, conclue à La Haye le 29 juillet 1899, RS 0.193.211 (Convention de La Haye de 1899) et Convention de La Haye pour le Règlement pacifique des différends internationaux, *Conclue* à La Haye le 18 octobre 1907, RS 0.193.212 (Convention de La Haye de 1907).

<sup>204</sup> B. Schenk Graf Von Stauffenberg *et al.* (Institute für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht), *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale: éléments d'interprétation*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1934, p. 317.

<sup>205</sup> Voir, entre autres, l'article 42 du Statut CPJI du 13 décembre 1920; l'article 19 Statut CJUE; l'article 23 du Protocole de justice de la Cour de justice de l'Union Africaine du 11 juillet 2003; l'article 18 du Règlement d'Arbitrage selon la Convention CIRDI, adopté le 25 septembre 1967, dernièrement modifié le 10 avril 2006; l'article 53 du règlement TIDM; l'article 5 du règlement d'arbitrage de la CPA.

<sup>206</sup> Article 19 du Statut CJUE.

<sup>207</sup> Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, faite à Vienne, le 14 mars 1975 (non encore en vigueur), disponible sous <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/5\\_1\\_1975.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/5_1_1975.pdf)> (20/07/2020).

article n'apportait aucune valeur ajoutée au texte<sup>208</sup>. Un autre membre soulignait la nécessité de réaffirmer ce principe car disait-il «il ne pouvait y avoir aucune opposition à la nomination des membres d'une délégation»<sup>209</sup>. De son côté, le Rapporteur Spécial estimait que «L'État d'envoi devrait être plus libre de son choix en ce qui concerne les membres de ses délégations auprès d'organes d'organisations internationales ou à des conférences réunies par ces organisations. L'un des traits saillants des relations internationales actuelles est le nombre croissant d'organes subsidiaires créés par les organisations internationales pour traiter de questions très spécialisées de caractère hautement technique qui exigent le recours aux services d'experts possédant la formation et l'expérience nécessaires ... Il est donc extrêmement souhaitable, sinon indispensable, que l'État d'envoi ait le plus de liberté possible pour le choix des membres de ses délégations à ces organes et conférences»<sup>210</sup>. Même s'il s'agit de dispositions relatives aux agents diplomatiques, celles-ci s'appliquent aussi au cas des agents et conseils devant les juridictions internationales puisque ces derniers sont assimilés aux agents diplomatiques comme il ressort des affaires *Georges Pinson*<sup>211</sup> et du *Golf de Saint Laurent*<sup>212</sup>.

Aussi, dans l'affaire des navires *Cape Horn Pigeon*, *James Hamilton Lewis*, *C. H. White* et *Kate and Anna*, l'arbitre *T. M. C. Asser* a affirmé ce principe en ces termes «chaque Partie a incontestablement le droit de nommer un Agent ou Conseil, chargé de la représenter au procès»<sup>213</sup>. Il ajoute que «(1) La partie défenderesse est tenue de reconnaître l'Agent et Conseil nommés par la Partie de-

---

<sup>208</sup> Yearbook of the International Law Commission, 1971, vol. 1, p. 252, para 33, disponible sous <[http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1971\\_v1.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1971_v1.pdf)> (20/07/2020).

<sup>209</sup> Yearbook of the International Law Commission, 1971, vol. 1, p. 252, para 37, disponible sous <[http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1971\\_v1.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1971_v1.pdf)> (20/07/2020).

<sup>210</sup> Annuaire de la Commission de Droit International, 1970, vol. II, p. 20, disponible sous <[http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/publications/yearbooks/french/ilc\\_1970\\_v2.pdf&lang=EF&referer=http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/1970\\_1979.shtml](http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/publications/yearbooks/french/ilc_1970_v2.pdf&lang=EF&referer=http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/1970_1979.shtml)> (20/07/2020).

<sup>211</sup> Recueil des sentences arbitrales (RSA), *Georges Pinson (France) vs United Mexican States*, 19 octobre 1928, Vol. V, Nations Unies, 2006, pp. 329-466, disponible sous <[http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_V/327-466.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/327-466.pdf)> (20/07/2020).

<sup>212</sup> RSA, *Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent entre le Canada et la France*, 17 juillet 1986, Vol. XIX, Nations Unies, 2006, pp. 225-296, disponible sous <[http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XIX/225-296.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIX/225-296.pdf)> (20/07/2020); *Rutsel Silvestre. J. Martha, Representation of Parties in World Trade Disputes in Journal of World Trade*, Vol. 31, issue 2, Kluwer Law International, 1997, p. 89.

<sup>213</sup> RSA, *Affaire des navires Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C. H. White et Kate and Anna (États-Unis d'Amérique contre Russie)*, 19 octobre 1901, Volume IX, Nations Unies, p. 60, disponible sous <[http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IX/51-78.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IX/51-78.pdf)> (20/07/2020).

manderesse pour la représenter dans l'Arbitrage. (2) La partie défenderesse doit accepter comme officielles les communications émanant de l'Agent et Conseil de la Partie demanderesse, mais elle n'est pas tenue de transmettre ses réponses à ce dit Agent. (3) La Partie défenderesse doit accepter de l'Agent et Conseil de la Partie demanderesse, comme officiellement livrées, les copies des Mémoires et des autres documents transmis à l'Arbitre, mais elle n'est pas tenue de livrer de même directement à cet Agent et Conseil ses copies officielles des réponses aux Mémoires ou des autres documents qu'elle transmettra à l'Arbitre»<sup>214</sup>.

A l'occasion de l'établissement du règlement de la Cour permanente de Justice internationale, cette question du droit de représentation des parties litigantes fut encore débattue. «Lors de la discussion de cet article on a considéré, entre autres, la question, débattue à une séance antérieure, du droit que les particuliers auraient de se faire représenter devant la Cour dans des cas où leurs Gouvernements auront pris fait et cause pour eux. On est d'accord pour reconnaître: 1. qu'il doit toujours y avoir un agent, chargé de représenter la partie, de conserver et rédiger les documents, de recevoir les notifications, etc.; 2. qu'il ne doit y avoir qu'un agent pour chaque partie et que, le Gouvernement étant toujours dominus litis, mais l'agent doit être le représentant du gouvernement. 3. que la question du droit qu'un particulier, associé avec son gouvernement dans un litige, aurait de se faire représenter dans le procès, est une question d'ordre intérieur, entre le particulier et le Gouvernement.

Le Comité a adopté la rédaction suivante: «les parties nomment des agents pour les représenter auprès de la Cour; elles peuvent en outre, charger des conseils ou avocats de la défense de leurs droits et intérêts devant la Cour»<sup>215</sup>.

Par ailleurs, en vertu de cette liberté de représentation, un gouvernement peut ne pas désigner d'agent<sup>216</sup>. Dans ce cas, le tribunal utilisera la voie diplomatique pour communiquer avec l'État en question (article 52 para 2 du règlement TIDM). «Cette situation est susceptible de se produire lorsqu'une partie au différend n'entend pas prendre part à la procédure devant le Tribunal, pour quelque raison que ce soit. Dans cette hypothèse, la partie qui refuse de se présenter devant le Tribunal ne procédera à aucune désignation d'agent. La seule voie de

---

<sup>214</sup> Ibid., p. 61, cité par Martha, p. 89, note 33.

<sup>215</sup> CPIJ, *Comité consultatif des juristes, Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920*, p. 340.

<sup>216</sup> Ce fut le cas de la Chine dans l'arbitrage relatif à la *Mer de Chine Méridionale (la République des Philippines c. la République Populaire De Chine)*, PCA case 2013-19, arrêt du 12 juillet 2016 et de la *Russie dans l'affaire Arbitrage Arctique Sunrise (Pays-Bas c. Russie)*, PCA case 2014-2 (affaire en cours).

communication entre le Tribunal et cette partie s'établira par une communication directe par voie diplomatique»<sup>217</sup>. Récemment, dans l'affaire dite des Immobilisations de trois navires militaires ukrainiens, la Fédération de Russie a refusé de participer à la procédure et n'a pas nommé d'agent. Les échanges entre le Tribunal et l'État russe passaient par le canal de l'ambassade de Fédération Russie en république Fédérale d'Allemagne<sup>218</sup>.

Les entités étatiques ont aussi la possibilité de changer d'agent en cours de procédure ou même de nommer plusieurs agents. Cette liberté de représentation des États est tempérée par la pratique de certains tribunaux internationaux. Ainsi, en cas de désignation de plusieurs d'agents comme ce fut le cas dans quelques affaires<sup>219</sup>, la tendance devant ces juridictions est de considérer un seul agent comme représentant unique et qui sera responsable vis-à-vis d'elles<sup>220</sup>.

Le seul texte qui limite la liberté de représentation étatique est, à notre connaissance, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) dont les «Model Rules of Procedure for Chapter Twenty of the North American Free Trade Agreement» réservent la qualité de représentant d'une Partie Participante (Participating Party) aux seuls «employés d'un ministère ou organisme gouvernemental ou de toute autre entité gouvernementale d'une Partie participante»<sup>221</sup>. Ainsi, les juristes pratiquant dans le secteur privé (avocats, conseils) ne peuvent agir en qualité de représentant d'une Partie. De même, les conseils des Parties (ce qui peut inclure les juristes privés) sont autorisés à participer aux audiences sous la condition qu'ils ne s'adressent pas au Panel et à condition que ni eux ni leurs employeurs, partenaires, associés ou membres de la famille n'aient un intérêt financier ou personnel dans l'instance<sup>222</sup>.

---

<sup>217</sup> Jean-Grégoire Mahinga, *Le Tribunal international du droit de la mer: Organisation, compétence et procédure*, Larcier, Bruxelles, 2013, para 294. Rosenne, p. 1127.

<sup>218</sup> *Immobilisation de trois navires militaires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 23 avril 2019, TIDM Recueil 2018-2019*, p. 271.

<sup>219</sup> Par exemple, le gouvernement de la république polonaise a désigné trois agents dont un avocat à savoir messieurs Mrozowski, président de la Cour suprême de Varsovie, Limburg, bâtonnier de l'Ordre des avocats de La Haye et Sobolewski, délégué-adjoint à la Commission des Réparations (Voir CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise*, Série A, N° 6, *exceptions préliminaires du 25 août 1926*).

<sup>220</sup> Hudson, pp. 551-552.

<sup>221</sup> Règle 2 des Model Rules of Procedure for Chapter Twenty of the North American Free Trade Agreement, adoptées conformément à l'article 2012 (1) de l'Accord ALENA et disponible sous <<http://www.worldtradelaw.net/nafta/20rules.pdf.download>> (20/07/2020).

<sup>222</sup> Règle 25b des Model Rules of Procedure for Chapter Twenty of the North American Free Trade Agreement.

## **B. Un principe toutefois limité**

La représentation étatique quoique libre est soumise à quelques restrictions notamment par le fait des juridictions. Celles-ci ont en effet un pouvoir de contrôle (1). De plus, l'existence de certaines incompatibilités limite cette liberté de représentation (2).

### *1. Le pouvoir de contrôle de la juridiction sur le choix du représentant étatique*

Le pouvoir que possède un tribunal international pour contrôler les représentants des parties à l'instance n'est pas expressément consacré par un texte. En effet, aucun traité, convention ou autre instrument international ne confère *expressis verbis* un quelconque droit de regard des juridictions sur le choix des représentants étatiques. Un tribunal arbitral s'est même étonné de l'absence de consécration expresse d'un tel pouvoir compte tenu de ses implications: «A power on the part of a judicial tribunal of any kind to exercise a control over the representation of the parties in proceedings before it is by definition a weighty instrument, the more so if the proposition is that the control ought to be exercised by excluding or overriding a party's own choice. One would normally expect to see such a power specifically provided for in the legal texts governing the tribunal and its operation»<sup>223</sup>.

Quoiqu'il en soit, l'on s'accorde à dire que les juridictions bénéficient d'un droit de regard sur les représentants étatiques. Ce pouvoir serait inhérent ou implicite. La CIJ affirme qu'elle «possède un pouvoir inhérent qui l'autorise à prendre toute mesure voulue, d'une part pour faire en sorte que, si sa compétence au fond est établie, l'exercice de cette compétence ne se révèle pas vain, d'autre part pour assurer le règlement régulier de tous les points en litige ainsi que le respect des ((limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire» de la Cour et pour ((conserver son caractère judiciaire» (Cameroun septentrional, arrêt, CIJ Recueil 1963, p. 29). Un pouvoir inhérent de ce genre, sur la base duquel la Cour est pleinement habilitée à adopter toute conclusion éventuellement nécessaire aux fins qui viennent d'être indiquées, découle de l'existence même de la Cour, organe judiciaire établi par le consentement des États, et lui est conféré afin que sa fonction judiciaire fondamentale puisse être sauvegardée»<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> ICSID, *Rompotrol Group N.V. v. Romania, Decision of tribunal on the participation of a counsel*, Case N° ARB/06/3, 14 January 2010, p. 6.

<sup>224</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt du 20 décembre 1974, CIJ, recueil 1974*, pp. 259-260,

Ce pouvoir est «une exigence fonctionnelle sans laquelle l'administration de la justice est inconcevable»<sup>225</sup>. En effet, pour que les cours et tribunaux s'acquittent de leur mission principale à savoir rendre la justice, il importe que ceux-ci soient en mesure de trancher même pour les situations, non expressément prévues, pouvant surgir à l'occasion du jugement d'une affaire<sup>226</sup>. C'est ce qu'on appelle la justification fonctionnelle des pouvoirs inhérents. La théorie des pouvoirs inhérents semble provenir des juridictions anglaises qui invoquaient leur compétence inhérente pour exercer un certain nombre de pouvoirs procéduraux et protéger leurs procédures de certains abus<sup>227</sup>. Celle-ci s'est ensuite généralisée tant dans les pays de Common que de Civil Law<sup>228</sup>.

Ce pouvoir peut aussi se justifier par la nature juridictionnelle des tribunaux internationaux comme l'a fait remarquer un tribunal CIRDI pour qui, la nature juridictionnelle du tribunal régi par le droit international public confère à ce tribunal un pouvoir inhérent pour prendre les mesures tendant à préserver l'intégrité de la procédure<sup>229</sup>. La CIJ a aussi invoqué ce caractère judiciaire (ou juridictionnel) comme source de ses pouvoirs inhérents<sup>230</sup>.

Le pouvoir inhérent des tribunaux internationaux peut aussi s'expliquer par le caractère incident des questions pouvant surgir en cours de procédure par rapport à la requête principale soumise à l'autorité juridictionnelle. Il appartient, en effet, au tribunal saisi d'une question principale de se pencher aussi sur toutes questions incidentes qui y sont relatives<sup>231</sup>. Sa compétence ne se limite pas seulement à l'examen du bien-fondé des prétentions des parties litigantes mais s'étend aussi aux questions incidentes connexes. Selon l'ORD de l'OMC, «les groupes spéciaux (ont) «une marge discrétionnaire pour s'occuper, toujours dans le respect des droits de la défense, des situations particulières qui peuvent se poser dans un cas précis et qui n'ont pas été expressément prévues»<sup>232</sup>.

---

<sup>225</sup> *Affaire du navire «Louisa» (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, arrêt, opinion individuelle de M. Cot, juge, TIDM Recueil 2013, p. 112, para 31.

<sup>226</sup> Ainsi, ce pouvoir inhérent trouve son fondement dans «les exigences élémentaires d'administration de la justice et la nécessaire police des débats», *ibid.*, p. 112, para 29.

<sup>227</sup> Chester Brown, *Inherent Powers in International Adjudication* in Cesare Per Romano, Karen J. Alter et Yuval. Shany (eds), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, OUP, Oxford, 2014, p. 833.

<sup>228</sup> *Ibid.*

<sup>229</sup> ICSID, *Hrvatska Elektroprivreda, d. d. v. Slovenia, Tribunal's ruling regarding the Participation of David Mildon QC in further stages of the proceedings*, 06 May 2008, p. 13.

<sup>230</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt du 20 décembre 1974, CIJ, recueil 1974, pp. 259-260.

<sup>231</sup> Martha, *Representation of Parties in World Trade Disputes*, p. 85.

<sup>232</sup> OMC, *Mexique-Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, rapport de l'Organe d'Appel, 06 mars 2006, WT/DS308/AB/R, p. 20, para 45.

Une troisième justification des pouvoirs inhérents pourrait provenir de la nécessité pour ces tribunaux de remplir leur mission juridictionnelle<sup>233</sup>. En effet, la mission essentielle d'un tribunal est double. D'une part, les tribunaux ont une fonction privée consistant à trancher les litiges qui leur sont confiés comme plusieurs textes le soulignent<sup>234</sup>. Ces tribunaux sont investis, d'autre part, d'une fonction publique qui excède le simple règlement des différends internationaux pour concerner la bonne administration de la justice internationale tout en tenant en considération les intérêts de toute la communauté internationale<sup>235</sup>. En effet, un litige entre deux entités étatiques peut aussi intéresser d'autres acteurs internationaux. La possibilité d'une tierce intervention ou de soumettre des *aminci curiae* plaide en faveur de cette multiplicité d'intérêts. Dans le cadre de cette fonction publique, les tribunaux internationaux jouent aussi un rôle dans la clarification et le développement du droit international. En définitive, on pourrait dire que ces pouvoirs inhérents se justifient par la nécessité, pour les tribunaux internationaux, de remplir les fonctions qui leurs sont assignées et qui apparaissent comme étant le point d'intersection entre les différentes justifications invoquées par les instances internationales.

En ce qui concerne le pouvoir inhérent de contrôle sur les représentants étatiques, les juridictions internationales ont invoqué plusieurs arguments qui militent dans ce sens. Primo, et selon certains tribunaux *ad hoc* CIRDI, ce pouvoir de contrôle serait fondé sur l'immutabilité des tribunaux proprement (valablement) constitués au sens de l'article 56 de la convention CIRDI aux termes duquel «Une fois qu'une Commission ou un Tribunal a été constitué et la procédure engagée, sa composition ne peut être modifiée». Par conséquent, si une partie à l'instance modifie par la suite son équipe juridique de manière à mettre en péril, l'intégrité de la procédure, le tribunal est fondé à porter un regard sur une telle modification et, le cas échéant, à exclure un représentant gouvernemental<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> Brown, *Inherent Powers in International Adjudication*, pp. 842-843.

<sup>234</sup> Selon l'article 42 al. 1 CIRDI, «Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties». L'article 38 al. 1 du Statut CIJ affirme aussi que la mission de la Cour est de «régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis». L'article 21 du Statut TIDM rappelle aussi cette même idée en affirmant que le «Tribunal est compétent pour tous les différends et toutes les demandes qui lui sont soumis». Selon l'Organe d'appel du système de l'ORD de l'OMC, «le but du système de règlement des différends de l'OMC (est) de régler la question en cause dans des affaires données et d'arriver à une solution positive des différends», OMC, *Mexique-Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, rapport de l'Organe d'Appel, 06 mars 2006, WT/DS308/AB/R, p. 17, para 41.

<sup>235</sup> Brown, p. 842-843.

<sup>236</sup> ICISID, *Hrvatska Elektroprivreda, d. d. v. Slovenia, Tribunal's ruling regarding the participation of David Mildon QC in further stages of the proceedings*, 06 May 2008, p. 10.



Secundo, la justification de ce pouvoir de contrôle provient aussi de l'article 44 convention CIRDI qui confère au tribunal, la compétence pour statuer sur toute question de procédure qui n'a pas été expressément prévue par la convention CIRDI ou tout autre texte applicable à la procédure: «Si une question de procédure non prévue par la présente section ou le Règlement d'arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal».

Tertio, ce pouvoir se justifie aussi par «l'impérieuse et indéniable nécessité de préserver l'intégrité de l'ensemble du processus d'arbitrage»<sup>237</sup>(c'est nous qui traduisons). Compte tenu de la nature du tribunal arbitral et de la mission qui lui est assignée, ce tribunal possède le pouvoir inhérent d'écarter toute menace à son intégrité. Ce pouvoir inhérent se fonde donc sur la nature <judiciaire> du tribunal et sur la fonction de celui-ci<sup>238</sup>.

Les tribunaux ont, à plusieurs occasions, rappelé qu'ils sont fondés à contrôler le choix des représentants des parties qui se présentent devant eux, qu'ils s'agissent de représentants étatiques ou pas.

## 2. Les incompatibilités

Même s'ils bénéficient d'une liberté dans le choix de leurs représentants, les États doivent tenir de certaines incompatibilités existantes. Celles-ci découlent de textes comme l'article 17 du Statut CIJ et l'article 7 du Statut TIDM. Selon l'article 17 du statut CIJ, «1. Les membres de la Cour ne peuvent exercer les fonctions d'agent, de conseil ou d'avocat dans aucune affaire. 2. Ils ne peuvent participer au règlement d'aucune affaire dans laquelle ils sont antérieurement intervenus comme agents, conseils ou avocats de l'une des parties, membres d'un tribunal national ou international, d'une commission d'enquête, ou à tout autre titre».

Cette disposition analyse la présence de ces représentants étatiques mais sous l'angle des incompatibilités. Elle introduit, en effet, une limitation importante parmi les personnes susceptibles de représenter les gouvernements à l'occasion des procédures devant la CIJ. Ainsi, l'article suscité établit une incompatibilité entre les fonctions de membres de la Cour et les fonctions de représentants et/ou d'assistants des États. D'abord limitée au seul cas des juges et aux membres de la Cour lors de leur période d'exercice de leurs fonctions<sup>239</sup>, cette incompatibilité a été étendue, par les instructions de procédure, aux personnes ayant

---

<sup>237</sup> ICSID, *Rompertol Group N.V. v. Romania, Decision of Tribunal on the Participation of a Counsel*, Case N° ARB/06/3, 14 January 2010, p. 6.

<sup>238</sup> Brown, pp. 840-841.

<sup>239</sup> Pour un auteur, cette règle d'incompatibilité ne s'étend pas au cas des anciens membres et des juges *ad hoc*. Elle ne concerne que les juges et autres membres desdites cours pour le

exercé, dans un passé récent (plus précisément dans les trois précédentes années), des fonctions au sein de la Cour notamment en qualité de juge, juge *ad hoc*, greffier, fonctionnaire supérieur de la Cour. Selon l'instruction de procédure VII adoptée le 07 février 2002, «La Cour estime qu'il n'est pas dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice qu'une personne ayant été jusqu'à une date récente membre de la Cour, juge *ad hoc*, Greffier, Greffier adjoint ou fonctionnaire supérieur de la Cour (secrétaire juridique principal, premier secrétaire ou secrétaire) intervienne comme agent, conseil ou avocat dans une affaire portée devant la Cour. En conséquence, *les parties devraient s'abstenir de nommer comme agent, conseil ou avocat dans une affaire soumise à la Cour une personne ayant été, au cours des trois années précédant cette nomination, membre de la Cour, juge ad hoc, Greffier, Greffier adjoint ou fonctionnaire supérieur de la Cour*» (c'est nous qui mettons en italiques).

La question du caractère contraignant ou non de ces instructions de procédure mérite d'être posée. L'analyse de la jurisprudence de la CIJ nous montre que Sir Elihu Lauterpacht a successivement exercé les fonctions de Juge *ad hoc* jusqu'en février 2002 dans une affaire<sup>240</sup> puis de conseil à partir de janvier 2003 dans une autre affaire<sup>241</sup>, soit une période de moins de trois années entre les deux fonctions. Ce qui était contraire aux Instructions de Procédure VII et VIII<sup>242</sup>. Toutefois, la Cour n'a pas pris de mesures pour régler cette situation. Cela se justifierait par le fait que ces instructions n'ajoutent ni ne modifient les obligations des États, partie à une affaire, énoncées par le Statut et le Règlement CIJ. «They either consolidate practice, or express an interpretation of those texts, or express a *vœu* of the Court that Sates parties will apply or observe the Rules in a certain way»<sup>243</sup>.

La formulation de l'article 17 Statut CIJ est une reprise du texte de l'article 17 du statut CPJI adopté en 1929 et entré en vigueur en 1936<sup>244</sup>. La CPJI s'était déjà penchée en plusieurs occasions sur cette question. Elle avait ainsi estimé que «si un juge avait participé au règlement d'une affaire déterminée, soumise

---

temps de leur mandat, Valencia-Ospina, *International Courts and Tribunals, Agents, Counsel, and Advocates*, p. 517.

<sup>240</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 55, para 29.

<sup>241</sup> *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)- Mesures conservatoires*, Verbatim Record, 21 janvier 2003, p. 5.

<sup>242</sup> Il semble toutefois que l'incident ait été porté à la connaissance du greffe par l'État demandeur à la seconde instance, voir Sarvarian, pp. 124-125.

<sup>243</sup> Hugh Thirlway, *Article 30* in Zimmermann *et al* (eds), *The Statute of the International Court of Justice, a Commentary*, 2<sup>e</sup> ed., OUP, Oxford, 2012, p. 520.

<sup>244</sup> Philippe Couvreur, *Article 17* in Zimmermann *et al* (eds), *The Statute of the International Court of Justice*, p. 373.

à la Cour dans une phase antérieure, par exemple comme juge ou avocat, il était, aux termes de l'article 17, certainement exclu du droit de siéger dans la Cour lors du délibéré sur l'affaire; mais si un juge avait participé dans une qualité quelconque seulement aux faits ayant précédé la naissance du litige porté devant la Cour, l'article 17 ne jouait pas »<sup>245</sup>.

Plus tard, la CPJI jugea que l'article 17 ne s'appliquait pas à la situation d'un de ses membres qui avait auparavant exercé des fonctions de conseiller juridique auprès du gouvernement de son pays parce que d'une part, il s'était agi de préparation de textes diplomatiques qui, plus tard, ont débouché sur des divergences d'opinions et d'autre part, l'activité de ce dernier était antérieure à la naissance du litige<sup>246</sup>. La juridiction ajouta qu'une interprétation différente de l'article 17 conduirait à exclure presque tous les membres de la CPJI du jugement des différends en rapport avec les traités de paix conclus en 1919 ou des conventions qui en découlent<sup>247</sup>.

Cette incompatibilité pourrait se justifier par la nécessité d'éviter des conflits d'intérêts et d'assurer l'impartialité et l'indépendance des membres des autorités juridictionnelles<sup>248</sup>. Toutefois et compte tenu du fait que certains juges ne sont pas employés à plein temps<sup>249</sup>, il peut se poser la question de l'adéquation de la fonction de juge (ou arbitre) avec d'autres fonctions telles que la représentation des États litigants. C'est peut-être la raison pour laquelle cette incompatibilité ne s'étend pas au cas de l'arbitrage où il n'est pas rare de voir un arbitre dans une affaire A, agir en qualité de représentant d'une partie litigante dans une partie B. Nous reviendrons sur cette question dans l'analyse des conflits d'intérêts.

Quoiqu'il en soit, ces incompatibilités doivent s'analyser comme une limitation au principe de la libre représentation étatique. Dans la section suivante, nous verrons comment cette liberté théorique est accueillie par les juridictions. Plus exactement, nous analyserons la réaction des tribunaux à la présence des avocats et conseils dans les délégations gouvernementales.

---

<sup>245</sup> Von Stauffenberg *et al.*, p. 75.

<sup>246</sup> *Ibid.*

<sup>247</sup> *Ibid.*

<sup>248</sup> Karin Oellers-Frahm, *International Courts and Tribunals, Judges and Arbitrators* in Rüdiger Wolfrum (ed) *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, OUP, Oxford, Vol. 5, 2012, p. 581.

<sup>249</sup> A la CIJ, les juges sont employés à plein temps tandis que les juges TIDM sont rémunérés pour les affaires dans lesquelles ils ont effectivement siégé. Et même dans le cas de la CIJ, il est arrivé que les juges de la CIJ aient été désignés en qualités d'arbitres dans certaines affaires, *ibid.*

## Section II: Analyse jurisprudentielle de la présence des juristes privés devant certaines juridictions internationales

Il peut arriver que certains juristes privés exercent une influence considérable en amont, c'est-à-dire lors de la préparation de l'affaire, sans pour autant apparaître devant la juridiction internationale. Cet aspect sera souligné par le Groupe spécial dans l'affaire EC-Bananas qui a affirmé que «La présence de conseils juridiques privés dans les délégations de certaines tierces parties ne serait pas équitable pour celles des parties et autres tierces parties qui avaient recouru aux services de conseils juridiques privés pour établir leurs communications mais ne s'étaient pas faites accompagner par ces conseils juridiques parce qu'elles avaient supposé que tous les participants à la réunion se conformeraient à ce qui avait été prévu dans les procédures de travail adoptées par le Groupe spécial à sa réunion d'organisation»<sup>250</sup> (c'est nous qui mettons en italiques).

Quoiqu'importante (voire même décisive dans certains cas), cette contribution des <juristes de l'ombre> est difficile sinon impossible à mesurer<sup>251</sup>. En dépit de cette limite, nous avons décidé d'examiner le cas des juristes, agissant de façon officielle, pour le compte des États, compte tenu du fait que l'identité des principaux représentants des parties litigantes (agents, avocats, conseils) est mentionnée sur les décisions des juridictions internationales<sup>252</sup>.

### A. Les organes judiciaires

Les juridictions judiciaires confient «le règlement du différend à un organe permanent dont l'institution, la composition et le mode de fonctionnement échappent à la maîtrise des parties»<sup>253</sup>. Elles laissent donc peu de place à la volonté des parties (du moins en ce qui concerne le choix de l'autorité juridictionnelle et des règles applicables à la procédure).

---

<sup>250</sup> OMC, *Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Rapport Du Groupe Spécial*, adopté le 22 mai 1997, WT/DS27/R/ECU, pp. 327-328, para 7.11. Des auteurs ont aussi souligné cet état de fait «Due to our focus on the lawyers who appeared before the Court during oral proceedings, we have not gathered data on members of legal teams who did not address the Court but worked behind the scenes. Even though these lawyers may have made significant contributions to the factual and legal development of these cases, their role is more difficult for researchers to assess» Kumar et Rose, p. 897.

<sup>251</sup> C'est notamment le cas des Legal Advisers (dans une certaine mesure), voir Sir Michael Wood, *Legal Advisers*, pp. 775-776.

<sup>252</sup> Voir par exemple, l'article 95 du Règlement CIJ, adopté le 14 avril 1978 et entré en vigueur le 1er juillet 1978.

<sup>253</sup> Combacau et Sur, pp. 573-574.

*1. La Cour internationale de Justice (et la Cour permanente de Justice internationale)*

Qualifiée d'«organe judiciaire principal des Nations Unies»<sup>254</sup>, la Cour internationale de Justice fut créée en 1945 en remplacement de la Cour permanente de Justice internationale dont elle a hérité du Statut. Pour son organisation et son fonctionnement, la Cour s'est dotée d'un Statut et d'un règlement qui lui confèrent une double compétence: contentieuse et consultative. Ainsi, elle est habilitée à régler (trancher) les litiges juridiques qui lui sont soumis par les États et à rendre des avis consultatifs sur les questions que pourront lui soumettre les différents organes des Nations Unies et les institutions du système des Nations Unies investis à cet effet<sup>255</sup>.

La question de la représentation en générale et de la présence des juristes privés en particulier n'a pas fait l'objet de développements importants dans le Statut CIJ. Sans doute parce que cette question est d'abord une question d'organisation interne propre à chaque État<sup>256</sup>. Ainsi, on peut relever les articles 17, 42, 43, 44, 49 et 54 se rapportant à la présence et au rôle de ces experts juridiques. L'article 17 traite de la question des incompatibilités entre les fonctions de membres de la Cour et représentants des parties. L'article 42 consacre le principe de la libre représentation. L'article 43 traite de la procédure devant la Cour. L'article 44 parle des notifications entre la Cour et l'État représenté sans passer par les représentants de ce dernier. L'article 49 est relatif aux demandes et explications que la Cour peut requérir des représentants étatiques. Enfin l'article 54 parle de la clôture des débats qui est consécutive aux démonstrations des représentants des parties.

En ce qui concerne la présence des avocats et conseils devant cette institution (CIJ), ceux y ont déjà occupé les fonctions de représentants (agents) ou d'assistants étatiques. En ce qui concerne le choix des représentants étatiques, le professeur Rosenne rappelle que la pratique des États révèle deux tendances: soit ceux-ci décident de nommer un employé gouvernemental notamment issu du ministère des affaires étrangères, ou bien ils désignent un avocat ou un juriste éminent de l'État concerné et, exceptionnellement, un juriste étranger<sup>257</sup>. A titre d'exemple, dans l'affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale, le Djibouti a désigné un avocat (M. Phon van den Biesen) en qualité d'agent-adjoint<sup>258</sup>. Ce dernier sera encore agent-adjoint de la

---

<sup>254</sup> Article 92 de la Charte des Nations Unies.

<sup>255</sup> Article 65 Statut CIJ.

<sup>256</sup> Rosenne, p. 1120.

<sup>257</sup> *Ibid.*, pp. 1120-1121.

<sup>258</sup> *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, CIJ, Recueil 2008, p. 179.

Bosnie-Herzégovine, dans l'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide<sup>259</sup>. Il sera aussi agent-adjoint des Iles Marshall dans les 03 affaires des Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire<sup>260</sup>.

De même dans l'affaire questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader, l'un des conseils et avocats du Royaume de Belgique était Sir Michael Wood, K.C.M.G., membre du barreau d'Angleterre<sup>261</sup>. Enfin, dans l'affaire Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998, la République du Cameroun fut représentée par M. Alain Pellet, en qualité de d'agent-adjoint<sup>262</sup>.

La présence de ces juristes privés, quoique admise, n'a pas manqué de susciter des critiques notamment en ce qui concerne la possibilité de les désigner comme représentants étatiques. Dans l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo, par exemple, le Juge Oda a critiqué le fait pour l'État du Congo, de se faire représenter par un avocat étranger en ces termes: «je constate qu'en l'espèce un État qui se présente devant la Cour est représenté non pas par une haute personnalité de son gouvernement agissant en qualité d'agent mais par un juriste privé ressortissant d'un autre pays hautement développé. Cette situation s'est rarement présentée dans l'histoire de la Cour et cela m'amène une fois de plus à me demander si l'affaire est soumise à la Cour dans l'intérêt de l'État en cause ou pour quelque autre raison»<sup>263</sup>.

Cette critique appelle quelques remarques: d'une part, la désignation d'un avocat étranger en qualité d'agent d'un autre État n'est pas une pratique assez courante. Cela est principalement le fait des pays en développement. Le Libéria

---

<sup>259</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996*, p. 595.

<sup>260</sup> *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016*, p. 833, 6; *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2016*, p. 255, 6; *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Pakistan), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2016*, p. 552, 6.

<sup>261</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, CIJ, Recueil 2012*, p. 425.

<sup>262</sup> *Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires (Nigéria c. Cameroun), arrêt, C.I.J. Recueil 1999*, p. 31.

<sup>263</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda), déclaration de M. Oda, CIJ, Recueil 2005*, p. 132.

et l'Éthiopie se sont ainsi fait représenter par un avocat américain, l'honorable Ernest A. Gross à l'occasion d'une procédure devant la Cour<sup>264</sup> de même que la République Démocratique du Congo dans l'affaire susmentionnée. Les Iles Marshall aussi ont opté pour une représentation par un juriste privé étranger<sup>265</sup> tout comme le Commonwealth de Dominique<sup>266</sup>. La seule exception provient du Lichtenstein qui s'est fait représenter par un avocat allemand, Prof. Dr. Alexander Goepfert, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP<sup>267</sup> et par un *solicitor* à la Cour Suprême britannique, M. Erwin H. Loewenfeld, LL. B<sup>268</sup>. D'autres gouvernements se sont aussi fait représenter par ces experts en droit qui possédaient, toutefois, la nationalité de l'État représenté<sup>269</sup>. Il peut arriver que ce juriste privé cumule aussi d'autres fonctions étatiques assez importantes<sup>270</sup>. Certains avocats, agissant en qualité de représentants, étaient aussi des professeurs d'universités<sup>271</sup>.

Une autre limitation concernant la liberté de représentation étatique se trouve à l'article 58 al. 2 du règlement de la cour selon lequel «L'ordre dans lequel les

---

<sup>264</sup> *Affaires du Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), Exceptions préliminaires, Arrêt du 21 décembre 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 320.*

<sup>265</sup> *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016, p. 833, 6; Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2016, p. 255, 6; Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Pakistan), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2016, p. 552, 6.*

<sup>266</sup> *CIJ, Affaire relative au Statut vis-à-vis de l'État hôte d'un envoyé diplomatique auprès de l'Organisation des Nations Unies (Commonwealth de Dominique c. Suisse), ordonnance du 09 juin 2006.*

<sup>267</sup> *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 6.*

<sup>268</sup> *Affaire Nottebohm (deuxième phase), Arrêt du 06 avril 1955: C.I.J. Recueil 1955, p. 4.*

<sup>269</sup> S. Exc. M. Doudou Thiam, avocat à la Cour, ancien bâtonnier et membre de la commission de droit international a représenté le Sénégal dans l'affaire *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt CIJ, Recueil 1991, p. 54.*

<sup>270</sup> M. Abednego Batshaiiôï Tafa, *Advocate* de la *High Court* et *Court of Appeal* du Botswana et, par ailleurs, *Attorney General* adjoint (Procureur Général adjoint) a ainsi représenté le Botswana dans l'affaire *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), arrêt CIJ, Recueil 1999, p. 1046.*

<sup>271</sup> Ainsi, MM. Maurice Kamto, professeur à l'Université de Yaoundé II (Cameroun) et avocat au barreau de Paris (France) et Peter Ntamar, doyen, professeur de droit à la faculté de droit et de science politique de l'université de Yaoundé II (Cameroun), *Barrister-at-Law*, membre de l'*Inner Temple* (Angleterre), furent nommés co-agents de la république du Cameroun dans l'affaire *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil 1998, p. 276.*

parties sont entendues, la méthode applicable à la présentation des moyens de preuve et à l'audition des témoins et experts ainsi que *le nombre des conseils et avocats qui prennent la parole au nom de chaque partie sont fixés par la Cour*<sup>272</sup> (c'est nous qui mettons en italiques). Cette limitation du nombre d'intervenants dans la procédure orale a commencé avec la CPJI qui estimait qu'*'afin d'éviter des répétitions inutiles, le nombre maximum de plaidoiries ou d'exposés oraux dans le même intérêt ne devrait pas en règle générale être supérieur à deux. Il fut entendu que plusieurs personnes pourraient, le cas échéant, se partager la tâche d'exposer les arguments d'une même plaidoirie*<sup>273</sup>. Plus loin, l'on note qu'*'à l'audience publique tenue par la Cour pour entendre les observations des Parties sur la demande en indication de mesures conservatoires présentée dans l'affaire du Groenland du Sud-Est, le Président rappela aux représentants des Parties que, selon la pratique de la Cour, rien ne s'opposait à ce que plusieurs personnes divisent entre elles l'exposé principal de chaque Partie, à la condition toutefois que les divers orateurs traitent de points différents ou de différents aspects du sujet, lequel, en l'espèce, était d'ailleurs strictement limité; des répliques et dupliques furent autorisées par la Cour, mais, dans ce cas, un seul représentant de chaque Partie devant prendre la parole*<sup>274</sup> (c'est nous qui mettons en italiques).

Au total, nous retenons que le droit de libre représentation est affirmé et consacré par la CIJ qui l'a toutefois encadré en instaurant des incompatibilités. De plus, la représentation par des avocats, notamment étrangers, est le fait des États en développement et celle-ci, quoique admise, a fait l'objet de critiques.

## 2. *Le Tribunal International du Droit de la Mer (TIDM)*

Basé à Hambourg en Allemagne, le Tribunal International du Droit de la Mer (TIDM) a été créé par la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer du 10 décembre 1982 (Convention CNUDM)<sup>275</sup>. L'article 287 al. 1 de ladite Convention offre plusieurs possibilités aux États pour la résolution de leurs différends. Ceux-ci peuvent ainsi recourir au TIDM, à la CIJ, à un tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII ou à un tribunal arbitral spécial constitué conformément à l'annexe VIII, pour une ou plusieurs des catégories de différends qui y sont spécifiés. Dans cette partie, nous nous limiterons à l'examen

---

<sup>272</sup> Adopté le 14 avril 1978 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1978.

<sup>273</sup> *Troisième rapport annuel de la CPJI (15 juin 1926-15 juin 1927)*, Série E, N° 3, p. 205, cité par Hudson, p. 554, note 21.

<sup>274</sup> *Neuvième rapport annuel de la CPJI (15 juin 1932-15 juin 1933)*, Série E, N° 9, pp. 160-161, cité par Arman Sarvarian, *Professional Ethics at the International Bar*, OUP, Oxford, p. 95 et Hudson, p. 554, note 22.

<sup>275</sup> RS 0.747.305.15



des différends soumis au TIDM constitué conformément à l'annexe VI. Ledit tribunal est entré en fonction le 1<sup>er</sup> octobre 1996 et son inauguration officielle a eu lieu le 18 octobre 1996. Celui-ci se compose de 21 juges, élus par les États-parties, sur une base géographique équitable avec aussi le souci de refléter tous les systèmes juridiques. En vingt années d'existence, 25 affaires ont été inscrites au rôle de cette juridiction.

La compétence *ratione materiae* du Tribunal s'étend à «tous les différends relatifs à l'interprétation et à l'application de la Convention»<sup>276</sup> et aussi «toutes les fois que cela est expressément prévu dans tout autre accord conférant compétence au Tribunal»<sup>277</sup>. La compétence *ratione personae* du Tribunal s'étend aux «États parties» qui, selon l'article 305 de la Convention CNUDM, regroupent les États et les entités (États associés autonomes, territoires jouissant d'une complète autonomie interne, organisations internationales) de même qu'aux «entités autres que les États Parties dans tous les cas expressément prévus à la partie XI ou pour tout différend soumis en vertu de tout autre accord conférant au Tribunal une compétence acceptée par toutes les parties au différend»<sup>278</sup>. Il s'agit donc d'une juridiction mixte connaissant aussi bien des litiges interétatiques que des litiges impliquant acteurs étatiques et non étatiques. A l'instar de la CIJ, le TIDM bénéficie d'une double compétence contentieuse et consultative, étant compétente pour connaître des différends et des questions juridiques<sup>279</sup>.

L'organisation de cette juridiction est régie par un Statut (Statut TIDM), annexé à la Convention CNUDM (Annexe VI) et par un Règlement (règlement TIDM) adopté le 28 octobre 1997 et amendé à trois reprises. Sur la question de la représentation des parties, l'article 53 du règlement TIDM consacre le principe de la libre représentation en ces termes: «1. Les parties sont représentées par des agents. 2. Les parties peuvent se faire assister devant le Tribunal par des conseils ou des avocats». C'est aussi ce qu'affirme un membre de ce tribunal pour qui «la liberté de désignation des conseils et agents par les États souverains sans qualification particulière est la règle»<sup>280</sup>. Cette liberté est toutefois limitée par les incompatibilités instaurées aux articles 7 et 8 Statut TIDM. Selon l'article 7 al. 2, «Un membre du Tribunal ne peut exercer les fonctions d'agent, de conseil ou d'avocat dans aucune affaire». L'article 8 al. 1 rajoute qu'«Un membre du Tribunal ne peut participer au règlement d'aucune affaire dans laquelle il est antérieurement intervenu comme agent, conseil ou avocat de l'une des parties,

---

<sup>276</sup> Article 288 de la Convention CNUDM.

<sup>277</sup> Article 21 du Statut TIDM.

<sup>278</sup> Article 20 du Statut TIDM.

<sup>279</sup> Article 288 al. 3 CNUDM.

<sup>280</sup> Affaire du navire *Louisa*, opinion individuelle de M. Cot, juge, p. 116, para 48.

comme membre d'une cour ou d'un tribunal national ou international ou à tout autre titre».

De façon générale, la représentation étatique est assurée par les officiels de l'État concerné (conseil juridique au Ministère des affaires étrangères, représentant diplomatique accrédité en Allemagne)<sup>281</sup>. Toutefois, l'État a le droit de se faire représenter par un juriste privé et cela fut le cas dans un grand nombre d'affaires jugées par ce Tribunal. Mais un tel choix n'a pas manqué de susciter des controverses à l'exemple de la récente affaire du navire *Norstar*. En l'espèce, l'Italie a remis en cause la validité de la représentation du Panama par M. Nelson Carreyó Collazos, un avocat privé exerçant au Panama. Pour cet État, ledit avocat n'avait pas la qualité de représentant étatique. Celui-ci aurait été chargé de représenter les intérêts du propriétaire d'un bateau (le *Norstar*) dans le cadre d'une procédure de prompt mainlevée<sup>282</sup> et non de la défense des intérêts étatiques dans le cadre d'une procédure entre deux États. Ce faisant, M. Nelson Carreyó Collazos ne pouvait agir comme «représentant légitime» du Panama. Au soutien d'une telle position, l'Italie invoquait le fait que cet avocat ait eu recours à la procédure de certification conformément à la Convention supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers conclue le 5 octobre 1961 à La Haye (Convention de 1961); laquelle convention ne s'appliquant qu'aux actes privés à l'exception des documents établis par des diplomatiques ou consulaires. Par ailleurs, selon l'Italie, cet avocat avait le droit d'ester en justice et non de représenter un État. L'Italie souligne que le «pouvoir d'ester en justice» conféré par la lettre du 2 décembre 2000 «ne pouvait pas donner, en même temps, à M. Carreyó le pouvoir de représenter le Panama au niveau diplomatique vis-à-vis de l'Italie, c'est-à-dire le seul niveau sur le plan duquel un désaccord entre les Parties pouvait se produire».<sup>283</sup>

Le Panama ne partageait pas une telle vision des choses. Après avoir rappelé le fait que la représentation d'un État par un acteur privé n'était pas interdite<sup>284</sup>, cet État a affirmé que le mandat de représentation étatique peut même être donné rétroactivement<sup>285</sup> et a réfuté l'argument tiré de la certification faite conformément à la Convention de 1961, «car la certification fournie à l'Italie prouvait l'authenticité de la signature, et donc l'identité du correspondant et n'avait préa-

---

<sup>281</sup> P. Chandrasekhara Rao et Philippe Gautier, *The International Tribunal for the Law of Sea, Law, Practice and Procedure*, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 182.

<sup>282</sup> Voir infra 1ère partie, Chapitre 2, Section 1, A, 2.

<sup>283</sup> Navire «*Norstar*» (Panama c. Italie), Exceptions Préliminaires, arrêt, TIDM Recueil 2016, p. 20, para 71.

<sup>284</sup> Ibid., p. 22, para 78.

<sup>285</sup> Ibid., p. 23, para 81.

lablement pas contesté la signature de M. Carreyó»<sup>286</sup>. Le Tribunal a commencé par rappeler le principe de libre représentation qui vaut en droit international<sup>287</sup>. Il releva ensuite que la nature privée du représentant ne constitue pas une exception à ce principe<sup>288</sup>, même si la partie adverse doit être dûment informée de ce mandat de représentation: «Le Tribunal est toutefois d’avis que pour que les communications adressées à un État au nom d’un État par un avocat exerçant dans un cabinet privé soient opposables au premier État, il faut que celui-ci soit dûment informé du pouvoir de représentation de l’État conféré audit avocat. En conséquence, la simple référence faite dans une lettre par une personne privée au pouvoir à elle conféré par l’État peut ne pas suffire»<sup>289</sup>.

Dans l’affaire du Thon à nageoire bleue, la représentation de l’État japonais fut critiquée<sup>290</sup>. En l’espèce, la représentation était principalement assurée par un cabinet américain ayant des bureaux au Japon<sup>291</sup>. Pour un auteur, ce cabinet n’avait pas l’expérience nécessaire et cela a désavantagé le Japon<sup>292</sup>. Ici, ce n’était pas le caractère privé (ou plus exactement, la nature non gouvernementale) de ces juristes qui est critiqué mais plutôt leur manque d’expérience<sup>293</sup>. Nous en voulons pour preuve le fait qu’à l’occasion du jugement de cette même affaire, cette fois-ci, par le tribunal arbitral, ledit auteur va plutôt se féliciter de l’expertise des juristes recrutés par le Japon pour assurer sa défense<sup>294</sup>.

---

<sup>286</sup> Ibid., p. 23, para 83.

<sup>287</sup> Ibid., p. 26, para 93.

<sup>288</sup> Ibid., p. 26, para 95.

<sup>289</sup> Ibid., p. 26, para 94.

<sup>290</sup> Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon), mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, TIDM Recueil 1999, p. 280.

<sup>291</sup> Toutefois, l’ordonnance du 27 août 1999 mentionne que l’agent du Japon était M. Kazuhiko Togo, directeur général du bureau des traités du Ministère des affaires étrangères du Japon; lequel était assisté par MM. Robert T. Greig, et Nisuke Ando, en qualité de conseil.

<sup>292</sup> Henry Burmester, *Australia Experience in International Litigation* in Natalie S. Klein (ed), *Litigating International Law Disputes: Weighing the Options*, CUP, Cambridge, 2014, pp. 76-77.

<sup>293</sup> Ibid.

<sup>294</sup> Cette équipe comprenait Shotaro Yachi, Agent for Japan, Director-General of the Treaties Bureau, Ministry of Foreign Affairs, Tokyo; Nisuke Ando, Professor of International Law, Doshisha University and Professor Emeritus, Kyoto University; Sir Elihu Lauterpacht, Q.C., C.B.E.; Shabtai Rosenne, Member of the Israel Bar, Member of the Institute of International Law; Vaughan Lowe, Chichele Professor of Public International Law, All Souls College, University of Oxford, voir RSA, *Affaire du thon à nageoire bleue entre l’Australie et le Japon et entre la Nouvelle-Zélande et le Japon, sentence sur la compétence et la recevabilité*, Décision du 4 août 2000, Vol. 23, p. 7, disponible sous <[http://legal.un.org/docs/?path=../riaa/cases/vol\\_XXIII/1-57.pdf&lang=O](http://legal.un.org/docs/?path=../riaa/cases/vol_XXIII/1-57.pdf&lang=O)> (20/07/2020).

En plus de la possibilité, pour ces juristes privés, d'agir en qualité de représentants<sup>295</sup> ou d'assistants étatiques<sup>296</sup>, l'article 292 de la convention CNUDM leur ouvre une troisième voie: celle d'agir *au nom* d'un État. L'alinéa 2 de cet article dispose en effet que «la demande de main levée ou de mise en liberté ne peut être faite que par l'État du pavillon ou en son nom». Le juge Cot, commentant cette disposition, estime que celle-ci consacre «le rôle spécial des parties privées et de leurs avocats dans le cadre de cette procédure»<sup>297</sup>. Dans ce dernier cas de figure, l'avocat représentera non seulement les intérêts d'un État mais aussi ceux d'une partie privée<sup>298</sup>. Il exerce donc une double fonction. Cette situation est spécifique aux litiges relatifs au droit de la mer. «This procedure aims at overcoming difficulties arising from detention by a coastal State of a foreign vessel and its crew for alleged infringements of its fisheries and environmental laws and regulations. The difficulties to be overcome concern the costs to be incurred during the detention, pending domestic proceedings, and sometimes even pending the decision as to whether to start domestic proceedings»<sup>299</sup>.

La procédure de prompt mainlevée est-elle une forme de protection diplomatique? Pour le juge Treves, la réponse est affirmative. «L'article 292 de la Convention établit, à des fins limitées, une forme de protection diplomatique. En présentant une demande de mainlevée, l'État du pavillon prend à son compte, une prétention d'ordre privée de personne ayant un lien avec l'État du pavillon par le biais de la nationalité du navire. Ceci devient encore plus évident lorsque l'on prend en considération le fait que la demande peut être présentée directement par les personnes privées intéressées «au nom» de l'État du pavillon»<sup>300</sup>. Toutefois, cette assimilation est limitée compte tenu du fait que la nature du lien existant entre un État et une personne physique n'est pas identique à celle qui existe entre l'État du pavillon et le bateau immatriculé.

---

<sup>295</sup> Le Panama s'est ainsi fait représenter par deux juristes du cabinet SJ Berwin LLP (qui a fusionné avec King & Wood Mallesons depuis le 31 juillet 2013) à savoir Messieurs Ramón García-Gallardo et Alexander Mizzi, voir *Navire «Virginia G» (Panama c. Guinée Bissau)*, arrêt, TIDM Recueil 2014, p. 4.

<sup>296</sup> M. Yérim Thiam, avocat, bâtonnier de l'ordre des avocats du Sénégal, Dakar, Sénégal, a été désignée comme avocat et conseil par l'État de Saint-Vincent-et-les-Grenadines, *Navire SAIGA (N° 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, arrêt, TIDM Recueil 1999, p. 10.

<sup>297</sup> «*Grand prince*» (*Belize c. France*), prompt mainlevée, arrêt, déclaration de M. Cot, juge ad hoc, TIDM Recueil 2001, p. 52, para 11.

<sup>298</sup> Cot, *Appearing <for> or <on behalf of> a State: The Role of Private Counsel before International Tribunals*, p. 843.

<sup>299</sup> Tullio Treves, *Article 292* in Alexander Proelss (ed), *United Nations Convention on the Law of the Sea, A Commentary*, Beck/Hart/Nomos, München, 2017, p. 1882.

<sup>300</sup> «*Grand prince*» (*Belize c. France*), prompt mainlevée, arrêt, opinion individuelle de M. Treves, juge, TIDM Recueil 2001, p. 63, para 1.

D'un point de vue statistique, neuf affaires jugées par le TIDM étaient relatives à la prompte mainlevée. Il s'agit des affaires <Saïga n° 1><sup>301</sup>, <Camouco><sup>302</sup>, <Monte Confurco><sup>303</sup>, <Grand Prince><sup>304</sup>, <Chaisiri Reefer 2><sup>305</sup>, <Volga><sup>306</sup>, <Juno Trader><sup>307</sup>, <Hoshinmaru><sup>308</sup> et <Tominmaru><sup>309</sup>. La majorité des États litigants dans ces affaires se sont fait représenter par des juristes privés. Ce sont les Saint-Vincent-et-les-Grenadines<sup>310</sup>, la Guinée<sup>311</sup>, les Seychelles<sup>312</sup>, le Belize<sup>313</sup>, la Guinée-Bissau<sup>314</sup>, le Panama<sup>315</sup>. On pourrait peut-être ajouter à cette liste, l'affaire Norstar, compte tenu du fait qu'à l'origine, le mandat donné à M. Carreyo était pour engager une procédure de prompte mainlevée qui s'est finalement transformée en une procédure devant le TIDM à proprement parler.

---

<sup>301</sup> Navire «SAIGA» (*Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 1997*, p. 16.

<sup>302</sup> «Camouco» (*Panama c. France*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2000*, p. 10.

<sup>303</sup> «Monte Confurco» (*Seychelles vs France*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2000*, p. 86.

<sup>304</sup> «Grand Prince» (*Belize c. France*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2001*, p. 17.

<sup>305</sup> «Chaisiri Reefer 2» (*Panama c. Yémen*), ordonnance du 06 juillet 2001, *TIDM Recueil 2001*, p. 76.

<sup>306</sup> «Volga» (*Fédération de Russie c. Australie*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2002*, p. 10.

<sup>307</sup> «Juno Trader» (*Saint-Vincent-et-Les –Grenadines c. Guinée-Bissau*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM, Recueil 2004*, p. 17.

<sup>308</sup> «Hoshinmaru» (*Japon c. Fédération de Russie*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM, Recueil 2005-2007*, p. 18.

<sup>309</sup> «Tominmaru» (*Japon c. Fédération de Russie*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM, Recueil 2005-2007*, p. 74.

<sup>310</sup> Il était représenté par M. Nicholas Howe, avocat, associé du cabinet Stephenson Harwood (Royaume-Uni) en qualité d'agent (affaire SAIGA n° 1) et par M. Vincent Huens de Brouwer, juriste, en qualité d'agent-adjoint (affaire Juno Trader).

<sup>311</sup> La République de Guinée était représentée par M. Hartmut Von Brevern, avocat au cabinet Röhreke, Boye, Remé et von Werder (Allemagne) en qualité d'agent (affaire SAIGA n° 1).

<sup>312</sup> Elles étaient représentées par M. Ramon Garcia, avocat, membre du barreau de Bruxelles (Belgique) et du barreau de Burgos (Espagne) en qualité d'agent et par M. Jean-Jacques Morel, avocat, membre du barreau de Saint-Denis de la Réunion (France) en qualité d'agent-adjoint (affaire Monte Confurco).

<sup>313</sup> Il était représenté par M. Alberto Penelas Alvarez, avocat, membre du barreau de Vigo (Espagne) en qualité d'agent (affaire Grand Prince).

<sup>314</sup> Elle était représentée par M. Christopher Staker, *barrister*, membre du barreau d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) en qualité d'agent, conseil et avocat (affaire Juno Trader).

<sup>315</sup> Il était représenté par M. Ramon Garcia, avocat, membre du barreau de Bruxelles (Belgique) et du barreau de Burgos (Espagne) en qualité d'agent (affaire Camouco) et par Hartmut Von Brevern, avocat au cabinet Röhreke, Boye, Remé et von Werder (Allemagne) en qualité d'agent (affaire Chaisiri Reefer 2).

«In the majority of cases, the flag State rarely resorts to expensive international proceedings covered by Article 292 on its own initiative, unless the owner of a detained vessel negotiates with that State to make an application under Article 292 (and, admittedly, covers the related expenditures). In the majority of cases, the flag State will not be overly concerned in respect of nominated agent and counsel, as this is preponderantly decided by the owners of a detained vessel or their insurers, who will cover all expenses. In other words, in most cases, the flag State will only offer the shipowner its name and authority, under which an Article 292 application may be brought»<sup>316</sup>.

La possibilité pour un avocat d'agir <au nom> de l'État du pavillon a suscité des critiques car «l'agent-avocat n'est pas nécessairement en contact étroit avec les autorités de l'État du pavillon. La crédibilité, la fiabilité des informations qu'il fournit sur la position juridique de l'État du pavillon peuvent être sujet à caution»<sup>317</sup>. Ce ne sont pas les connaissances juridiques du juriste qui sont remises en cause mais plutôt sa connaissance de l'organisation et du fonctionnement du gouvernement qu'il représente. Un autre juge, allant dans le même sens estime que «l'agent désigné par le Belize *n'est pas bien placé, en tant qu'avocat non bélizien pratiquant dans le domaine privé en Espagne*, pour expliquer au Tribunal les incohérences apparentes que contiennent les déclarations des différents départements et agences gouvernementaux du Belize» (c'est nous qui mettons en italiques)<sup>318</sup>. Ici, c'est clairement la qualité de juriste privée, couplée à la nationalité étrangère qui est reproché à l'avocat-agent. C'est ainsi que l'avocat-agent du Belize a fourni des «informations partielles et contradictoires»<sup>319</sup> dans l'affaire en question. Mais, étant un attribut de sa souveraineté et une conséquence de son autonomie, l'État organise sa représentation et la défense de ses intérêts à «ses risques et périls»<sup>320</sup> conclut le juge Cot. Nous reviendrons plus en détail sur ces critiques lors de l'examen de la légitimité de ces juristes (Voir deuxième partie, chapitre 1, section 2).

---

<sup>316</sup> Igor V. Karaman, *Dispute Resolution in the Law of Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, p. 45.

<sup>317</sup> *Affaire du Grand Prince (Belize c. France)*, déclaration de M. Cot, juge *ad hoc*, p. 53, para.14.

<sup>318</sup> *Affaire du Grand prince (Belize c. France)*, opinion individuelle de M. Anderson, juge, p. 54.

<sup>319</sup> *Affaire du Grand Prince (Belize c. France)*, déclaration de M. Cot, juge *ad hoc*, p. 53, para.14.

<sup>320</sup> *Ibid.*, p. 53, para 15.

### 3. *L'Organe de Règlement des Différends de L'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)*

Pour mieux comprendre le système de règlement des différends de l'OMC, il faut commencer l'analyse avec le GATT (l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce<sup>321</sup>). Cet Accord n'avait pas été pensé comme une organisation internationale indépendante mais comme une solution intérimaire chargée de la mise en application des concessions tarifaires<sup>322</sup>. Plutôt, il était envisagé la création d'une Organisation Internationale du Commerce, censée être l'un des piliers économiques du monde post-deuxième guerre mondiale, avec la Banque Mondiale et le Fonds Monétaire Internationale. Cette Organisation n'ayant finalement pas vu le jour, le GATT, qualifié <d'organisation quasi-internationale><sup>323</sup> a continué son intérim jusqu'à son remplacement par l'OMC en 1994. Puisque le GATT n'était qu'une solution intérimaire, son système de règlement des différends n'était pas suffisamment développé mais assez précaire ou flexible. Celui-ci était notamment caractérisé par la relative absence des juristes et une présence importante de diplomates et de politiciens<sup>324</sup>. Le règlement des différends entre parties était essentiellement caractérisé par des procédures diplomatiques où la négociation avait un poids immense<sup>325</sup>.

Cette tradition diplomatique a survécu à l'avènement de l'OMC qui a instauré un système pour apurer les conflits relatifs aux règles commerciales adoptés par cette organisation. Ces conflits apparaissent généralement « lorsqu'un pays adopte une mesure de politique commerciale ou d'autre nature qui est considérée par un ou plusieurs autres membres de l'OMC comme une violation des accords de l'OMC ou un manquement aux obligations »<sup>326</sup>. Ce mécanisme de règlement des litiges commerciaux a été adopté à l'issue du Cycle d'Uruguay dont les discussions ont duré de 1986 à 1994 avec, à la clé, la signature des accords de Marrakech en avril 1994 et la création de l'OMC en janvier 1995<sup>327</sup>. Il faut cependant souligner que l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le

---

<sup>321</sup> Conclu à Genève le 30 Octobre 1947, RS 0.632.21.

<sup>322</sup> Gabrielle Marceau, Amelia Porges et Daniel Ari Baker, *Introduction and Overview in Gabrielle Marceau (ed.), A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO, The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, CUP, Cambridge, 2015, p. 3; Valérie Hughes, *The Role of the Legal Adviser in the World Trade Organization* in Andraž Zidar et Jean-Pierre Gauci (eds), *The Role of Legal Advisers in International Law*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, p. 237.

<sup>323</sup> Gabrielle Marceau, Amelia Porges et Daniel Ari Baker, *Introduction and Overview*, p. 4.

<sup>324</sup> *Ibid.*, pp. 8-10.

<sup>325</sup> *Ibid.*

<sup>326</sup> <[https://www.wto.org/french/thewto\\_f/whatis\\_f/tif\\_f/disp1\\_f.htm](https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/disp1_f.htm)> (20/07/2020).

<sup>327</sup> Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, conclu à Marrakech le 15 avril 1994, RS 0.632.20.

Commerce de 1947 contenait déjà un mécanisme qui permettait de solutionner les litiges commerciaux<sup>328</sup>. Les principes essentiels de ce mécanisme ont été repris par le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (Mémorandum) issu des négociations du Cycle d'Uruguay et annexé à l'Accord instituant l'OMC (Accord OMC)<sup>329</sup>.

Ce Mémorandum a institué un Organe de Règlement des Différends (ORD) dont la procédure comprend une phase préalable de consultation, l'examen de la question par un Panel (Groupe Spécial) et éventuellement un appel. De façon plus détaillée, en cas de survenance d'un contentieux commercial, les États concernés doivent engager des consultations en vue de régler ce différend-là. Si un accord n'est pas trouvé dans les 60 jours, alors un panel composé de trois membres est mis en place (art. 4 al. 7). Ce panel aura la mission de «procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés» (art. 11). La décision de ce Panel est susceptible d'un appel devant un organe permanent d'appel dont l'analyse se limite toutefois «aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci» (art. 17 al. 6).

L'ORD n'a pas édicté des règles concernant la représentation des parties apparaissant devant le groupe spécial ou l'organe d'appel. Ce qui apparaît comme un argument en faveur de la liberté de représentation étatique. Dans la pratique, la représentation des parties contractantes à l'OMC comprend deux aspects, un aspect politique et un aspect professionnel<sup>330</sup>. La représentation politique est traditionnellement confiée au représentant permanent de l'État à l'OMC, et c'est lui qui engage le gouvernement par ses actions dans le cadre de la procédure, tandis que les employés gouvernementaux et/ou les conseils privés assurent la représentation professionnelle<sup>331</sup>.

---

<sup>328</sup> Ce mécanisme se fondait essentiellement sur les articles XXII et XXIII dudit Accord.

<sup>329</sup> L'article 3 al 1 du Mémorandum dispose en effet que «Les Membres affirment leur adhésion aux principes du règlement des différends appliqués jusqu'ici conformément aux articles XXII et XXIII du GATT de 1947, et aux règles et procédures telles qu'elles sont précisées et modifiées dans le présent mémorandum d'accord», disponible sous <[https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/28-dsu.pdf](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu.pdf)> (20/07/2020).

<sup>330</sup> Martha, p. 90.

<sup>331</sup> Ibid.



La question de la participation de juristes privés au sein des procédures de l'ORD a fait l'objet d'une intéressante évolution jurisprudentielle<sup>332</sup>. Dans l'affaire EC-Bananas<sup>333</sup>, le Groupe Spécial (Panel) de l'OMC a dénié aux avocats et conseils privés la possibilité d'être présent aux côtés des gouvernements dans le cadre des procédures de l'OMC. A l'appui de cette décision, le Groupe Spécial a invoqué les raisons suivantes :

«a) La pratique suivie précédemment lors des procédures de règlement des différends dans le cadre du GATT et de l'OMC avait été de ne pas admettre de conseils juridiques privés aux réunions des groupes spéciaux si une partie y était opposée et, en l'espèce, les plaignants y étaient effectivement opposés.

b) Nous avons indiqué dans les procédures de travail du Groupe spécial, adoptées lors de la réunion d'organisation du Groupe, que nous nous attendions à ce que seuls des membres des gouvernements participent aux réunions du Groupe.

c) La présence de conseils juridiques privés dans les délégations de certaines tierces parties ne serait pas équitable pour celles des parties et autres tierces parties qui avaient recouru aux services de conseils juridiques privés pour établir leurs communications mais ne s'étaient pas faites accompagner par ces conseils juridiques parce qu'elles avaient supposé que tous les participants à la réunion se conformeraient à ce qui avait été prévu dans les procédures de travail adoptées par le Groupe spécial à sa réunion d'organisation.

d) Étant donné que les conseils juridiques privés n'étaient peut-être pas assujettis à des règles disciplinaires semblables à celles qui s'appliquaient aux membres des administrations publiques, leur présence aux réunions du Groupe spécial risquerait de faire craindre que le caractère confidentiel des débats ne soit pas respecté.

e) Nous nous sommes demandés si l'admission de conseils juridiques privés aux réunions des groupes spéciaux, au cas où elle deviendrait une pratique courante, serait dans l'intérêt des petits Membres vu les charges financières excessives qui en résulteraient pour eux.

f) En outre, nous avons craint que la présence de conseils juridiques privés ne modifie le caractère intergouvernemental des procédures de règlement des différends suivies à l'OMC»<sup>334</sup>.

---

<sup>332</sup> Selon un auteur, et contrairement aux autres tribunaux qui autorisent expressément les parties litigantes à se faire assister par des avocats et conseils, l'ORD est demeuré tacite sur la possibilité de faire représenter par des avocats/conseils, Peter-Tobias Stoll, *World Trade Organization, Dispute Settlement* in Rüdiger Wolfrum et Frauke Lachenmann (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, International Economic Law*, vol. 1, OUP, Oxford, 2015, p. 941.

<sup>333</sup> OMC, *Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Rapport Du Groupe Spécial.

<sup>334</sup> *Ibid.*, pp. 327-328, para 7.11.

Certaines raisons invoquées par le Panel pour justifier l'exclusion des juristes privés sont difficilement compréhensibles. Par exemple, le caractère intergouvernemental d'une juridiction n'est pas tributaire du statut (employés gouvernementaux ou non) des représentants envoyés par chaque Membre devant celle-ci. Ainsi, la CIJ autorise les juristes privés en son sein mais cela n'affecte pas la nature interétatique de cette juridiction. De plus, la qualité de membre de l'OMC n'est pas réservée aux seules entités étatiques mais aussi à certains acteurs non étatiques à la condition toutefois qu'il s'agisse d'un «territoire douanier distinct jouissant d'une entière autonomie dans la conduite de ses relations commerciales extérieures»<sup>335</sup>.

Cette position consistant à exclure les juristes privés des procédures de l'OMC était difficilement justifiable, et ce, d'autant plus que cette exclusion n'était formellement consacrée dans aucun texte de cette Organisation<sup>336</sup>, mais plutôt d'une pratique héritée du GATT. C'est sans doute la raison pour laquelle, cette question a été de nouveau réexaminée, cette fois-ci, par l'Organe d'Appel. La demande a été faite par le gouvernement de Sainte Lucie (soutenu par le Canada et la Jamaïque) pour qui, l'État a le pouvoir souverain de décider de la composition de sa délégation ou de ses représentants officiels<sup>337</sup>. L'Organe d'Appel, après avoir examiné le droit international coutumier et la pratique des tribunaux, constata que rien ne s'oppose au fait qu'un État membre de l'OMC constitue librement sa délégation officielle pour le représenter devant les organes de règlement des différends<sup>338</sup>. L'Organe d'Appel adopte un raisonnement particulier: il n'affirme pas expressément que cette représentation est admise mais plutôt qu'une telle présence n'est pas interdite: «rien qui empêche un Membre de l'OMC de déterminer la composition de sa délégation dans la procédure de l'Organe d'appel», «l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (l'«Accord sur l'OMC»), le Mémoire d'accord et les Procédures de travail *ne contiennent pas de dispositions* indiquant qui peut représenter un gouvernement pour faire des représentations lors d'une audience de l'Organe d'appel», «*aucun rapport de groupe spécial antérieur* qui traite spécifiquement de cette question dans le contexte des réunions des groupes spéciaux

---

<sup>335</sup> Article XII de l'Accord instituant l'OMC.

<sup>336</sup> «No public record exists which would enable an understanding of the arguments supporting this rather surprising position assumed by the opposing parties, or the reasoning which led the Panel to the uphold the request to exclude the attorneys from the meeting», Martha, p. 83.

<sup>337</sup> OMC, *Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Rapport de l'Organe d'Appel, adopté le 09 Septembre 1997, WT/DS27/AB/R, pp. 4-6, para 5-8.

<sup>338</sup> Ibid., p. 7, para 10.

avec les parties»<sup>339</sup> (c'est nous qui mettons en italiques). Est-ce à dire que tout ce qui n'est pas expressément interdit, est implicitement admis? Un tel raisonnement traduisait certainement <le malaise> de cette institution qui n'avait pas prévu ce cas de figure et qui, pendant longtemps, privilégiait le règlement diplomatique plutôt que juridictionnel des différends. Il faut peut-être rappeler que lors des négociations entourant la création de l'Organisation Internationale du Commerce, la possibilité de soumettre à la CIJ les questions juridiques pour ne laisser à l'Organisation du commerce que des questions d'ordre politique et économique, fut longuement débattue<sup>340</sup>.

Un tel balbutiement était certainement attribuable au caractère exceptionnel de la question car c'était bien la première fois que cette juridiction devait se pencher sur le sujet. Cependant, cette décision de l'Organe d'Appel n'annulait pas celle rendue par le Groupe Spécial car, compte tenu de sa qualité de tierce-partie, le gouvernement de Sainte Lucie ne pouvait pas faire appel de la décision du Panel<sup>341</sup>.

Cette situation ambiguë sera corrigée à l'occasion de l'affaire Indonésie-Automobiles<sup>342</sup> où le Groupe Spécial examinera encore cette problématique et, cette fois-ci, consacrera le principe de libre représentation étatique qui comprend le droit d'inclure des avocats privés dans leur délégation officielle. «Ce n'est pas parce que aucun pays n'a jamais formellement maintenu son opposition aux contestations concernant son droit souverain de déterminer la composition de sa délégation que l'on peut empêcher l'Indonésie d'exercer ce droit maintenant comme elle insiste pour le faire. Cela est d'autant plus vrai que, à

---

<sup>339</sup> Ibid., pp. 7-8, paras 10,12.

<sup>340</sup> «Whatever the reason, it is clear that many, if not most, of the GATT's negociators were ambivalent or even hostile to attempts to <judicialise> international trade, even though the purpose of the GATT (and the ITO) was to establish a transparent, predictable and rules-based system for international trade», *ibid.*, p. 7.

<sup>341</sup> «Une demande a été reçue du gouvernement de Sainte-Lucie à l'effet d'autoriser la participation de deux conseils juridiques, qui ne sont pas fonctionnaires de Sainte-Lucie, à l'audience de l'Organe d'appel dans le présent appel. Il n'est pas fait appel de la décision du Groupe spécial concernant la participation des mêmes conseils aux réunions du Groupe spécial avec les parties dans cette affaire. Aucune partie n'a fait appel de la décision du Groupe spécial» *ibid.*, p. 7, para 11. Une telle décision découle de l'interprétation du Mémorandum d'accord (notamment les articles 16 al 4 et 17 al 4) qui ouvre cette possibilité qu'aux seules parties litigantes et non les tierces-parties); voir aussi Cesare Per Romano, *International Justice And Developing Countries (Continued): A Qualitative Analysis in The Law and Practice of international Courts and Tribunals (LPICT) 1*, Kluwer Law International, Netherlands, 2002, p. 567, note 108.

<sup>342</sup> OMC, *Indonésie – Certaines Mesures Affectant L'industrie Automobile, Rapport Du Groupe Spécial*, adopté le 02 juillet 1998, WT/DS54/R WT/DS55/R WT/DS59/R WT/DS64/R.

la différence du régime qui existait auparavant dans le cadre du GATT, les décisions prises par les groupes spéciaux (et l'Organe d'appel) au titre du Mémoire d'accord sont juridiquement contraignantes et permettent de prendre des mesures de rétorsion si elles ne sont pas mises en œuvre. En bref, les Membres ne jugeaient pas le droit de recourir à des conseils si important lorsqu'ils pouvaient simplement s'opposer à une décision négative d'un groupe spécial et s'en tenir là»<sup>343</sup>.

Cette décision appelle deux remarques au moins. D'une part, le panel rappelle qu'une pratique ne peut primer sur un droit souverainement garanti. Cela est d'autant plus vrai que la pratique n'est pas généralisée mais juste limitée aux cas du GATT et de l'ALENA (dans une certaine mesure): «En bref, aucun tribunal ni aucune organisation (autre que le Secrétariat de l'Accord de libre-échange nord-américain dans certaines procédures) ne limite en quoi que ce soit la décision d'un État d'accréditer des conseils extérieurs en tant que membres de sa délégation, ni ne restreint le degré de participation d'un conseil à une procédure de règlement d'un différend. L'absence de restrictions dans tous les principaux tribunaux pour le règlement des différends et autres organisations est compatible avec le principe général du droit international coutumier qui reconnaît le droit souverain des pays d'accréditer les personnes de leur choix pour les représenter dans les instances internationales»<sup>344</sup>.

D'autre part, le groupe spécial souligne une différence entre le régime du GATT et celui de l'OMC sur la question de l'effet des décisions issues de ces deux régimes. Nous sommes en effet passé d'un régime <diplomatique> non contraignant à un régime <judiciaire> contraignant, avec toutes les conséquences qui s'y attachent notamment en termes de force obligatoire des décisions issues de l'OMC<sup>345</sup>.

Toutefois, en cas d'intégration de juristes privés dans la délégation d'un État, ces derniers seront soumis aux exigences de confidentialité et de discrétion au même titre que les employés gouvernementaux<sup>346</sup>. Dorénavant, les États prennent l'habitude de consacrer expressément le droit qui leur est reconnu de composer librement leur délégation. Cette consécration s'effectue généralement à l'occasion de l'adoption des règles de procédures du Panel qui est constitué dans chaque affaire soumise à l'OMC. A titre illustratif, les Procédures De Travail Du Groupe Spécial (adoptées le 06 juillet 2005) dans l'affaire Communautés Européennes-Certaines Questions Douanières affirment au paragraphe 15

---

<sup>343</sup> Ibid., p. 23, para 4.15.

<sup>344</sup> Ibid., p. 24, para 4.21.

<sup>345</sup> Ibid., pp. 25-26, para 4.25-4.26.

<sup>346</sup> Ibid., para 14.1.

que: «Les parties et les tierces parties à la présente procédure ont le droit de déterminer la composition de leurs propres délégations. Les délégations pourront inclure, en tant que représentants du gouvernement concerné, des conseillers privés. Les parties et les tierces parties seront responsables de tous les membres de leur délégation et veilleront à ce que tous les membres de la délégation se conforment aux règles du Mémoire d'accord et aux procédures de travail du Groupe spécial, surtout en ce qui concerne la confidentialité des travaux. Les parties remettront une liste des participants de leurs délégations avant le début de la réunion avec le Groupe spécial»<sup>347</sup>.

Cette question de la participation des juristes privés s'est aussi posée dans l'affaire *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*<sup>348</sup>. Et le groupe Spécial décida d'accéder à la demande de la Corée et d'autoriser les juristes privés à participer à la résolution de cette affaire. Toutefois, «Cette autorisation est accordée étant entendu, comme la Corée l'a déclaré, que les conseils privés concernés sont des membres officiels de sa délégation, qu'ils sont engagés par le gouvernement coréen et sont responsables devant lui, et qu'ils respecteront pleinement la confidentialité de la procédure, la Corée assumant pleinement la responsabilité de la confidentialité de la procédure au nom de tous les membres de sa délégation, y compris les représentants non gouvernementaux»<sup>349</sup>.

L'analyse de ces décisions rendues par l'Organe de règlement des différends au sein de l'OMC soulève une question intéressante relative aux effets de la représentation des petits pays ou des pays en développement par des conseils privés. Cette représentation permet-elle d'aboutir à une meilleure égalité entre États, égalité qui est mise à mal du fait du manque de juristes hautement qualifiés dans certains pays, notamment les pays en développement? Le Groupe spécial dans l'affaire EC-Bananas se demandait si l'admission des avocats privés aux côtés des États serait dans l'intérêt des petits pays compte tenu du coût financier que cela engendrerait<sup>350</sup>. De son côté, l'Organe d'appel soutenait que la représentation par des conseils expérimentés est d'un intérêt particulier pour

---

<sup>347</sup> disponible sous <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S006.aspx?Query=\(Symbol=%20wt/ds315/\\*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(Symbol=%20wt/ds315/*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)> (20/07/2020).

<sup>348</sup> OMC, *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques Rapport du Groupe spécial*, adopté le 17 septembre 1998 WT/DS75/R WT/DS84/R, pp. 195-197.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>350</sup> «Nous nous sommes demandé si l'admission de conseils juridiques privés aux réunions des groupes spéciaux, au cas où elle deviendrait une pratique courante, serait dans l'intérêt des petits Membres vu les charges financières excessives qui en résulteraient pour eux», OMC, *Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Rapport Du Groupe Spécial*, p. 327, para 7.11.

les pays en développement pour permettre une pleine participation de ces pays aux procédures de règlement des différends au sein de l'OMC<sup>351</sup>. Cela permet en quelque sorte d'établir (ou de rétablir) une *égalité de facto* et non simplement *de jure* entre États. C'est peut-être en réponse à une telle question que le Centre Consultatif sur la Législation de l'OMC a été institué. En effet, et selon l'article 2 de l'Accord établissant ce Centre, celui-ci «fournit une formation juridique, une assistance et des avis juridiques sur le droit de l'OMC et les procédures de règlement des différends aux pays en développement, plus particulièrement aux moins avancés d'entre eux, et aux pays à économie en transition»<sup>352</sup>. Nous examinerons cette question dans la seconde partie de notre travail.

Récemment, devant l'ORD, la question de la présence des juristes privés a encore été soulevée mais en ce qui concerne cette fois-ci, la phase des consultations précédant l'établissement d'un groupe spécial. En l'espèce, les USA s'étaient opposés à l'inclusion de juristes privés dans la délégation chinoise qui devait participer aux consultations. Et cela, en raison du caractère intergouvernemental et confidentiel desdites consultations. Pour la Chine, se basant sur l'article 4 du Mémoire d'Accord sur les règles et les procédures régissant le règlement des différends, chaque membre a le droit de déterminer unilatéralement d'inclure des personnes autres que des fonctionnaires pour participer aux consultations<sup>353</sup>. Pour les USA cependant, un tel droit n'est pas expressément consacré par l'article précité. Plutôt, le gouvernement américain estime que la Chine s'appuie non sur un droit mais sur une «opinion» traduisant sa préférence concernant la participation de personnes non gouvernementales aux réunions de consultation<sup>354</sup>. Si un membre incluait des personnes autres ses fonctionnaires aux consultations (par exemple des juristes privés), cela aurait comme consé-

---

<sup>351</sup> «Nous notons également que la représentation par les conseils choisis par un gouvernement peut fort bien revêtir une importance particulière – surtout pour les pays en développement Membres – lesquels doivent pouvoir être pleinement associés aux procédures de règlement des différends. En outre, comme l'Organe d'appel a pour mandat de n'examiner que des questions de droit ou des interprétations du droit figurant dans les rapports de groupes spéciaux, il est particulièrement important que les gouvernements soient représentés par des conseils qualifiés dans les procédures de l'Organe d'appel», OMC, *Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Rapport de l'Organe d'Appel*, pp. 7-8, para 12.

<sup>352</sup> Article 2 de l'Accord instituant le Centre Consultatif sur la Législation de l'OMC, conclu à Seattle le 30 novembre 1999, RS 0.632.209.

<sup>353</sup> <[https://www.wto.org/french/news\\_f/news18\\_f/dsb\\_19nov18\\_f.htm](https://www.wto.org/french/news_f/news18_f/dsb_19nov18_f.htm)> (20/07/2020).

<sup>354</sup> Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body Geneva, November 21, 2018, pp. 40-42, disponible à <[https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Nov21.DSB\\_.Stmt\\_.as-deliv.fin\\_.public.pdf](https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Nov21.DSB_.Stmt_.as-deliv.fin_.public.pdf)> (20/07/2020).

quence de contraindre les autres membres à faire des déclarations en présence de cette personne. Ce qui irait à l'encontre de la préférence de certains membres qui ne veulent pas de cette participation des acteurs non gouvernementaux. L'État américain ajoute que faire participer des personnes non gouvernementales aux consultations, malgré les objections formulées par les autres membres, ne servirait pas l'objectif des consultations qui est d'aboutir à un règlement amiable de la situation en question.

En l'espèce, et comme les USA l'ont souligné, l'article précité ne garantit pas expressément le droit revendiqué par la Chine. La pratique étatique devant une institution diplomatique comme le GATT plaide plutôt pour une représentation par des agents étatiques<sup>355</sup>. Compte tenu du caractère consensuel de ces consultations, il nous semble difficile que la position chinoise puisse prospérer. L'on se gardera toutefois de généraliser une telle conclusion compte tenu du caractère éphémère de chaque procédure de consultations. La confidentialité qui entoure ladite procédure ne permet pas de confronter la conclusion de ce cas spécifique avec celle découlant d'autres procédures de consultations.

De façon générale, le caractère quasi-juridictionnel de l'ORD, avec une combinaison d'aspects diplomatiques et juridictionnels, pourrait justifier le rôle assez limité joué par les juristes privés devant cet organe comme l'a rappelé Joseph A. Conti: «the diplomatic concerns in disputing often exceed the mandate of private attorneys hired for a specific dispute, even if those lawyers are aware, as they are, that there are significant sensitivities»<sup>356</sup>.

Devant les juridictions judiciaires, les avocats et conseils sont, de façon globale, présents. Quid devant les tribunaux arbitraux ?

## **B. Les organes arbitraux**

Les juridictions arbitrales se caractérisent par une grande liberté accordée aux parties dans la constitution du tribunal (choix des arbitres, choix du droit applicable et du siège du tribunal dans certains cas). Nous analyserons la question de la présence des juristes privés devant la Cour permanente d'arbitrage (CPA) et devant les tribunaux arbitraux organisés sous le CIRDI.

---

<sup>355</sup> Gabrielle Marceau et al. *Introduction and Overview*, p. 9.

<sup>356</sup> Joseph A. Conti, *Producing Legitimacy at the World Trade Organization: The Role of Expertise and Legal Capacity* in *Socio-Economic Review* (2010) 8, p. 142.

### 1. La Cour permanente d'arbitrage (CPA)

La création de la CPA a été prévue au chapitre II (articles 20 à 29) de la Convention pour le règlement pacifique des différends internationaux de 1899<sup>357</sup>. Cette Cour est une institution intergouvernementale qui propose ses services d'arbitrage dans la résolution des différends entre États. Cette institution a diversifié ses services puisqu'elle offre désormais des services de médiation et de conciliation, de commissions d'enquête, d'autorité de nomination.

A l'origine, la compétence de cette Cour s'étendait aux différends internationaux, c'est-à-dire les litiges entre États et/ou organisations internationales de même qu'entre les entités contrôlées par les États. De nos jours, cette institution peut aussi connaître des différends de nature mixte (entre un État ou une organisation internationale et une partie privée) de même que des litiges entre des parties privées<sup>358</sup>. Cette institution n'est pas vraiment une cour d'arbitrage à proprement parler mais plutôt «un cadre permanent de tribunaux éphémères»<sup>359</sup>. Autrement dit, cette juridiction ne dispose pas d'arbitres permanents mais propose une liste de personnes pouvant être désignés en qualité d'arbitres<sup>360</sup>.

En ce qui concerne la représentation des États, le règlement d'arbitrage de ladite cour affirme le principe de la représentation par un agent et de l'assistance par des avocats. La formulation des textes de cette Cour peut prêter cependant à confusion. En effet, ceux-ci semblent introduire une différenciation dans la liberté de représentation selon que la procédure est interétatique ou implique des acteurs non étatiques. Selon l'article 5 en effet, «1. Dans les différends impliquant uniquement des États et/ou des organisations intergouvernementales,

---

<sup>357</sup> L'article 22 de la Convention de La Haye 1899 dispose que «Dans le but de faciliter le recours immédiat à l'arbitrage pour les différends internationaux qui n'ont pu être réglés par la voie diplomatique, les Puissances signataires s'engagent à organiser une Cour permanente d'arbitrage, accessible en tout temps et fonctionnant, sauf stipulation contraire des Parties, conformément aux règles de procédure insérées dans la présente Convention».

<sup>358</sup> Yanying Li et Camille M. Ng, *The permanent Court of Arbitration in 2012* in Nikos Lavranos, Ruth Kok *et al* (eds) *Hague Yearbook of International Law 2012*, vol. 25, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2013, p. 221.

<sup>359</sup> Brooks W. Daly, *Permanent Court of Arbitration* in Chiara Giorgetti (ed), *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, p. 39.

<sup>360</sup> Ziegler, p. 148. Sur le site web de cette institution, on peut notamment lire que cette Cour est «une méthode ou d'un moyen propre à faciliter la constitution de tribunaux arbitraux en tant que de besoin. Toutefois, le système ainsi établi était permanent et la convention institutionnalisait dans une certaine mesure le droit et la pratique de l'arbitrage en lui donnant un statut plus précis et plus généralement accepté», <<https://www.icj-cij.org/fr/histoire>> (20/07/2020).



*chaque partie doit désigner un agent*. Chaque partie peut également se faire assister par des personnes de son choix. 2. Dans les autres différends soumis à l'arbitrage conformément au présent Règlement, *chaque partie peut se faire représenter ou assister par des personnes de son choix*»<sup>361</sup> (c'est nous qui mettons en italiques). L'usage du verbe transitif <devoir> semble induire une idée d'obligation alors qu'il n'en est rien. Cette liberté de représentation est renforcée par la définition du terme agent<sup>362</sup> ainsi que par le fait que l'État peut ne pas désigner de représentant<sup>363</sup>.

Toutefois, dans l'affaire du droit de préférence de 1903, certains gouvernements notamment ceux de la Grande Bretagne et du Venezuela s'opposèrent à la présence d'un membre de la CPA agissant en qualité de conseil devant un tribunal car les membres de la Cour, agissant en qualité de conseil, étaient supposés avoir un <avantage> sur les conseils qui n'étaient pas membres de celle-ci<sup>364</sup>. Même si cette protestation fut rejetée, les États se sont à nouveau penchés, à l'occasion de la conférence de paix de 1907, sur la question de la libre représentation étatique consacrée à l'article 37 de la convention de 1899<sup>365</sup>. Trois propositions majeures se dégageaient de ces discussions. Les délégations française et belge plaidaient le maintien de règles établies par la Conférence de 1899 concernant la représentation étatique tandis que les délégations russe, américaine et britannique voulaient que les membres de la CPA n'aient pas le droit de plaider, que ce soit en qualité d'avocat, de conseil ou d'agent<sup>366</sup>. Entre ces deux positions extrêmes, la délégation germanique suggérait de limiter le droit de plaidoirie des membres de la CPA aux seuls cas des États les ayant nommés. Ce compromis fut finalement adopté à l'article 62 de la convention de 1907<sup>367</sup>. Toutefois, cette incompatibilité ne prive pas les membres de la cour de la possibilité de donner des avis juridiques<sup>368</sup>.

---

<sup>361</sup> Article 5 al. 1 et 2 du Règlement d'arbitrage de la Cour permanente d'arbitrage du 17 décembre 2012, disponible <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2015/12/PCA-Arbitration-Rules-2012-FR.pdf>> (20/07/2020).

<sup>362</sup> Voir infra chapitre II, Section I, para 1A.

<sup>363</sup> Voir supra, pp. 67-68.

<sup>364</sup> Baron D'Honinchtun, *La Cour permanente de Justice internationale, traité de Manley O. Hudson*, Pedone, Paris, 1936, p. 11, note 35.

<sup>365</sup> James Brown Scott (ed), *the Reports to the Hague Conference of 1899 and 1907*, Oxford: At the Clarendon Press, 1916, p. 343.

<sup>366</sup> Ibid., p. 344.

<sup>367</sup> Cependant, dans une affaire entre les États-Unis et le Venezuela, les parties litigantes ont convenu qu'aucun membre de la cour n'exercerait les fonctions de conseil, voir Baron D'Honinchtun, p. 11.

<sup>368</sup> James Brown Scott, p. 344; Baron D'Honinchtun, p. 11, note 36.

Devant cette institution, des avocats ont exercé des fonctions de représentants et d'assistants étatiques. Par exemple, dans l'affaire des indemnités russes<sup>369</sup>, le gouvernement impérial russe a désigné Henri Fromageot, avocat à la Cour d'Appel de Paris, en qualité d'agent. De son côté, le gouvernement impérial ottoman a nommé comme agent, Edouard Clunet qui était aussi avocat à la Cour d'Appel de Paris. Dans cette même affaire, un autre avocat à la Cour d'appel de Paris, André Hesse, était conseil pour le compte du gouvernement ottoman.

La désignation comme représentants étatiques d'avocats de nationalité différente de celle de l'État représenté n'avait pas suscité des critiques à cette époque. Mieux, un même avocat a représenté deux gouvernements différents comme ce fut le cas avec Me Henri Fromageot<sup>370</sup>. Une situation intéressante survint dans l'affaire dite «des phares» qui opposait la Grèce à la France. En l'espèce, la France intervenait pour le compte d'une société française, la société en nom collectif Collas et Michel. Le gouvernement français désigna le professeur Charles Rousseau comme représentant. Lors de l'envoi du mémoire, le 31 janvier 1954, celui-ci va le signer en qualité de représentant de l'État français. Toutefois, lors de l'envoi du contre-mémoire en date du 5 mai 1954, le professeur Rousseau le signera en qualité d'agent de la société susmentionnée et non de l'État français<sup>371</sup>. Cette situation pose le problème du véritable mandant: Le juriste agit-il pour le compte de l'État ou de la société concernée? Cette interrogation sera analysée dans la deuxième partie. Plus récemment, dans l'affaire Yukos qui s'est déroulée sous les auspices de la CPA, le tribunal s'est félicité de la présence et de l'activité des juristes privés en soulignant notamment le professionnalisme de ceux-ci qui ont produit des mémoires et des plaidoiries de très haute qualité<sup>372</sup>.

---

<sup>369</sup> Cour permanente d'arbitrage (CPA), *Affaire des indemnités russes (dommages-intérêts réclamés par la Russie pour le retard apporté dans le paiement des indemnités dues aux particuliers russes lésés par la guerre de 1877-1878)*, Empire Russe c. Empire Ottoman, sentence arbitrale du 11 novembre 1912, disponible sous <<https://www.pcacases.com/web/sendAttach/643>> (20/07/2020).

<sup>370</sup> En effet, celui-ci a représenté le gouvernement russe dans l'affaire des indemnités russes mentionnée plus haut. Il a aussi représenté le gouvernement français dans l'affaire du vapeur postal français «Carthage» (France contre Italie) du 06 mai 1913, disponible sous <<http://www.haguejusticeportal.net/Docs/PCA/Carthage%20sentence%20PCA%20DF.pdf>> (20/07/2020).

<sup>371</sup> RSA, *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce c. France)*, 24/27 juillet 1957, Volume XII, p. 164, disponible sous <[http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XII/155-269\\_Concession.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/155-269_Concession.pdf)> (20/07/2020).

<sup>372</sup> PCA case No. AA 227, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. The Russian Federation*, Final award, 18 July 2014, p. 577.

Alors que la présence des avocats a été quelque peu critiquée devant les organes judiciaires, celle-ci est souhaitée et même saluée devant cette juridiction arbitrale.

## 2. *Tribunaux ad hoc CIRDI*

A l'analyse des juridictions judiciaires, il ressort que la représentation d'un État par un avocat-conseil, même si cela est admis en principe, n'est pas beaucoup utilisée par les gouvernements. Dans les tribunaux CIRDI, cependant, cela tend à être la règle<sup>373</sup>. Plusieurs raisons peuvent expliquer le recours quasi-systématique aux avocats et conseils dans les procédures arbitrales.

La première raison est relative à la nature même des règles d'arbitrages. Celles-ci sont complexes voire opaques. C'est un domaine qui semble réservé à une petite élite composée notamment des avocats et des arbitres. A l'exception de cette élite, les autres personnes peuvent sembler désorientées car ne maîtrisant pas les règles et usages en vigueur dans ce domaine<sup>374</sup>. On pourrait aussi relever le fait que l'arbitrage d'investissement se caractérise par un manque de règles et de règlements à consulter. Beaucoup de règles sont non écrites. Cela est, peut-être, un corollaire de la rapidité qui caractérise les procédures arbitrales. Le souci d'avoir une décision rapide a entraîné une réduction des règles écrites. Il n'est ainsi pas toujours aisé de comprendre tous les rouages de la procédure arbitrale en consultant simplement un règlement d'arbitrage<sup>375</sup>. Les règlements d'arbitrage ne sont pas assez explicites et laissent certaines questions à l'appréciation des parties au différend et au tribunal arbitral. Les avocats spécialisés en arbitrage d'investissement connaissent par contre toutes les subtilités des procédures arbitrales. Une anecdote relatée par le Global Arbitration Review (GAR) est assez explicite à ce sujet. Lors d'une conférence sur l'arbitrage international, Matthew Weiniger du cabinet d'avocats Herbert Smith Freehills (maintenant associé dans le cabinet Linklaters) a comparé deux volumes du code de procédure et de règles judiciaires de Grande Bretagne avec le livret produit par la Chambre Internationale de Commerce. Ce qui la différence entre les deux corps de règles, selon cet avocat, c'est ce que l'avocat spécialisé entre arbitrage international sait et cela n'est pas écrit<sup>376</sup>.

---

<sup>373</sup> Jeremy K. Shape, *Representing a Respondent State in Investment Arbitration* in Chiara Giorgetti (ed), *Litigating International Investment Dispute: A practitioner Guide*, vol. 8, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2014, p. 46.

<sup>374</sup> L'exemple Seychellois dans l'affaire CDC c. Seychelles est assez révélateur.

<sup>375</sup> On peut dire que l'expérience s'acquiert par la pratique.

<sup>376</sup> Global Arbitration Review, *Global Arbitration Review 100, the Guide to Specialist Arbitration Firms 2012*, p. 3, cité par Pia Eberhardt et Cecilia Olivet, *Profiting from Injustice*,

La deuxième raison concerne les spécialistes de l'arbitrage d'investissement eux-mêmes. Plusieurs d'entre eux ont travaillé pour le compte des gouvernements et de ce fait, ont emmagasiné une expérience considérable dans le domaine avant de quitter les rangs gouvernementaux soit pour ouvrir leurs propres études d'avocats soit pour rejoindre un grand cabinet (phénomène qualifié de «revolving door»)<sup>377</sup>. S'attacher les services de tels experts est quasiment indispensable si l'État veut remporter la bataille arbitrale puisque certains de ces ex-employés gouvernementaux ont même travaillé à l'élaboration des traités dont certaines dispositions sont appliquées ou invoquées à l'appui de certaines prétentions au cours de la procédure arbitrale<sup>378</sup>.

La troisième raison est relative aux coûts de l'arbitrage. Les frais de procédure s'élèvent en moyenne à USD 8 millions pour un arbitrage d'investissement<sup>379</sup>. Si l'on ajoute à cela, les implications financières des sentences arbitrales qui peuvent se chiffrer à plusieurs USD milliards<sup>380</sup>, l'on peut comprendre aisément pourquoi les États préfèrent augmenter leurs chances de succès en s'attachant les services d'experts du domaine de l'arbitrage international. A cela s'ajoute la pratique des tribunaux actuels qui consiste à mettre à la charge de la partie condamnée la majorité des frais de procédure. Selon l'article 42 du 3, «1. Les frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie ou des parties qui succombent. Toutefois, le tribunal arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce. 2. Le tribunal arbitral détermine dans la sentence définitive ou, s'il le juge approprié, dans toute autre sentence, le montant qu'une partie peut avoir à payer à une autre partie en conséquence de la décision relative à la répartition». L'alinéa 2 de l'article 61 de la convention CIRDI dispose que «Dans le cas d'une procédure d'arbitrage le Tribunal fixe, sauf accord contraire des parties, le montant des dépenses exposées par elles pour les besoins de la procédure et décide des mo-

---

*how Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration boom*, Nouvelles Imprimeries Havaux, Bruxelles/Amsterdam, 2012, p. 29.

<sup>377</sup> Pia Eberhardt et Cecilia Olivet, p. 29.

<sup>378</sup> Ibid.

<sup>379</sup> Jeffery P. Commission, *How much does an ICSID Arbitration Cost? A Snapshot of the last five years*, Kluwer Arbitration Blog, February 29, 2016, disponible sous <[http://kluwerarbitrationblog.com/2016/02/29/how-much-does-an-icsid-arbitration-cost-a-snapshot-of-the-last-five-years/?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29](http://kluwerarbitrationblog.com/2016/02/29/how-much-does-an-icsid-arbitration-cost-a-snapshot-of-the-last-five-years/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29)> (20/07/2020).

<sup>380</sup> A titre illustratif, la Russie a été condamnée à payer plus de 50 milliards de dollars US à la Compagnie Yukos, voir PCA case No. AA 227, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. The Russian Federation*, Final award, 18 July 2014, disponible sous <<https://www.pca.cases.com/web/sendAttach/420>> (20/07/2020).

dalités de répartition et de paiement desdites dépenses, des honoraires et frais des membres du Tribunal et des redevances dues pour l'utilisation des services du Centre. Cette décision fait partie intégrante de la sentence».

Toujours en ce qui concerne les coûts, il faut relever le fait que les frais d'avocats et conseils peuvent être assez élevés, ce qui peut aussi justifier la forte présence des juristes dans ce domaine particulier. Même s'il peut paraître réducteur de justifier l'activité des juristes privés dans le domaine de l'arbitrage d'investissement seulement par des considérations financières, il faudrait toutefois rappeler que la recherche du profit économique n'est pas étrangère à leur activité. Ces frais (de représentation et d'assistance juridiques) peuvent être supportés en totalité ou en partie par la partie qui n'obtient pas gain de cause dans l'arbitrage. Les tribunaux arbitraux disposent, à cette fin, d'un pouvoir discrétionnaire<sup>381</sup>. A titre illustratif, dans l'affaire Yukos, la partie demanderesse a estimé que ses frais de représentation et d'assistance juridique s'élèvent à USD 80 millions environ et la partie défenderesse parle de USD 27 millions<sup>382</sup>. En fin de compte, le Tribunal a condamné la partie défenderesse (la Fédération de Russie) à payer USD 60 millions à la partie demanderesse, soit 75 % des frais de représentation et d'assistance juridiques engagés par cette dernière<sup>383</sup>.

Ces montants sont considérables et, à l'échelle de certains pays en développement, peuvent représenter une part non négligeable du Produit Intérieur Brut (PIB) de certains pays, surtout ceux qui sont moins avancés ou qui sont en développement.

Quoique saluée, cette présence des avocats et conseils n'a pas manqué de soulever des problèmes, notamment en ce qui concerne leurs rapports avec les arbitres. Ainsi, dans l'affaire Hrvatska, le tribunal s'est prononcé sur le cas d'un conseil, représentant étatique mais qui avait des liens avec le président dudit tribunal. En l'espèce, le cabinet Allen & Overy qui représentait l'État de Slovénie a désigné M. David Mildon QC, comme conseil pour la phase orale de la procédure. Toutefois, ce conseil était de la même association professionnelle que le président du tribunal: la Essex Court Chambers de Londres. Cette proximité, qui n'avait pas été révélée au moment de la nomination du conseil, mettait en péril la validité du tribunal constitué et sa capacité à rendre une décision impartiale, de l'avis de la partie demanderesse. Toutefois, et comme nous pouvons le

---

<sup>381</sup> «It is well established that an UNCITRAL tribunal such as the present one has the unfettered discretion to fix and to decide in what proportion the costs for legal representation and assistance of the parties shall be borne by the Parties», PCA case No. AA 227, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. The Russian Federation*, p. 575,

<sup>382</sup> *Ibid.*, pp. 575-576.

<sup>383</sup> *Ibid.*, p. 577.

lire sur le site de cette association, «la chambre n'est pas une entreprise, ni ses membres, des associés ou des employés. La chambre est plutôt composée d'avocats individuels, chacun étant un praticien autonome. Les membres de la chambre sont généralement retenus par des parties opposées dans le même conflit, à la fois dans des litiges ou arbitrages, avec des protocoles pour préserver la confidentialité. En plus d'intervenir pour le compte de parties opposées, les membres apparaissent devant d'autres membres agissants, eux aussi, de manière impartiale en tant que juges ou arbitres»<sup>384</sup>.

Le président du tribunal a aussi souligné cette spécificité de l'association en rappelant qu'il a, à plusieurs occasions, siégé dans un tribunal arbitral, devant lequel l'une des parties était représentée par un conseil de la Essex Court Chambers<sup>385</sup>. Pour la partie demanderesse cependant, une telle proximité aurait dû être révélée plus tôt et elle n'aurait pas cautionné la nomination du président du tribunal si l'existence de ces liens professionnels avait été divulguée auparavant.

Cette spécificité anglaise n'est pas bien perçue ailleurs et, conformément à son obligation de garantir que la décision ne soit pas affectée par une imperfection procédurale<sup>386</sup>, le tribunal était confronté à un choix : privilégier le droit de libre représentation des parties et remplacer l'arbitre ou considérer que le tribunal était valablement formé avant la nomination dudit conseil et exclure celui-ci de la procédure d'autant plus qu'aucune partie litigante ne voulait du remplacement de l'arbitre en question. Finalement, le tribunal a opté pour une approche «premier venu, premier servi»<sup>387</sup> qui semble équitable au vu des conditions du cas d'espèce.

Dans l'affaire qui a opposé Rompetrol Group N.V. à la Roumanie (ci-après affaire Rompetrol), la partie défenderesse a demandé au tribunal de disqualifier un conseil (M. Barton Legum) de la demanderesse de la procédure arbitrale aux motifs que celui-ci avait travaillé durant quelques années (de 2004 à 2008) dans la même entreprise que l'un des arbitres. Ces liens professionnels qui n'avaient pas été divulgués par les concernés étaient, de l'avis de la défenderesse, susceptibles d'influencer l'intégrité et l'indépendance du tribunal<sup>388</sup>. De l'avis de l'autorité juridictionnelle, il n'y existait pas de tensions entre le principe d'indépendance et d'impartialité du tribunal (couplé avec celui de l'immutabilité du tribunal propre-

---

<sup>384</sup> Disponible sous <<https://essexcourt.com/about/>> (20/07/2020).

<sup>385</sup> ICSID, *Hrvatska Elektroprivreda, d. d. v. Slovenia*, p. 3.

<sup>386</sup> Ibid., p. 7.

<sup>387</sup> Sarvarian, p. 173.

<sup>388</sup> ICSID, *Rompetrol Group N.V. v. Romania, Decision of tribunal on the participation of a counsel*, Case N° ARB/06/3, 14 January 2010, p. 3.

ment constitué) et celui de libre représentation des parties litigantes<sup>389</sup>. Dans le cas où ces deux principes entrent en conflit, il appartient au tribunal de les mettre en balance et non d'établir une priorité entre ceux-ci. Par surabondance, les liens ayant existé entre le conseil et l'arbitre n'étaient pas de nature à remettre en question la capacité du tribunal ou de l'un de ses membres à exercer un jugement équitable et indépendant<sup>390</sup>. En conséquence, l'organe arbitral estime que les circonstances du cas d'espèce ne lui permettaient pas d'interférer dans le choix du conseil de la partie demanderesse.

Par ailleurs, ce tribunal a limité la portée de l'affaire *Hrvatska* en estimant que la décision de celle-ci devait plutôt être considérée comme une sanction ponctuelle contre la partie ayant omis de faire une divulgation en temps utile<sup>391</sup>. Finalement, la présence des juristes privés peut soulever des difficultés qui ne sont pas insurmontables.

Dorénavant, certains tribunaux *ad hoc* d'arbitrage (tribunaux CIRDI notamment) prennent le soin de spécifier que toute modification intervenant dans l'équipe juridique d'une partie litigante, après la constitution du tribunal, doit être autorisée par celui-ci. Une telle modification ne doit pas porter atteinte à l'intégrité de la procédure arbitrale et à l'effectivité de la sentence arbitrale: «Any proposed addition to or change to a party's legal representation must be notified promptly to the other party, ICSID and the Tribunal and should only take effect if approved by the Tribunal. The Tribunal may refuse to permit the new or additional legal representative to appear to ensure the integrity of the proceedings and the effectiveness of the final award»<sup>392</sup>.

Devant les tribunaux d'investissements, il s'est posé la question de savoir si un juriste privé <peut> agir comme agent étatique? Pour certains auteurs, le fait que les États aient délégué la défense de leurs intérêts devant les tribunaux arbitraux d'investissements à des avocats et conseils ne signifie pas ceux-ci <représentent> l'État litigant<sup>393</sup>. Une telle approche est assez restrictive et ne tient pas forcément compte de la liberté de représentation étatique et de la différence qui peut exister entre l'agent public, au sens du droit administratif et l'agent dans le cadre des

---

<sup>389</sup> Ibid., p. 9.

<sup>390</sup> Ibid., p. 12.

<sup>391</sup> Ibid.

<sup>392</sup> ICSID, *Raymond Charles Eyre and Montrose Developments (Private) Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Case No. ARB/16/25, Procedural Order N° 1, 1 June 2017, p. 7, para 8.2.

<sup>393</sup> «Today, however, States rarely appoint agents for international investment disputes. Many States, in fact, turn their investment disputes entirely over to external counsel, retaining no formal role for government lawyers», Jeremy Sharpe, *The Agent Indispensable Role in International Investment Arbitration*, ICSID Review Vol. 33, No. 3 (2018), p. 676.

procédures contentieuses internationales. D'ailleurs, des États, ont désigné des avocats et conseils comme représentants dans le cadre des règlements des différends investisseurs-États comme ce fut le cas du Kosovo<sup>394</sup>. En l'espèce, cet État était représenté par des juristes du cabinet Squire Patton Boggs LLP.

Concrètement, il existe trois modèles de représentation utilisés par les États. Primo, l'État peut décider de se faire représenter par une équipe d'avocats et de conseils internes, «in-house counsel»<sup>395</sup>. Peu d'États optent pour ce type de représentation car cela nécessite d'avoir des experts nationaux hautement qualifiés. Dans la pratique des tribunaux CIRDI, seuls les USA, le Canada, l'Espagne et l'Argentine utilisent ce modèle de représentation<sup>396</sup>. Secundo, la représentation du pays peut être confiée à des experts externes ou «outside counsel». Beaucoup d'études d'avocats se sont spécialisées dans le domaine de l'arbitrage d'investissement et proposent leurs services aux États<sup>397</sup>. Une étude menée par Anna Joubin-Bret a permis de conclure que sept (7) pays, parmi le top 10 des États défendeurs dans les procédures de règlement des litiges États-investisseurs, recourent au service des cabinets internationaux d'avocats<sup>398</sup>. Le recours à des conseils externes est peut-être la norme de nos jours<sup>399</sup>. Tertio, il existe un modèle intermédiaire entre les deux premiers modèles, une sorte d'approche hybride permettant d'associer les avocats et experts internationaux aux juristes nationaux<sup>400</sup>.

## Conclusion du chapitre I de la première partie

Ce premier chapitre nous a permis d'analyser les éléments permettant de définir les juristes privés intervenant dans le procès international, d'identifier les règles et principes de droit international régissant leur présence aux côtés des États litigants (et leur portée) et de souligner l'application que les tribunaux internationaux font de ces principes de droit international.

---

<sup>394</sup> ICSID; *Acp Axos Capital GmbH c. Republic of Kosovo*, Case No. ARB/15/22, Award, 03 May 2018, pp. 2-3.

<sup>395</sup> CIRDI, *Notes pratiques à l'intention des défendeurs dans un arbitrage CIRDI*, 2015, p. 10.

<sup>396</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>397</sup> Voir la section précédente consacrée à l'étude des cabinets d'avocats.

<sup>398</sup> Ce sont le Venezuela, la République Tchèque, l'Égypte, l'Équateur, l'Inde, l'Ukraine et la Pologne. Anna Joubin-Bret, *Establishing an International Advisory Centre on Investment Disputes?* E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2015, p. 2.

<sup>399</sup> Sharpe, *Representing a Respondent State in Investment Arbitration*, p. 46.

<sup>400</sup> Anna Joubin-Bret, p. 2; CIRDI, *Notes pratiques à l'intention des défendeurs dans un arbitrage CIRDI*, 2015, p. 10.



La définition du juriste privé en droit international est fonctionnelle: est considéré comme avocat ou conseil, toute personne désignée comme telle par un État litigant et ce, indépendamment de son affiliation ou non à un barreau national. C'est cette approche qui a été préconisée par les Principes de la Haye sur les standards éthiques pour les conseils devant les cours et tribunaux internationaux ainsi que par les tribunaux internationaux (comme la CPJI par exemple) qui se sont penchés sur la question de l'identité des personnes pouvant agir en qualité d'avocat ou conseil pour les États litigants. En comparaison et devant les juridictions pénales internationales, où l'acteur étatique n'a pas de *locus standi* par exemple, il existe des critères stricts de définition du conseil. Cela est aussi vrai en ce qui concerne les juridictions supranationales comme la CJUE. Un examen des décisions juridictionnelles internationales révèle que ces fonctions d'avocat-conseil ont été principalement exercées par des avocats (définis comme étant des juristes affiliés à un barreau national) et des conseils, c'est-à-dire des juristes qui ne peuvent justifier d'une affiliation à un barreau national. Les avocats et conseils travaillent généralement au sein de cabinets juridiques privés. En plus de ces acteurs non gouvernementaux, les fonctions d'avocat ou conseil ont aussi été exercées par des professeurs d'universités notamment devant les tribunaux judiciaires (comme la CIJ et le TIDM).

Une telle approche fonctionnelle procède du principe de libre représentation étatique qui est un principe central des relations internationales. Dans le contexte juridictionnel international, ce principe n'a pas une portée absolue car les tribunaux conservent un droit de regard sur le choix des représentants pour s'assurer que ce choix ne met pas en péril la bonne exécution de la mission confiée aux cours et tribunaux internationaux. L'existence des incompatibilités peut aussi s'analyser comme une sorte de limitation du principe de libre représentation étatique. Les juridictions internationales ont, globalement, respecté cette présence des juristes (privés) aux côtés des États. Elles ont, quelquefois, émis des critiques quant à l'opportunité d'une telle présence et se sont parfois inquiétées des problèmes que cette présence des juristes non étatiques, peut soulever. La prochaine partie de notre travail sera consacrée à l'examen de la question de leur rôle à proprement parler dans le processus du règlement des différends. Quel est leur degré de participation et quelles actions peuvent-ils poser tant dans la phase écrite que dans la phase orale de cette procédure?



## Chapitre II: Les avocats et conseils dans la procédure de règlement des différends impliquant les États

La procédure peut être définie comme un «ensemble de règles et formalités ... qu'il convient d'observer pour le bon déroulement d'une affaire, depuis la saisine de la cour jusqu'à sa décision finale»<sup>401</sup>. Cette procédure commence avec l'introduction de l'instance pour s'achever par le prononcé de la décision finale. Il existe plusieurs sortes de procédure devant les instances internationales: contentieuse, consultative, sommaire. Nous nous limiterons à l'examen des procédures contentieuses à l'exclusion des procédures sommaires et consultatives. La procédure contentieuse «organise le règlement d'un différend soumis à la cour»<sup>402</sup>. Elle comporte généralement deux phases: une phase écrite et une phase orale.

Dans le cadre de la procédure de règlement des litiges internationaux, nous avons vu que les juristes privés sont présents aux côtés des acteurs étatiques. A quel titre sont-ils présents? Autrement dit, quelles fonctions que ces juristes occupent (Section I)? Subséquemment, quels actes peuvent-ils accomplir (Section II)?

### **Section I: Définition et étendue des fonctions exercées par les avocats et conseils dans le cadre de la procédure contentieuse internationale**

Dans le procès international, le juriste est présent aux côtés de l'État soit en qualité de représentant (A) ou d'assistant étatique (B). Il s'agit de fonctions totalement différentes. Au début du siècle dernier, le juge Anzilotti, constatant une certaine confusion entre les tâches du représentant et de l'assistant étatiques, affirmait que «les gouvernements devraient avoir à l'esprit que les fonctions de l'agent et celles du conseil (sont) différentes» (c'est nous qui traduisons)<sup>403</sup>.

---

<sup>401</sup> Kdhir, p. 272.

<sup>402</sup> Ibid.

<sup>403</sup> Ligue des Nations, Comité des juristes sur le statut de la Cour permanente de Justice internationale, *Minutes de la session tenue à Genève du 11-19 mars 1929, doc. C.166. M66.1929.v.*, at 64, cité par Shabtai Rosenne, *The Agent in Litigation in The International Court of Justice* in William Kaplan et Donald McRae (eds), *Law, Policy and Interna-*

Dans le même sens, le règlement d'arbitrage CPA précise que la communication de l'identité de toutes les personnes formant la délégation officielle d'une partie litigante doit préciser si la désignation de celles-ci est faite «en vue d'une représentation ou d'une assistance»<sup>404</sup>. Qu'est-ce qui distingue alors l'agent (représentant étatique) du conseil (assistant étatique)? Quels sont les enjeux lorsque de telles fonctions sont exercées par les juristes privés?

### **A. Le juriste agissant comme représentant étatique**

Comme représentant étatique, le juriste peut agir en qualité d'agent (1) ou au nom de l'État (2).

#### *1. L'avocat-agent*

A l'occasion du procès international, les représentants des parties au litige sont généralement désignés par l'appellation «agent». Il est vrai que dans certaines affaires, le représentant étatique n'a pas été qualifié d'agent, à l'exemple de l'affaire dite des essais nucléaires où la France a désigné comme représentant un responsable de la division juridique du ministère des affaires étrangères sans que celui-ci ne soit qualifié d'agent<sup>405</sup>. Mais ces cas restent exceptionnels. Quoique fortement présent dans la terminologie juridique internationale, le terme «agent» n'a pas fait l'objet d'une définition conventionnelle. Pratiquement tous les textes relatifs au règlement des différends internationaux mentionnent la représentation des parties par un agent sans pour autant définir celui-ci.

Il faut se référer à la jurisprudence et à la doctrine pour que cette lacune soit comblée. Dans l'avis sur la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, la Cour internationale de Justice a défini l'agent des Nations Unies comme «quiconque, fonctionnaire rémunéré ou non, employé à titre permanent ou non, a été chargé par un organe de l'organisation d'exercer, ou d'aider à exercer, l'une des fonctions de celle-ci, bref, toute personne par qui l'Organisation agit»<sup>406</sup>. Cette définition est assez générale et ne concerne pas le cas spécifique du procès international. C'est un terme générique utilisé pour désigner celui qui

---

*tional Justice: Essays in Honour of Maxwell Cohen*, McGill-Queen's University Press, Montréal & Kingston/London/Buffalo, 1993, pp. 48-49, note 25.

<sup>404</sup> Art. 5 al. 3 du règlement d'arbitrage de la CPA 2012.

<sup>405</sup> Voir CIJ, *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 septembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires* (Nouvelle Zélande c. la France), recueil 1995, p. 296-297, para 30, cité par Bearman, p. 1082, note 22.

<sup>406</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif: C.I.J. Recueil 1949, p. 177.

agit pour autrui, qui est chargé de l'accomplissement d'une mission particulière qui peut être administrative, diplomatique, consulaire<sup>407</sup>.

Dans le cadre du règlement des différends internationaux, l'agent pourrait être défini comme étant le représentant officiel d'une partie dans une affaire soumise à des juges ou des arbitres. Il s'agit donc de toute personne engagée par un gouvernement aux fins de représentation devant un tribunal international<sup>408</sup>. Plus précisément et selon le dictionnaire juridique de la CIJ, l'agent doit s'entendre de «la personne habilitée à représenter un État pour le compte duquel il agit et dont il doit défendre les intérêts dans une procédure contentieuse»<sup>409</sup>. Ses fonctions excèdent, cependant, le seul cadre de la représentation. Dans le cadre de la procédure contentieuse, en effet, l'agent pourrait remplir au moins cinq rôles selon Michael Matheson<sup>410</sup>. Primo, il est le représentant officiel d'une partie litigante devant la juridiction concernée<sup>411</sup>. Il s'agit du rôle traditionnel qui lui est dévolu. Secundo, il peut directement participer à la préparation de l'argumentaire de l'affaire en question. Tertio, il peut aussi agir en qualité de chef de délégation de l'équipe chargée de préparer et présenter le cas d'espèce notamment si la délégation gouvernementale est assez importante. Quarto, il peut être impliqué dans le processus décisionnel, de l'État représenté, sur les questions ayant trait au litige. Quinto, il peut coordonner et même négocier directement avec les autres gouvernements et organisations relativement à l'affaire. En effet, l'affaire portée devant la juridiction internationale peut, en parallèle, faire l'objet de négociations diplomatiques tendant à son apurement. Il faut rappeler que «le règlement judiciaire des conflits internationaux ... n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les Parties»<sup>412</sup>. Ce qui signifie que les parties litigantes peuvent recourir aux autres moyens pacifiques dans l'optique de solutionner leur différend: c'est l'obligation de négocier<sup>413</sup>. En pareille situation, l'agent peut aussi être chargé de conduire ces négociations. A l'occa-

<sup>407</sup> Sur la définition de ces différentes catégories d'agents, voir Carlos Calvo, *Dictionnaire de droit international public et privé*, tome premier, Puttkammer & Mühlbrecht/Pedone/Guillaumin & Cie/A. Rousseau, Paris/Berlin, 1885, pp. 17-30.

<sup>408</sup> Rosenne, *The Agent in Litigation in the International Court of Justice*, p. 42.

<sup>409</sup> Kdhir, p. 30.

<sup>410</sup> Michael J. Matheson, *Practical Aspects of the Agent's role in cases before the International Court in The LPICT 1*, Kluwer Law International, Netherlands, 2002, p. 467.

<sup>411</sup> Ce rôle a été expressément consacré par la plupart des textes internationaux tels l'art 42 du Statut CIJ, art 19 du Statut de la Cour de justice de l'Union Européenne, art 23 du protocole de justice de la Cour de justice de l'Union Africaine, art 53 du règlement TIDM, art 5 du règlement d'arbitrage de la CPA.

<sup>412</sup> CPIJ, Série A, N° 22, *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, Ordonnance du 19 août 1929*, p. 13.

<sup>413</sup> *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, CIJ, Recueil 1969, p. 48.

sion des procédures juridictionnelles, il revient au gouvernement représenté de s'accorder avec son agent sur la répartition de ces différents rôles, à l'exclusion du premier qui fait l'objet d'une consécration expresse, pour permettre à ce dernier de remplir les missions qui lui sont assignées.

La fonction de représentant étatique (agent) comporte un certain nombre de caractéristiques. Tout d'abord, l'agent assure le lien entre le tribunal et l'État représenté<sup>414</sup>. A cet effet, il est celui par qui passe les communications adressées à l'État qu'il représente. «C'est par l'entremise de l'agent de l'État que la cour assure un dialogue direct entre les deux parties dans une affaire pour que les communications adressées aux parties parviennent à destination sans retard»<sup>415</sup>. C'est certainement pour cette raison que plusieurs juridictions demandent à l'agent d'élire domicile dans la ville du siège de la juridiction<sup>416</sup>. Cette présence au siège du tribunal poursuit aussi l'objectif d'assurer la présence de l'agent, sous réserve de force majeure, à toutes les sessions dudit tribunal en lien avec l'affaire pour laquelle il a été nommé<sup>417</sup>. Toutefois, l'agent n'est pas obligé de d'y résider de façon permanente ou d'y avoir l'essentiel de ses activités. Comme le rappelle Mahinga, «il est satisfait à cette obligation en élisant domicile à la représentation diplomatique de l'État concerné»<sup>418</sup>. De plus, cette exigence est quelque atténuée avec le développement des moyens de communications. Devant la CIJ par exemple, il est désormais possible d'utiliser la téléconférence sous certaines conditions<sup>419</sup>. Il faut, en outre, souligner le fait que les tribunaux

---

<sup>414</sup> Selon l'art 31 du Règlement CIJ, «Dans toute affaire soumise à la Cour, le Président se renseigne auprès des parties sur les questions de procédure. A cette fin, *il convoque les agents des parties le plus tôt possible après leur désignation, puis chaque fois qu'il y a lieu*» (C'est nous qui mettons en italiques).

<sup>415</sup> Kdhir, p. 30.

<sup>416</sup> «Ceux-ci doivent avoir au siège de la Cour un domicile élu auquel sont adressées toutes les communications relatives à l'affaire. Les communications envoyées aux agents des parties sont considérées comme ayant été adressées aux parties elles-mêmes», art. 40 al. 1 du Règlement CIJ, voir aussi art. 56 al. 1 du Règlement TIDM.

<sup>417</sup> «The agent is expected to be present in person (unless unavoidably prevented) at every public session of the Court in the contentious case for which he or she has been appointed», Rosenne, *The Law and the Practice of the International Court 1920-2005*, p. 1127.

<sup>418</sup> Mahinga, *Le Tribunal international du droit de la mer: Organisation, compétence et procédure*, p. 156; Rosenne, *The Agent in Litigation in The International Court of Justice*, pp. 58-59.

<sup>419</sup> «Après la première réunion tenue avec le président, les parties, lorsque celui-ci est de nouveau appelé à se renseigner auprès d'elles sur des questions de procédure, peuvent, si elles sont d'accord sur la procédure à suivre, l'en informer par lettre. Les vues des parties concernant la suite de la procédure peuvent également, si celles-ci en sont d'accord, être recueillies par téléconférence», cf. Instructions de procédure XIII, telles qu'amendées le

internationaux ont la possibilité d'organiser des sessions ou audiences ailleurs qu'au siège du tribunal sous réserve de certaines conditions<sup>420</sup>. Toutefois, l'hypothèse de déplacer la totalité du tribunal juste parce que l'agent d'une partie litigante est dans l'impossibilité de se rendre au siège ne semble pas réaliste.

Toujours en ce qui concerne la domiciliation de l'agent, «when physical residence at the seat of the Court for the duration the case would be both unnecessary and disproportionately demanding, a further person may be appointed (if the litigating State so chooses) to act in the place of the agent when required; such persons are often called assistant agent or deputy agent, and in most cases the appointment is notified to the Court by the agent himself»<sup>421</sup>. Ainsi, la nomination d'un agent adjoint ou co-agent peut permettre de pallier une impossibilité momentanée de l'agent de se présenter devant le Tribunal<sup>422</sup>. Une telle nomination n'est pas prévue par les textes internationaux régissant la procédure devant les tribunaux internationaux. Toutefois, il s'agit d'une pratique assez courante. Devant la CIJ par exemple, plus de la moitié des États ont procédé à la nomination de co-agents ou d'agents adjoints<sup>423</sup>. Il peut se poser la question de la répartition des rôles entre l'agent principal et le co-agent. Quelles sont les fonctions de l'agent adjoint? Dans l'hypothèse où celui-ci pose un acte, le tribunal doit-il attendre une confirmation de l'agent principal ou considérer cet acte comme engageant le gouvernement représenté? Les textes internationaux ne sont pas assez explicites sur cette question. Dans une affaire jugée par la CIJ, l'agent et le coagent d'une partie litigante exprimèrent des vues différentes sur la procédure. Ainsi, «M. Svetozar Miletić, coagent censément désigné le 9 juin 1999 par le président de la présidence de Bosnie-Herzégovine, a redit que, selon lui, il y avait eu désistement en l'affaire. Par une lettre datée du 6 octobre 2000, l'agent de la Bosnie-Herzégovine a affirmé que ni cette communication ni celle récemment reçue de l'agent de la RFY n'avaient modifié la résolution du Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine de poursuivre l'instance»<sup>424</sup>. Face à une telle di-

---

20/01/2009 et le 21/03/2013, disponible <<https://www.icj-cij.org/fr/instructions-de-procedure>> (20/07/2020).

<sup>420</sup> Voir art. 22 al. 1 Statut CIJ, art 63 Convention CIRDI, art 18 du Règlement d'arbitrage CNUDCI, article 18 du Règlement d'arbitrage CPA.

<sup>421</sup> Bearman, p. 1083.

<sup>422</sup> Le conseil peut aussi suppléer l'agent en cas d'indisponibilité momentanée de l'agent, voir CIJ, Mémoires, Détroit de Corfou, vol. 4, p. 355; Voir aussi, Gèneviève Guyomar, *Commentaire du règlement de la Cour internationale de Justice, interprétation et pratique*, Pedone, Paris, 1973, p. 194.

<sup>423</sup> Matheson, p. 468.

<sup>424</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, p. 54, para 23.

vergence, la CIJ a d'abord «constaté que la Bosnie-Herzégovine n'avait pas manifesté de manière non équivoque sa volonté de retirer sa requête»<sup>425</sup> avant de conclure «qu'il n'y avait pas eu en l'espèce désistement de la Bosnie-Herzégovine»<sup>426</sup>. L'autorité juridictionnelle a, ainsi, fait prévaloir l'avis de l'agent sur celui du co-agent. Selon certains auteurs, l'appellation «co-agent» serait réservée aux juristes seniors, principalement responsables de la présentation des arguments oraux de l'État assisté<sup>427</sup>.

On pourrait aussi concevoir l'hypothèse d'une répartition de compétences entre l'agent et le co-agent, décidée souverainement par le gouvernement représenté. En cas de doute, le Tribunal pourra toujours demander à l'entité étatique de préciser sa position<sup>428</sup>. En ce qui concerne la requête introductive d'instance, par exemple, l'article 38 du règlement CIJ exige que l'original de la requête soit signé «soit par l'agent de la partie qui l'introduit soit par le représentant diplomatique de cette partie dans le pays où la Cour a son siège, soit *par une autre personne dûment autorisée*»<sup>429</sup> (c'est nous qui mettons en italiques). Cette personne dûment autorisée peut donc être l'agent adjoint ou le co-agent. De plus, l'article 18 du règlement d'arbitrage CIRDI affirme que «Chaque partie peut être représentée ou assistée par des agents, des conseillers ou des avocats dont les noms et les pouvoirs doivent être notifiés par ladite partie au Secrétaire général, qui en informe sans délai le Tribunal et l'autre partie». Aux termes de cette disposition, la question de la répartition des compétences au sein de l'équipe gouvernementale est laissée à l'appréciation discrétionnaire du gouvernement. On pourrait donc concevoir l'hypothèse d'un avocat qui, sans être un agent, exerce des pouvoirs excédants ceux d'un assistant. La seule condition posée est d'informer le tribunal et l'autre partie litigante. L'organe arbitral se réserve le droit de réclamer la preuve de la répartition des fonctions au sein de la délégation gouvernementale.

Le juriste peut être co-agent aux côtés d'un agent principal, haut dignitaire de l'État litigant, comme ce fut le cas dans l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo avec la désignation de Me Tshimbanu Kalala en qualité de

---

<sup>425</sup> Ibid., p. 54, para 24.

<sup>426</sup> Ibid.

<sup>427</sup> Kumar et Rose, p. 898; Valencia-Ospina, «*International Courts and Tribunals, Agents, Counsel, and Advocates*», note 4.

<sup>428</sup> «Le président de la Cour a demandé au président de la présidence de préciser la position de la Bosnie-Herzégovine sur le point de savoir si l'affaire demeurerait pendante», *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, p. 52, para 19. Une telle opinion est partagée par un auteur comme Jean-Grégoire Mahinga, *Le tribunal international du droit de la mer*, p. 157.

<sup>429</sup> Voir aussi art. 54 al. 3 du règlement TIDM.



co-agent pour le compte de la république démocratique du Congo<sup>430</sup>. Le juriste peut aussi être agent principal, secondé par un agent-adjoint ou co-agent qui lui est un membre de l'administration étatique nationale à l'exemple de l'affaire <Juno Trader> dans laquelle la Guinée a désigné comme agent, conseil et avocat, M. Christopher Staker, *barrister au* barreau d'Angleterre et du Pays de Galles, Londres, Royaume-Uni, lequel était secondé par M. Octávio Lopes, chef de cabinet de la Ministre des pêches de l'État de Guinée-Bissau, en qualité de co-agent<sup>431</sup>.

Toute autre est l'hypothèse du juriste cumulant les fonctions d'agent et de conseil et/ou d'avocat: l'avocat <agent et conseil>. Tel fut le cas dans l'affaire du navire «Virginia G», où le Panama a désigné messieurs Ramon Garcia-Gallardo et Alexander Mizzi du cabinet SJ Berwin LLP ((qui a fusionné avec King & Wood Mallesons depuis le 31 juillet 2013) en qualité d'agent-conseil et de co-agent et conseil<sup>432</sup>. Pour certains auteurs, l'idée qui sous-tend une telle pratique est que l'agent en question sera chargé de développer certains arguments juridiques ou certains aspects sensibles des arguments factuels dans la partie orale<sup>433</sup>. Si tel est le cas, un cumul des fonctions d'agent et de conseil n'est pas nécessaire puisque l'agent est, par définition, qualifié pour remplir les fonctions dévolues au conseil<sup>434</sup>.

Les tribunaux opèrent toutefois une distinction <procédurale> entre les fonctions d'agent et d'avocat-conseil. Par exemple, dans une affaire où un avocat cumulait des fonctions de co-agent, conseil et avocat, le vice-président de la CIJ faisant office de président de séance fit la déclaration suivante à l'égard de cet avocat: «Je vous donne la parole, je vous demande de continuer, Maître Tshibangu Kalala, cette fois-ci en présentant votre plaidoirie au nom de votre pays. Je comprends que vous avez présenté un discours d'ouverture au nom de l'agent. Vous avez maintenant la parole en tant que coagent et conseil-avocat, représentant votre pays devant cette juridiction»<sup>435</sup>.

Une fois l'agent nommé, celui-ci sera chargé de l'exécution de tous les actes de sorte que la procédure se déroule bien et ne soit pas inutilement retardée par de

---

<sup>430</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt CIJ, Recueil 2005, p. 168.

<sup>431</sup> *Affaire Juno Trader*, arrêt, p. 17.

<sup>432</sup> Voir *affaire du navire «Virginia G» (Panama c. Guinée Bissau)*.

<sup>433</sup> Bearman, p. 1083.

<sup>434</sup> Voir R. Monaco, *Représentation et défense des parties devant les instances internationales* in Emmanuel Diez et Rudolf Bindschedler (eds), *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1980, p. 375; Matheson, p. 470.

<sup>435</sup> CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, CR 2010/3, 26 avril 2010, p. 10.

fréquents retours vers l'État représenté. Cela est souligné à l'article 40 al. 1 du Règlement CIJ en ces termes «Sauf dans les circonstances envisagées à l'article 38, paragraphe 5, du présent Règlement, tous les actes accomplis au nom des parties après l'introduction d'une instance le sont par des agents».

Par ailleurs, les actes et propos de l'agent engagent l'État représenté. Dans l'affaire *Georges Pinson (France) vs United States*, le professeur Verzijl affirmait que: «les agents doivent être considérés ... non comme de simples avocats, ayant liberté d'énoncer toutes sortes d'opinions personnelles quand bien même ces opinions seraient en contradiction avec l'opinion de leur Gouvernement, mais comme les représentants officiels de ce dernier. S'il en était autrement, l'on ne saurait jamais si l'agent expose des opinions personnelles ou bien le point de vue officiel de son Gouvernement, et les débats revêtiraient un caractère hybride et indéfinissable»<sup>436</sup>. A cet effet, la signature de l'agent est exigée pour valider toute pièce de procédure comme le rapporte l'art 52 al. 1 du règlement CIJ. De même, c'est l'agent qui devra clore la phase orale en rappelant la position défendue par le gouvernement représenté<sup>437</sup>. Cependant, il s'agit d'une délégation spéciale de pouvoir qui ne vaut que pour une affaire spécifique, «si à ce titre, la position de l'agent traduit la pratique étatique, elle n'exprime la volonté de l'État que dans l'affaire couverte par son mandat spécial»<sup>438</sup>. L'agent ne peut donc pas outrepasser ses pouvoirs et engager l'État représenté dans d'autres procédures.

Aussi, l'agent a la capacité d'exercer les fonctions des autres membres de la délégation gouvernementale notamment les fonctions des avocats et conseils. Cette interprétation découle de la formulation de l'article 42 du Statut CIJ, d'ailleurs reprise par plusieurs autres textes internationaux, selon laquelle les parties *sont représentées* par des agents et *peuvent se faire assister* devant la Cour par des conseils ou des avocats. Selon cet article, la nomination des conseils et avocats est une possibilité et non un impératif pour l'État-partie au litige. En l'absence de ceux-ci, il reviendra à l'agent de remplir les missions qui leur sont traditionnellement dévolues et qui seront exposées dans le second paragraphe. Comme le rappelle MONACO, «l'agent est par lui-même compétent pour remplir toutes les fonctions qui seraient nécessaires pour assurer, non seulement la représentation, mais aussi la défense de la partie qui l'a nommé, étant donné que la désignation des conseils ou d'avocats est une faculté, et non pas une obligation qui est imposée aux parties»<sup>439</sup>.

---

<sup>436</sup> Recueil des sentences arbitrales (RSA), *Georges Pinson (France) vs United Mexican States*, 19 octobre 1928, Vol. V, Nations Unies, 2006, p. 355, disponible sous <[http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_V/327-466.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/327-466.pdf)> (20/07/2020).

<sup>437</sup> Art. 60 al. 2 Règlement CIJ, art. 75 al. 2 Règlement TIDM.

<sup>438</sup> Santulli, p. 332.

<sup>439</sup> Monaco, p. 375.

En outre, un aspect important de la fonction d'agent réside dans le fait que celui-ci ne peut, en principe, engager sa responsabilité personnelle pour tous les actes accomplis à l'occasion du procès: cette responsabilité incombe au gouvernement représenté. L'agent, à la différence du représentant en droit international, ne bénéficie pas d'une personnalité juridique internationale distincte de celle de l'État représenté. Cet état de fait doit être toutefois nuancé pour deux raisons au moins. D'une part, le tribunal n'est pas totalement dépourvu de mécanismes permettant d'engager la responsabilité personnelle d'un avocat-agent, coupable de méconduite. Ce tribunal pourrait le faire en s'appuyant sur son pouvoir inhérent de police mentionné plus haut<sup>440</sup>. Cela pourrait ainsi avoir un impact sur l'issue du procès ou sur la réputation de l'avocat. «La violation des principes fondamentaux, lorsqu'elle est attestée, n'est pas sans conséquences pour autant. Il y a un prix à payer. Le manquement pèse sans conteste sur le délibéré. Il entache la crédibilité des affirmations avancées. Si ce manquement est relevé par la juridiction concernée, il porte atteinte à la réputation des conseils responsables dans le petit monde de la justice internationale»<sup>441</sup>. D'autre part, l'État représenté bénéficie de quelques moyens de pression vis-à-vis de son avocat-agent. «L'État dont le conseil a mis en péril la cause par un manquement aux principes fondamentaux peut lui-même exercer un recours pour faute devant ses propres tribunaux»<sup>442</sup>. La responsabilité de l'avocat-conseil fera l'objet de développements approfondis dans la seconde moitié de notre analyse<sup>443</sup>.

On pourrait enfin s'interroger sur l'opportunité de désigner un juriste privé comme agent étatique, compte tenu des implications politiques et diplomatiques de cette fonction. Dans l'affaire relative au Statut vis-à-vis de l'État hôte d'un envoyé diplomatique auprès de l'Organisation des Nations Unies, le Commonwealth de Dominique avait désigné comme agent, madame Ingrid Detter Frankopan, Professeur de droit international et Membre du barreau anglais. Selon des informations relayées par les journaux dominicains, c'est sur sa recommandation que le Commonwealth de Dominique a décidé de soumettre l'affaire à la Cour. Cette juriste avait fourni des services juridiques à cet État sur des questions relatives au droit de la représentation diplomatique. Elle avait, ainsi, estimé que cette affaire présentait un intérêt juridique considérable, notamment pour la communauté juridique internationale et les gouvernements, en ce qui

<sup>440</sup> Voir notamment Chapitre I, Section I, § 2.

<sup>441</sup> *Affaire du navire «Louisa» (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, arrêt, opinion individuelle de M. Cot, juge, TIDM Recueil 2013, pp. 119-120.

<sup>442</sup> Ibid. Un autre auteur renchérit dans ce sens en affirmant que l'agent «doit des comptes à son Etat en cas d'échec», Kdhir, p. 31.

<sup>443</sup> Voir deuxième partie, chapitre 2.

concerne la délimitation des compétences entre un État d'envoi, une organisation internationale et un État hôte de cette organisation.

Toutefois, et après la divulgation par la Suisse d'informations relatives à M. Roman Lakschin, qui était membre de la mission permanente de la Dominique auprès de l'Organisation des Nations Unies à Genève, madame Ingrid Detter Frankopan va demander à Commonwealth of Dominique de se désister. Elle fera la déclaration suivante: «if I had been aware of these facts I would not have advised the Government to file the case»<sup>444</sup>.

## 2. *L'avocat agissant au nom de l'État: le cas particulier du TIDM*

L'article 292 de la convention CNUDM consacre une forme particulière de représentation qui est l'action <au nom> d'un État. L'alinéa 2 de cet article dispose en effet que «la demande de main levée ou de mise en liberté ne peut être faite que par l'État du pavillon ou *en son nom*» (c'est nous qui mettons en italiques). Dans ce cas de figure, l'avocat-agent représentera non seulement les intérêts d'un État mais aussi ceux d'une partie privée<sup>445</sup>. Il exerce donc une double fonction. Cette situation est spécifique aux litiges relatifs au droit de la mer.

Pour mieux cerner les caractéristiques de cette procédure, il convient de se plonger dans les discussions ayant entouré l'adoption de l'article 292 CNUDM. Ainsi, le groupe de travail informel de 1975 avait admis l'idée d'une prompte mainlevée des navires détenus contre paiement d'une garantie<sup>446</sup>. Ce groupe fut confronté à la difficulté d'assurer l'équilibre des intérêts de tous les acteurs, étatiques et non étatiques, affectés par la détention du navire. A cet effet, la délégation américaine avait émis l'idée d'une approche <pragmatique> conférant un droit d'accès direct au tribunal aux parties privées notamment le propriétaire du bateau ou l'armateur<sup>447</sup>. Ainsi, ces personnes n'auraient pas besoin de recourir à l'État du pavillon pour la défense de leurs intérêts. Toutefois, une opposition à

---

<sup>444</sup> «*Dominica Government to Withdraw Case Against Switzerland at the ICJ*», The Dominican.net, Volume No. 1 Issue No. 82 – Monday June 12, 2006, disponible sous <<https://www.thedominican.net/articles/casethree.htm>> (20/07/2020).

<sup>445</sup> Cot, *Appearing <for> or <on behalf of> a State: The role of Private Counsel before International Tribunals*, p. 843.

<sup>446</sup> Shabtai Rosenne et Louis B. Sohn (eds.) Myron H. Nordquist (ed.), *United Nations Convention on the Law of Sea 1982, A Commentary*, vol. V, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1989, pp. 67-69.

<sup>447</sup> «On the question of which parties should have access to the dispute system, his delegation favoured a pragmatic approach. It believed, for example, that the owner or operator of a detained vessel should be permitted to seek directly prompt release of the vessel through summary procedures set forth in the convention», *Settlement of disputes (continued)* (A/CONF.62/WP.8, WP.9 and Add.1) 61st meeting, p. 32, para 20.

cet accès direct des personnes privées se manifesta à la quatrième conférence de 1976. Certains États ont ainsi milité pour un accès uniquement réservé aux États et non aux personnes privées (armateurs, chef d'équipage, etc.)<sup>448</sup>. D'autres représentants se firent l'écho de cette critique, que ce soit à la 58<sup>e</sup> conférence<sup>449</sup> ou à la 60<sup>e</sup> conférence<sup>450</sup>. Finalement, la proposition du Président de la Conférence, M. Amerasinghe, tentera de concilier ces deux tendances: «In case of the detention by the authorities of a Contracting Party of a vessel flying the flag of another Contracting Party, or of its crew or passengers, in connexion with an alleged violation of the present Convention, the state of the vessel's registry through a diplomatic or consular officer acting on its behalf, and the owner, operator or master of the vessel shall have the right to bring the question of detention before the Law of the Sea Tribunal unless the parties agree upon another forum, in order to secure prompt release of the vessel, its crew or passengers in accordance with the applicable provisions of the present Convention, including the presentation of a bond»<sup>451</sup>.

Cette même idée de compromis transparait dans le texte final de la Convention qui opte pour une demande faite «au nom» de l'État du Pavillon. Toutefois, cela n'a pas épuisé les questions autour de la nature de cette procédure, et cela, même au sein des membres dudit tribunal. Ainsi, le juge Treves estime que l'article 292 CNUDM, instituant la procédure de prompt mainlevée, est un compromis qui ménage le caractère intergouvernemental de la procédure tout en aménageant un droit d'agir aux personnes privées pour la défense des intérêts privés<sup>452</sup>. Pour lui, la procédure de prompt mainlevée est une forme de protection diplomatique. Il affirme ainsi que «L'article 292 de la Convention établit, à des fins limitées, une forme de protection diplomatique. En présentant une demande de mainlevée, l'État du pavillon prend à son compte une prétention d'ordre privé de personnes ayant un lien avec l'État du pavillon par le biais de la nationalité du navire. Ceci devient encore plus évident lorsque l'on prend en considération le fait que la demande peut également être présentée directement par les personnes intéressées «au nom» de l'État du pavillon»<sup>453</sup>. Toutefois,

<sup>448</sup> Voir la déclaration du représentant de l'URSS, A CONF.62/SR.58, 58th plenary meeting, para 29.

<sup>449</sup> On peut ainsi citer le royaume uni et la république démocratique allemande, A CONF.62/SR.58, 58th plenary meeting, paras 26 et 74.

<sup>450</sup> Il s'agit du Portugal, A CONF.62/SR.60, 60th plenary meeting, para 40.

<sup>451</sup> A/CONF.62/WP.9/REV.1, article 15.

<sup>452</sup> Treves, *Article 292*, p. 1890.

<sup>453</sup> *Grand prince» (Belize c. France)*, prompt mainlevée, arrêt, opinion individuelle de M. Treves, juge, TIDM Recueil 2001, p. 63, para 1. Pour les conditions d'attribution de la nationalité aux navires, voir Fedozzi, Prospero, *Les conditions juridiques des navires de commerce* in The Hague Academy of International Law (ed) *Collected Courses of the*

l'assimilation avec la protection diplomatique trouve sa limite dans le fait qu'une fois l'autorisation accordée à la personne privée pour agir au nom de l'État du pavillon, celle-ci bénéficie d'un droit indépendant de poursuivre la procédure et cela, indépendamment, des changements ultérieurs pouvant survenir quant à la nationalité du navire<sup>454</sup>. Cette assimilation est aussi mise à mal par le phénomène des navires de complaisance, c'est-à-dire des navires qui ne sont pas liés à l'État du pavillon par un lien suffisant. D'ailleurs, des auteurs vont critiquer l'analogie faite entre la nationalité des personnes et la nationalité des navires<sup>455</sup>.

Le juge Cot pense, plutôt, que la présence conjointe d'intérêts étatiques et privés brouille la différence entre litiges intergouvernementaux et litiges transnationaux<sup>456</sup>. Il va même jusqu'à qualifier ce contentieux de «fiction» compte tenu de la forte présence des acteurs et des intérêts privés dans celui-ci<sup>457</sup>. Certes, la procédure de prompte mainlevée demeure intergouvernementale compte tenu du fait que les parties possédant le *locus standi* sont les États<sup>458</sup>. Toutefois, la présence des intérêts privés (ceux de l'armateur), couplée au fait que la représentation des États est, principalement, assurée par des juristes privés incite à la redéfinition d'un nouvel «équilibre»<sup>459</sup>.

---

*Hague Academy of International Law*, vol. 10, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 1925, pp. 47-51; Richard Barnes, *Flag States* in Donald R. Rothwell *et al.* (eds), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, OUP, Oxford/New York, 2015, pp. 306-310.

<sup>454</sup> Cot, p. 846, Bernard Oxman, pp. 212-213; voir aussi le commentaire de l'article 18 du *Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs*, (A/61/10), 2006, p. 54.

<sup>455</sup> Myres Smith Macdougall et William T. Burke, *The Public Order of the Oceans: a Contemporary International Law of the Sea*, New Heaven Press/Martinus Nijhoff, New Heaven/Dordrecht, 1987, pp. 1008-1140.

<sup>456</sup> Cot, *Appearing <for> or <on behalf of> a State: The Role of Private Counsel before International Tribunals*, p. 843.

<sup>457</sup> *Affaire du navire «Louisa» (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, arrêt, opinion individuelle de M. Cot, juge, TIDM Recueil 2013, p. 117. De même, dans l'affaire *Norstar*, ledit juge estimera que la procédure présente un caractère mixte compte tenu notamment du rôle prépondérant assumé par le juriste privé, *Navire «Norstar» (Panama c. Italie)*, Exceptions Préliminaires, arrêt, déclaration de M. Cot, Juge, TIDM, recueil 2016, p. 44; Jean-Grégoire Mahinga, *Le Tribunal international du droit de la mer, organisation, compétence et procédure*, Larcier, Bruxelles, 2013, p. 155.

<sup>458</sup> «Dans le schéma prévu à l'article 292 de la Convention, c'est l'État du pavillon du navire qui dispose du titre à agir pour porter la question de la mainlevée devant une cour ou un tribunal approprié. Toute autre entité ne peut que faire une demande au nom de l'État du pavillon du navire», *Affaire du «Grand Prince»*, arrêt du 20 avril 2001, p. 38, para 66.

<sup>459</sup> *Navire Volga» (Fédération de Russie c. Australie)*, *prompte mainlevée*, arrêt, Opinion dissidente de M. Shearer, juge *Ad hoc*, TIDM Recueil 2002, p. 66, para 19.

Pour mieux cerner ce cas de figure, il convient de souligner quelques caractéristiques de cette procédure de prompt mainlevée. Il s'agit d'une procédure urgente qui est enfermée dans des délais assez courts. L'article 112 du Règlement TIDM donne un délai de 15 jours ouvrables à l'autorité juridictionnelle pour fixer une audience et l'arrêt subséquent doit intervenir dans les 14 jours suivant la clôture des débats. Cette procédure a même priorité sur toutes les autres procédures pendantes devant le Tribunal. Par cette procédure, l'État du pavillon peut autoriser une personne (pouvant être le propriétaire du navire) à faire une demande de mainlevée de l'immobilisation du navire ou de libération de son équipage «en son nom».

Pourquoi une telle procédure? Compte tenu des coûts importants que peut entraîner la détention injustifiée d'un navire, il est essentiel que le navire soit autorisé à reprendre ses activités maritimes à la condition que l'État côtier reçoive une garantie suffisante pouvant prendre la forme d'une caution ou de toute autre garantie financière<sup>460</sup>. Ce recours exceptionnel se justifie aussi par le fait que l'État du pavillon peut se désintéresser totalement de la procédure «ordinaire» compte tenu des implications de celle-ci: désignation de représentants, allocation de ressources financières, etc. On permet ainsi à une autre personne, «sur autorisation» de l'État du pavillon, d'accomplir toutes les formalités nécessaires à l'apurement du différend. Cette personne se substitue donc à l'État du pavillon mais la procédure demeure de nature interétatique puisque l'État du pavillon conserve sa qualité de partie à l'instance<sup>461</sup>.

Dans ce cas, l'avocat-agent représentera non seulement les intérêts de la partie privée (l'armateur) mais aussi ceux de l'État du pavillon. La procédure de prompt mainlevée est la plus utilisée devant le TIDM avec 09 affaires qui y sont relatives. Il y a une raison à cet état de fait. En effet, «dans les différends où les intérêts privés sont concernés, ce sont des entités privées qui interviennent et, dès lors, en dépit de l'intitulé, ce sont ces entités privées qui désignent les agents»<sup>462</sup>.

Comme nous l'avons démontré, la fonction de représentation induit une délégation importante de pouvoirs au profit de l'agent désigné avec d'importantes conséquences sur le déroulement et parfois-même l'issue du procès. On pourrait

---

<sup>460</sup> Cot, *Appearing <for> or <on behalf of> a State: The Role of Private Counsel before International Tribunals*, p. 843. Le juge Laing parle de «motivations d'humanité et des motivations économiques» justifiant l'institution de cette procédure, voir *Affaire du Grand prince (Belize c. France)*, prompt mainlevée, arrêt, opinion individuelle de M. Laing, juge, Recueil 2001, p. 61, para 9.

<sup>461</sup> Cot, *Appearing <for> or <on behalf of> a State: The Role of Private Counsel before International Tribunals*, p. 844.

<sup>462</sup> Mahinga, p. 155.

dès lors s'interroger sur l'opportunité d'opérer une telle délégation au profit d'un avocat ou conseil. Le juriste privé bénéficie certes de l'expertise juridique mais ne maîtrise pas toujours les aspects administratifs de l'État représenté tels le système judiciaire, la législation, etc. De plus, la fonction d'agent a aussi des implications politiques. Dans l'affaire du Grand Prince, par exemple, un avocat-agent a fourni des informations partielles et incomplètes en réponse aux questions du tribunal. Dans une autre affaire, l'avocat-agent est allé plus loin en fournissant des informations contradictoires<sup>463</sup>, en critiquant certaines décisions de justice rendues par les autorités nationales de l'État qu'il représentait (la Guinée-Bissau)<sup>464</sup>. Cet état de fait pose le problème de la représentativité de l'avocat-agent et/ou conseil, qui sera examiné dans la deuxième partie de notre travail.

## **B. L'avocat comme assistant de l'État**

Selon l'alinéa 2 de l'article 42 CIJ, les parties «peuvent se faire assister devant la Cour par des conseils ou des avocats». Cette fonction d'assistance étatique apparaît comme étant le rôle traditionnel du juriste privé (avocat ou conseil) (1). Il existe un cas spécifique d'assistance à savoir l'avocat assistant un gouvernement sur mandat d'une tierce partie (2). Nous verrons aussi que l'avocat peut assister un gouvernement mais en qualité de témoin (3)<sup>465</sup>.

### *1. L'avocat-conseil*

L'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci a donné lieu à un échange entre le juge Stephen Schwebel de la CIJ et Paul

---

<sup>463</sup> Selon le TIDM, «Comme il y a contradiction entre ce que le défendeur déclare au Tribunal au sujet de la législation bissau-guinéenne et ce que dit cette législation d'après ce qu'il est possible de déduire de la décision du tribunal régional de Bissau, il faut que le Tribunal fasse un choix et se rallie à l'une des deux conceptions pour examiner la question du statut du navire», *affaire du Juno Trader (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée-Bissau)*, arrêt, *Opinion individuelle émise à titre collectif par MM. Les juges Mensah et Wolfrum*, Recueil 2004, p. 59, para 6.

<sup>464</sup> Ibid.

<sup>465</sup> Le cas des juristes-experts n'a pas été inclus dans notre étude. Pour une étude approfondie de leur action devant les tribunaux internationaux, voir *inter alia*, Makane Moïse Mbengue, *International Courts and Tribunals as Fact-Finders: The Case of Scientific Fact-Finding in International Adjudication*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2011, p. 53-80; Makane Moïse Mbengue, *Between Law and Science: A Commentary on the Whaling in the Antarctic case in Questions of International Law Journal*, 2015, vol. 2, pp. 178-187; Laurence Boisson De Chazournes et Guillaume Gros, *L'expert et le Tribunal international du droit de la mer in Les 20 ans du Tribunal international du droit de la mer*, Paris, Pedone, 2018, pp. 181-201.



Reichler, du cabinet Foley Hoag et conseil de l'État de Nicaragua dans l'affaire suscitée. Le dernier déclara que «Judge Stephen Schwebel has every right to attack the International Court of Justice's judgment in the Nicaragua case and to defend his dissenting opinion. But he goes too far when he accuses Nicaragua of perpetrating a «fraud on the Court». *A response is appropriate especially from counsel cited by Judge Schwebel for «proposing, developing, and arguing Nicaragua's case»*<sup>466</sup> (c'est nous qui mettons en italiques).

Cela résume assez bien l'assistance que l'avocat-conseil peut apporter à un gouvernement litigant. De façon générale, le juriste privé assiste les États et leurs agents dans l'exécution de la mission de représentation. Il intervient «aux côtés» de l'État et pas en son nom. Ce qui implique une présence nécessaire de l'État assisté ou de son représentant durant la procédure juridictionnelle. Dans le cadre de l'assistance à l'État, l'avocat-conseil est investi d'une mission de «conseil et de défense»<sup>467</sup>. Cette assistance commence déjà avant la saisine de toute instance juridictionnelle. Le juriste peut ainsi conseiller sur les différentes possibilités juridictionnelles qui s'offrent à l'État en question. Ceci est particulièrement vrai si ledit État a l'initiative de la saisine juridictionnelle. Dans l'affaire suscitée, les conseils du Nicaragua avaient mis en exergue cet aspect de l'assistance fournie par des avocats en ces termes: «As I have previously written, prior to going to the ICJ, Nicaragua was advised by its counsel not to bring the case if it were then engaged in, or intended to engage in, the trafficking of arms to El Salvador (or anywhere else)»<sup>468</sup> (c'est nous qui mettons en italiques). Cet aspect de conseil fournit par le juriste privé aux gouvernements n'est pas assez marqué dans les litiges d'investissement où les États sont généralement défendeurs à l'instance et non demandeurs<sup>469</sup>.

L'avocat-conseil est chargé de «développer, en argumentant, les thèses présentées par les agents»<sup>470</sup>. C'est à ce niveau que leurs compétences juridiques sont le plus requises. En effet, tout différend étant juridique en ce que les prétentions des parties peuvent se fonder sur des considérations juridiques, il revient donc à ces experts juridiques de s'assurer que la position défendue par le gouvernement soit effectivement fondée en droit. Le conseil porte aussi sur les options à présenter au gouvernement concerné par rapport à une situation donnée: ils four-

<sup>466</sup> Paul S. Reichler, *The Nicaragua case: a Response to juge Schwebel* in AJIL, vol. 106, 2012, p. 316.

<sup>467</sup> Lexique des Termes Juridiques 2013, 20<sup>e</sup> éd, Dalloz, Paris, pp. 76-77.

<sup>468</sup> Reichler, *The Nicaragua case: a Response to juge Schwebel*, p. 318.

<sup>469</sup> Noah Rubins, *Particularities when Dealing with state entities* in Günther J. Horvath et Stephan Wilske (eds), *Guerrilla tactics in International Arbitration*, vol. 28, Kluwer Law International, Netherlands, 2013, p. 63.

<sup>470</sup> Mahinga, p. 157.

nissent des <avis techniques> selon l'expression de Kdhir<sup>471</sup>. Toutefois, les avis et arguments fournis par l'avocat n'engagent pas l'État en question. Ceux-ci doivent encore être validés ou approuvés par le gouvernement ou son représentant. Les juristes devront ensuite étayer la position officielle par la préparation des pièces écrites (mémoire, contre-mémoire, réplique, duplique).

D'autre part, ils assureront la défense de la position étatique à l'occasion des plaidoiries aussi: ils ont aussi un rôle de plaideur. Toutefois, ils plaident sous le contrôle du représentant officiel. L'affaire du Cameroun septentrional est assez révélatrice des pouvoirs limités du conseil, en comparaison à ceux de l'agent. En l'espèce, le professeur Prosper Weil, agissant en qualité de conseil pour le compte du gouvernement de la république fédérale du Cameroun, va rappeler au président de la Cour que seul l'agent est habilité à formuler les conclusions finales pour le compte d'une partie litigante. A cet effet, le président dira «qu'il comprend, en ce qui concerne les conclusions finales, que le conseil du Gouvernement du Cameroun se contente de maintenir la conclusion formulée dans la requête et dans les observations et conclusions sur les exceptions préliminaires du Royaume-Uni. M. WEIL répond qu'il n'a pas formulé de conclusions formelles, *seul l'agent du Gouvernement du Cameroun étant compétent pour en déposer*. Si la Cour désire des conclusions plus précises et plus formelles, les représentants du Cameroun sont à sa disposition, soit maintenant, soit à la fin de la présente procédure orale» (c'est nous qui mettons en italiques)<sup>472</sup>.

Comme le rappelle Kdhir, «même lorsque l'agent confie aux conseils le soin de plaider devant la cour, ceux-ci doivent se conformer aux arguments préalablement décidés sous l'autorité de l'agent y compris pour les éventuelles réponses que la cour peut poser aux conseils et avocats»<sup>473</sup>. En dépit de ce contrôle, ces juristes restent libres de leurs opinions<sup>474</sup>. Celles-ci n'engagent pas l'État assisté à moins que celui-ci ne se les approprie. Le juriste peut donc être en désaccord avec le gouvernement qu'il assiste. Dans un tel cas de figure, «l'honnêteté et l'éthique commandent que l'avocat ou le conseil refuse l'offre d'assistance qui lui est faite»<sup>475</sup>.

---

<sup>471</sup> «Les parties peuvent se faire assister devant la Cour de conseils. Ceux-ci sont chargés d'assister l'agent d'une partie, soit en lui donnant des avis techniques, soit en exposant tout ou partie de son argumentation», Kdhir, p. 78.

<sup>472</sup> Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, *Procès-verbaux des audiences publiques tenues au Palais de la Paix, La Haye, du 19 septembre au 3 octobre et le 2 décembre 1963*, Compte rendu 1963/1, p. 251.

<sup>473</sup> Kdhir, p. 31.

<sup>474</sup> «Les conseils des parties, contrairement à l'agent qu'est le représentant de son gouvernement, n'obligent pas l'État qu'ils assistent», *ibid.*, p. 78.

<sup>475</sup> Mahinga, p. 157.

## 2. *L'avocat présent aux côtés de l'État mais en qualité de mandataire d'une tierce partie*

L'hypothèse envisagée au point 1 est celle du juriste recruté par un gouvernement aux fins d'assistance. Il existe un autre cas de figure: celui d'un avocat recruté par une entité non étatique (entreprises ou individus, par exemple) pour assister un gouvernement à l'occasion d'une procédure juridictionnelle. Cet aspect a été souligné par Ernesto Hernandez-Lopez dans son article «Recent Trends and Perspectives for Non-State Actor Participation in World Trade Organization Disputes». L'auteur y souligne que ces juristes peuvent «assister» les gouvernements notamment à l'occasion du règlement d'un différend soumis à l'OMC. La spécificité de cette assistance provient du fait que ces juristes sont recrutés, non pas par l'État litigant, mais plutôt par des entreprises privées ou autres acteurs non étatiques dont les intérêts sont étroitement liés au litige en question. «Private firms with specific interest in a particular dispute often hire legal counsel to help formulate strategy and research factual and legal issues of a dispute»<sup>476</sup>. L'affaire *Japon-Mesures affectant les pellicules et les papiers photographiques destinés aux consommateurs* illustre bien cet état de fait<sup>477</sup>. En l'espèce, les deux parties au litige étaient le Japon et les États-Unis. Toutefois, les entreprises Kodak et Fuji étaient directement concernées par le litige<sup>478</sup>. D'ailleurs, celles-ci mirent tout en oeuvre pour que leurs voix fussent entendues à l'OMC. A cet effet, ces entreprises constituèrent des équipes juridiques (avec des juristes hautement qualifiés) pour assister les représentants gouvernementaux et ainsi, sauvegarder leurs intérêts. Par exemple, l'entreprise Fiji s'est attaché les services des juristes du cabinet *Willkie, Farr and Gallagher*<sup>479</sup>. Ceux-ci conseillèrent les gouvernements sur plusieurs aspects-clés du litige – à savoir le choix des Panélistes, la préparation des arguments juridiques, des présentations orales et des réponses à donner aux questions du Panel -et jouèrent ainsi un rôle indirect dans ce litige<sup>480</sup>. Certains auteurs s'inquiètent d'une telle présence et craignent que cela ne débouche sur une privatisation des différends interétatiques: «Allowing private counsel to represent (WTO member) governments in dispute settlement

<sup>476</sup> Ernesto Hernandez-Lopez, *Recent Trends and Perspectives for Non-State Actor Participation in World Trade Organization Disputes* in *Journal of World Trade*, Kluwer Law International, Netherlands, 2001, p. 483.

<sup>477</sup> *Japon-Mesures affectant les pellicules et les papiers photographiques destinés aux consommateurs*, Rapport du Groupe Spécial, adopté le 31 mars 1998, WT/DS44/R.

<sup>478</sup> Un journal américain aurait même titré que Kodak est perdant dans la décision ou jugement commercial de l'affaire Fuji, Jeffrey L. Dunoff, *The Misguided Debate over NGO Participation at the WTO* in *Journal of International Economic Law*, OUP, Oxford, 1998, p. 441.

<sup>479</sup> Dunoff, p. 444, note 49.

<sup>480</sup> *Ibid.*, p. 447, Hernandez-Lopez, p. 484.

proceedings might open the floodgates of private representation by powerful multinational corporations when their interests are at stake. What if tomorrow Toyota, General Motors and Mercedes started lobbying governments to allow their own lawyers to «accompany» government legal teams? Where is the line to be drawn between a private case and a public one?»<sup>481</sup>.

### 3. *L'avocat-témoin*

Dans une affaire jugée par la CIJ<sup>482</sup>, un avocat (M. Giuseppe Bisconti), conseiller des États-Unis, intervint dans la procédure mais en qualité de témoin. L'intérêt de la distinction entre la déposition d'un témoin et le plaidoyer d'un avocat/conseil se situe à plusieurs niveaux :

Tout d'abord, le témoin se doit d'être impartial: il doit dire la vérité. Même quand il est appelé par une partie litigante, il ne peut être partisan. La déclaration qu'il doit faire avant de déposer est libellée comme suit «Je déclare solennellement, en tout honneur et en toute conscience, que je dirai la vérité, toute la vérité et rien que la vérité»<sup>483</sup>. A l'opposé, l'avocat est par définition partisan même s'il doit contribuer à la manifestation de la vérité. Il a été recruté par une partie litigante et doit, dans la mesure du possible, défendre les intérêts de cette dernière. «Counsel ... is not required to be <impartial> at all, nor <independent> ... since counsel will by definition be retained, and paid, by one of the Parties. Counsel's duty is to present his Party's case, with the degree of dependence and partiality that the role implies, so long as he does so with diligence and with honesty, and in due compliance with the applicable rules of professional conduct and ethics»<sup>484</sup>. Pour résumer cette différence, un auteur estime que l'avocat-conseil <interprète> les faits tandis que le témoin les <narre><sup>485</sup>.

Ensuite, le témoin peut être contre-interrogé par la partie adverse. Ce qui n'est pas le cas avec l'avocat ou l'agent. En effet, les parties ne sont pas autorisées à se poser directement les questions au cours d'une procédure. La CIJ estime en effet que «les personnes déposant devant elle sur la base de leurs connaissances scientifiques ou techniques et de leur expérience personnelle devraient le faire

---

<sup>481</sup> Cesare Per Romano, *International Justice and Developing Countries (Continued): A Qualitative Analysis in LPICTI*, Kluwer Law International, Netherlands, 2002, p. 568. Nous examinerons la question de la privatisation du système de règlement des différends internationaux du fait de la présence des juristes privés dans la deuxième partie de notre travail.

<sup>482</sup> CIJ, *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Recueil 1989, p. 15.

<sup>483</sup> Art. 64 Règlement CIJ, art 35 règlement ICSID.

<sup>484</sup> ICSID, *Rompetrol Group N.V. v. Romania, Decision of tribunal on the participation of a counsel*, Case N° ARB/06/3, 14 January 2010, p. 8.

<sup>485</sup> Sarvarian, p. 94.

en qualité d'experts ou de témoins, voire, dans certains cas, à ces deux titres à la fois, mais non comme conseils, afin de pouvoir répondre aux questions de la partie adverse ainsi qu'à celles de la Cour elle-même<sup>486</sup>. Dans l'affaire Haya De La Torre, l'agent du Pérou (l'avocat Felipe Tudela y Barreda) a posé directement quelques questions à la partie adverse. La réponse de la Cour fut la suivante: «Il n'est pas d'usage qu'une partie pose des questions à l'autre partie dans une procédure devant la Cour. La Cour a la prérogative de poser les questions aux agents des parties»<sup>487</sup>. Le juge Greenwood va plus loin en estimant que le fait qu'«une personne appelée à traiter de faits relevant de ses connaissances propres ou à exposer son avis d'expert sur des données scientifiques intervienne devant la Cour en qualité de conseil revient à contourner ces dispositions du Règlement et, pour reprendre les mots de sir Arthur Watts, à brouiller de manière inadmissible la distinction entre déposition et plaidoyer (Arthur Watts, «Enhancing the Effectiveness of Procedures of International Dispute Settlement», in J. A. Frowein et R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, p. 29-30)»<sup>488</sup>. De plus, l'avocat-conseil/agent a aussi la possibilité d'interroger ou de contre-interroger le témoin.

Comme l'avocat-agent et l'avocat-conseil, l'avocat-témoin bénéficie de certains privilèges et immunités. *Prima facie*, cela ne transparait pas à la lecture de l'article 42 al. 3 CIJ qui limite ces privilèges et immunités aux seuls agents, avocats et conseils<sup>489</sup>. Toutefois, la résolution 90 (I) du 11 décembre 1946 des Nations Unies étend ces privilèges aux experts et témoins nommés par la Cour. «Les témoins, les experts et les personnes accomplissant des missions sur ordre de la Cour jouissent, pendant la durée de leur mission, y compris le temps passé en voyage pour l'accomplissement de leurs missions, des privilèges et immunités prévus à l'article VI, section 22 de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies»<sup>490</sup>. Il semble que les témoins des parties (et donc l'avocat-

<sup>486</sup> *Usines des pâtes à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt CIJ, recueil 2010, p 72, para 167.

<sup>487</sup> CIJ, «Affaire Haya de la Torre, Procès-verbaux des séances publiques tenues au Palais de la paix», La Haye, 15 mai 1951, p. 151.

<sup>488</sup> CIJ, *Usines des pâtes à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, opinion individuelle de M. le juge Greenwood, recueil 2010, p. 231, para 27.

<sup>489</sup> L'article 42 al. 3 Statut CIJ dispose à cet effet que les «agents, conseils et avocats des parties devant la Cour jouiront des privilèges et immunités nécessaires à l'exercice indépendant de leurs fonctions».

<sup>490</sup> Résolution 90 (I) de l'Assemblée Générale des Nations Unies portant sur les Privilèges et immunités des membres de la Cour internationale de Justice, du Greffier, des fonctionnaires du Greffe, des assesseurs, des agents et conseils des parties ainsi que des témoins et des experts, disponible sous <<https://www.icj-cij.org/fr/autres-textes/resolution-90>> (20/07/2020).

témoïn) ne soient pas concernés par de tels avantages. Pour l'inclusion des témoins des parties, il faut se tourner vers l'article 22 convention CIRDI qui ne différencie pas entre les témoins nommés par l'autorité juridictionnelle et ceux nommés par les parties et semble étendre les privilèges et immunités diplomatiques à ces deux catégories de témoins. Selon cet article, les «dispositions de l'article 21 {qui sont relatives aux privilèges et immunités dont bénéficient les membres du Centre} s'appliquent aux personnes participant aux instances qui font l'objet de la présente Convention en qualité de parties, d'agents, de conseillers, d'avocats, de témoins ou d'experts». Une telle interprétation est confirmée par la pratique de ce tribunal. Dans l'affaire *Libanaco c. Turquie*, en effet, la partie défenderesse était accusée d'interférer dans les relations entre la demanderesse, ses représentants légaux et les témoins potentiels. Selon cette dernière, un avocat, devant intervenir dans la procédure en qualité de témoin, a finalement préféré ne pas y intervenir par peur des représailles de la partie adverse. Le tribunal a estimé que ces allégations affectaient les immunités et privilèges qui sont accordés aux parties, à leurs représentants et témoins et a demandé à la demanderesse de fournir une liste des personnes qu'elle estimait couverte par ces dispositions des articles 21 et 22 Convention CIRDI<sup>491</sup>. En conclusion, il faut retenir que «les mêmes privilèges et immunités sont reconnus aux témoins, experts et autres personnes accomplissant des missions dans l'intérêt des parties en litige devant le Tribunal»<sup>492</sup>.

## **Section II: Les actes de procédure accomplis par ces professionnels du droit**

La procédure de règlement des litiges internationaux comprend généralement deux phases distinctes: une phase écrite et une phase orale<sup>493</sup>. Celles-ci sont caractérisées par l'influence sans cesse grandissante des juristes privés qui y jouent un rôle majeur. La CPA a rappelé ce rôle à l'occasion de l'affaire *Yukos* en ces termes: «The stakes were high and, if Claimants were thorough and vigorous in pressing their claims, Respondent was no less thorough and vigorous in presenting its defences. The thousands of pages of written pleadings and exhi-

---

<sup>491</sup> ICSID, *Libanaco Holdings Co. Limited c. Republic of Turkey, Case N° ARB/06/8, Decision on preliminary issues*, 23 June 2008, p. 41, para 82.

<sup>492</sup> Mahinga, *Le statut du tribunal international du droit de la mer, commentaire article par article*, p. 62.

<sup>493</sup> Art 43 Statut CIJ, art 44 Règlement TIDM, art 29 Règlement d'arbitrage ICSID. La Convention pour le règlement des différends internationaux du 29 juillet 1899 parle plutôt d'«instruction» et de «débats» en son article 39. Au niveau de l'OMC, il est plutôt question de communications écrites et d'arguments oraux (art 9 al 2, art 15 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends).

bits submitted by the Parties, the myriad requests for production of documents, the Tribunal's lengthy procedural orders, the ten days of hearings in The Hague in the fall of 2008 on Respondent's objections to jurisdiction and admissibility, the 21 days of Hearings on the Merits in The Hague in the fall of 2013, all demonstrate the importance which both sides attached to this arbitration. The Parties litigated vigorously. *Each Party was represented by eminent counsel. The quality of the written and oral pleadings was outstanding. Counsels of both Parties are commended for their high professionalism*<sup>494</sup> (c'est nous qui mettons en italiques).

Ces deux aspects de la procédure ne poursuivent, toutefois, pas les mêmes buts. La phase écrite « permet de soumettre l'ensemble de la documentation et d'argumenter le contentieux dans le détail »<sup>495</sup> tandis que celle orale vise à « faire la synthèse des aspects saillants afin que les juges ne sombrent pas dans les abysse de la pléthore. C'est également l'occasion de réagir aux arguments de la partie adverse en laissant tomber telle ou telle conclusion ou en l'ajustant »<sup>496</sup>. Les buts de ces deux phases, tout en étant différents sont complémentaires.

### A. Dans le cadre de la procédure écrite

La procédure écrite comprend la communication à juge (ou arbitre) et à partie des mémoires, contre-mémoires et, éventuellement, des répliques, ainsi que toute pièce et document à l'appui (art 43 al 2 Statut CIJ, art 44 à 53 du règlement CIJ). Selon Kolb, ces documents peuvent être regroupés en 2: les pièces contenant les arguments de fait et de droit des parties (1) et les pièces de preuves justificatives (2).

#### 1. Les pièces contenant les arguments de droit et de fait des parties

La phase écrite revêt une importance particulière dans la procédure de règlement des différends dans la mesure où les différentes productions écrites des parties permettront au tribunal de se faire une première impression sur le fait litigieux<sup>497</sup>. Ces pièces peuvent être regroupées en deux catégories: les mémoires,

---

<sup>494</sup> PCA case No. AA 227, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. The Russian Federation*, p. 577.

<sup>495</sup> Kolb, p. 987.

<sup>496</sup> Ibid.

<sup>497</sup> «The court's approach to the hearings and to the adjudication will be influenced by preliminary views formed in reviewing the memorials of the parties, the documentary and testimonial evidence, and the legal authorities tendered in support for their respective positions», Guillermo Aguilar-Alvarez, *Effective Written Advocacy* in R. Doak Bishop et Edward G. Kehoe (eds), *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2<sup>e</sup> ed., Juris Net, New York, 2010, p. 195.

contre-mémoires, répliques et dupliques (a) et les déclarations de témoins et les rapports d'experts (b).

*a. Les mémoires, contre-mémoires, répliques et dupliques: la plaidoirie écrite*

Le mémoire «contient un exposé des faits sur lesquels la demande est fondée, un exposé de droit et les conclusions»<sup>498</sup>. Il émane généralement de la partie demanderesse ou des deux parties dans le cadre d'une procédure introduite par notification de compromis<sup>499</sup>. Le mémoire de la partie défenderesse est qualifié de contre mémoire. Celui-ci contient» la reconnaissance ou la contestation des faits mentionnés dans le mémoire; le cas échéant, un exposé additionnel des faits; des observations relatives à l'exposé de droit contenu dans le mémoire; un exposé de droit en réponse; et les conclusions»<sup>500</sup>. Les parties litigantes peuvent, sur autorisation de l'autorité juridictionnelle, produire aussi des répliques et dupliques. Celles-ci doivent contenir des informations additionnelles et ne se contenter de répéter les arguments et informations déjà présents dans les premiers documents<sup>501</sup>.

Les documents écrits doivent être rédigés de manière succincte et précise en évitant autant que faire se peut les répétitions inutiles. Toutefois, les conseils des parties ont très souvent tendance à faire feu de tout bois en développant de manière trop étendue les arguments ou en invoquant toute sorte d'arguments. Cela, d'une part, certainement pour montrer à la partie représentée qu'ils effectuent diligemment leur travail<sup>502</sup>. D'autre part, la longueur des documents dans le domaine de l'arbitrage d'investissement pourrait s'expliquer par une raison structurelle: le manque de cohérence et de prévisibilité des décisions arbitrales<sup>503</sup>. Ainsi, le fait que certaines questions juridiques n'aient pas été définitivement tranchées, pousse certains conseils à intégrer dans leur argumentation juridique une multiplicité d'informations concernant décisions juridiques précédemment rendues afin d'augmenter les chances de succès<sup>504</sup>. Ce qui n'est pas toujours bien perçu par les tribunaux internationaux. C'est ainsi que dans les instructions

---

<sup>498</sup> Art. 49 al. 1 du Règlement CIJ, art 62 al. 1 Règlement TIDM, art 31 al 3 Règlement ICSID, art 20 al 2 Règlement CNUDCI, art 20 al 2 Règlement CPA.

<sup>499</sup> Art 46 al 2 Règlement CIJ.

<sup>500</sup> Art 49 al 2. Règlement CIJ.

<sup>501</sup> art 49 al 3. Règlement CIJ.

<sup>502</sup> Kolb, p. 1000.

<sup>503</sup> UNCITRAL, *Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Note by the Secretariat*, Thirty-sixth session, Vienna, 27 November-1 December 2017, A/CN.9/WG.III/WP.142. P. 6.

<sup>504</sup> UNCTAD, *IIA Issues Note – Reform of Investor-State Dispute Settlement: In search of a Roadmap*, No 2, June 2013, p. 4, disponible sous <[https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf)> (20/07/2020).



de procédure de la CII, les litigants sont invités à produire des documents succincts et clairs. Selon l'instruction de procédure III, «Les parties sont très instamment priées de veiller à ce que leurs écritures soient aussi concises que possible, dans des limites compatibles avec une présentation exhaustive de leurs positions. Au vu d'une tendance excessive à la multiplication et à l'allongement des annexes aux pièces de procédure, les parties sont, en outre, instamment priées d'opérer une sélection rigoureuse des documents qu'elles annexent»<sup>505</sup>. Au niveau de l'arbitrage d'investissement aussi, la tendance est aussi à un encadrement de la taille des pièces de procédure. Dans ce sens, le CIRDI propose que le mémoire et le contre mémoire n'excèdent pas 200 pages chacun tandis que la réplique et la duplique doivent mesurer 100 pages au maximum<sup>506</sup>. Pour mieux cerner le contexte de ces propositions, il faut se rappeler que, dans l'affaire *Generation Ukraine Inc. Vs Ukraine*, le tribunal arbitral a reproché à la partie demanderesse d'avoir produit des écrits «alambiqués, répétitifs et juridiquement incohérents. Ce qui a obligé le défendeur et le Tribunal à examiner une myriade de questions factuelles qui se sont ultimement révélées être sans rapport avec aucune plausible théorie légale de compétence, de responsabilité ou de réparation» (c'est nous qui traduisons)<sup>507</sup>. Cela nécessite une expertise que ne possèdent pas toujours les fonctionnaires des gouvernements représentés notamment les pays en développement. A titre illustratif, dans l'affaire *CDC vs Republic Seychelles*<sup>508</sup>, le gouvernement seychellois a opté pour une représentation par les membres de son administration publique (le département des affaires juridiques plus précisément) avec comme chef de délégation Mr. Anthony Francis Tissa Fernando, procureur général de la république de Seychelles. Ce choix de représentation ne s'est pas avéré payant car les documents produits par cette équipe n'étaient pas d'une très bonne qualité. Un auteur, commentant cette affaire, a critiqué ce gouvernement pour avoir produit un contre mémoire négligemment rédigé qui a dû être repris intégralement avec des arguments qui ont par la suite été retirés<sup>509</sup>. Par exemple, «le contre-mémoire de la République (de Seychelles) n'était pas conforme aux instructions données par le Tribunal lors de sa première session en ce sens qu'il n'était pas accompagné de déclarations écrites de témoins et de rapports d'experts sur

---

<sup>505</sup> Instruction de procédure III.

<sup>506</sup> Proposition d'amendement des règlements CIRDI-document de travail, volume 3, ICSID Secrétariat, 02 Aout 2018, p. 314.

<sup>507</sup> ICSID, *Generation Ukraine Inc. Vs Ukraine*, Case N° ARB/00/9, Award, 16 Septembre 2003, p. 96.

<sup>508</sup> ICSID, *CDC Group PLC vs Republic of Seychelles*, Case N° ARB/02/14, Award, 17 Décembre 2003.

<sup>509</sup> Sarvarian, p. 169.

lesquels la République avait l'intention de s'appuyer. Le Tribunal a ordonné à la République de fournir rapidement ces déclarations et rapports»<sup>510</sup>(c'est nous qui traduisons). La longueur des pièces de procédure peut rallonger la durée de la procédure et, corolairement, avoir un impact sur le cout de celle-ci<sup>511</sup>.

Le problème central est celui du contenu de ces différentes pièces écrites. Un constat préalable s'impose pour dire que les textes relatifs à la procédure devant les instances internationales ne contiennent pas de provisions suffisamment détaillées encadrant la rédaction de documents écrits de qualité. A cet effet, l'alinéa 4 de l'article 49 Règlement CIJ se borne à relever que «Toute pièce de procédure énonce les conclusions de la partie qui la dépose, au stade de la procédure dont il s'agit, en les distinguant de l'argumentation, ou confirme les conclusions déjà présentées»<sup>512</sup>. Dans ses Instructions de Procédure, cette juridiction déclare, en outre, que «Chacune des parties, lors de la rédaction de chaque pièce de procédure, doit avoir à l'esprit le fait que celle-ci a pour objet non seulement de répondre aux conclusions et moyens de la partie adverse, mais encore et surtout de présenter de manière claire les conclusions et moyens propres à son auteur. Cela étant, chaque partie doit faire figurer dans la conclusion de ses pièces de procédure un bref résumé de son argumentation»<sup>513</sup>.

De son côté, le règlement CPA rappelle que le mémoire en demande doit comporter des éléments tels que les noms et coordonnées des parties, un exposé des faits présentés à l'appui de la demande, les points litigieux, l'objet de la demande et les moyens ou arguments de droit invoqués à l'appui de la demande<sup>514</sup>. Et le mémoire en défense (ou contre-mémoire) doit répondre «aux alinéas b) à e) du mémoire en demande (article 20, paragraphe 2). Il devrait, dans la mesure du possible, être accompagné de toutes pièces et autres preuves invoquées par le défendeur ou s'y référer»<sup>515</sup>. Ce règlement permet, en outre, au défendeur, sur décision du tribunal de «former une demande reconventionnelle ou une demande en compensation, à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître»<sup>516</sup>. Le règlement TIDM contient des dispositions similaires à celui de la CIJ. Le TIDM confère en plus au tribunal une compétence pour «établir des lignes directrices conformes au présent Règlement concernant tout aspect de sa procédure, y compris la longueur, le format et la présentation des pièces de procédure écrite et orale ainsi que l'utilisation de moyens de communication

---

<sup>510</sup> ICSID, *CDC Group PLC vs Republic of Seychelles*, p. 8.

<sup>511</sup> *Infra*, Deuxième partie, Chapitre 1, section 2.

<sup>512</sup> Voir aussi art 62 para 4 Règlement TIDM.

<sup>513</sup> Instructions de Procédure II.

<sup>514</sup> Art. 20 al 2 Règlement CPA.

<sup>515</sup> Art. 21 al 2 Règlement CPA.

<sup>516</sup> Art. 21 al 3 règlement CPA.

électronique»<sup>517</sup>. Ces dispositions sont assez générales et ne peuvent servir de lignes de conduites directrices à l'égard des gouvernements en vue de la rédaction d'excellents documents écrits. Cela s'explique aussi par la diversité des traditions juridiques des États représentés et l'impossibilité de prévoir, par anticipation, la complexité des litiges. De plus, ces compétences rédactionnelles ne peuvent légitimement s'acquérir que par la pratique. Dans l'excellent ouvrage <The Art of Advocacy in International Arbitration><sup>518</sup>, les praticiens donnent des directives et conseils pour l'élaboration de documents cohérents à même de traduire, de façon claire et sans équivoque, les positions des gouvernements litigants. La contribution majeure de l'avocat devrait consister à trouver le <point d'intersection> entre les faits et la loi afin d'obtenir le résultat recherché par le client<sup>519</sup>: «The purpose of written pleadings is to present in substance the whole of a party's case together with all the relevant documents, maps and witness statements. But it is not the function of a written pleading to present purely argumentative or rhetorical material. Unfortunately, it is not uncommon for written pleadings to be presented in an overwritten – indeed at times hysterical – style. No doubt there can be legitimate differences in forensic taste, but (in my opinion) the written pleadings are better and more effective if they are relatively understated. They need to express the party's case, and to do so clearly, convincingly and without equivocation. But they do not need to pour abuse on the other side or to use language, which is overblown or unsustainable. A feature of written pleadings is that they can be and often are read and reread by the tribunal. In the context of such rereading, and of the repeated study of key arguments, passages which are moderate in tone and which are clearly expressed tend to be more effective»<sup>520</sup>.

Outre ces considérations formelles relatives à la rédaction des documents de la plaidoirie écrite, on peut aussi souligner la participation de ces juristes dans le choix et l'organisation des arguments. En matière d'arbitrage d'investissement, un reproche formulé à l'encontre des juristes privés est le choix d'une approche «all-or-nothing» dans la présentation des arguments<sup>521</sup>. Selon Ugo Draetta, cette présentation groupée a, comme conséquence principale, l'obligation pour

<sup>517</sup> Art. 50 règlement TIDM.

<sup>518</sup> R. Doak Bishop et Edward G. Kehoe (eds), *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2<sup>e</sup> ed., Juris Net, New York, 2010.

<sup>519</sup> Guillermo Aguilar-Alvarez, *Effective Written Advocacy*, p. 203.

<sup>520</sup> James Crawford, *Advocacy Before International Tribunals in State-to-State cases in R. Doak Bishop et Edward G. Kehoe (eds), The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2<sup>e</sup> ed., Juris Net, New York, 2010, p. 303.

<sup>521</sup> Ugo Draetta, *Counsel as Client's First Enemy in Arbitration?* JurisNet, New York, 2014, pp. 9-19.

le tribunal d'apporter une réponse unique à plusieurs aspects du litige qui ne sont pas forcément liés. Cette démarche peut concerner le juriste agissant pour le demandeur ou le défendeur. Dans le cas du demandeur, celui-ci formule généralement plusieurs prétentions dans son mémoire. Si son conseil opte pour une approche «all-or-nothing», celles-ci seront liées entre elles avec des fondements juridiques identiques. Une telle démarche est particulièrement risquée car dans l'hypothèse où une seule de ces prétentions n'est pas fondée, le tribunal devra les écarter toutes alors qu'en formulant des prétentions autonomes, les unes par rapport aux autres, le conseil minimiserait les risques de rejet de toutes les prétentions. Du côté du défendeur, une telle approche peut consister à fonder le contre-mémoire essentiellement sur des arguments procéduraux ou de forme pour rejeter les prétentions du demandeur sans pour autant consacrer suffisamment de temps à développer alternativement des arguments de fond dans l'hypothèse où les arguments de forme ne prospèrent pas. Ces arguments de forme peuvent concerner l'incompétence du tribunal, la nullité d'un contrat, l'invalidité d'une clause arbitrale, des prétentions du demandeur faites hors délai, etc. Toujours selon cet auteur, les juridictions sont assez hésitantes à rejeter des prétentions en se fondant exclusivement sur des aspects formels<sup>522</sup>. Dans une affaire où le demandeur avait soumis une prétention après le délai prévu, le tribunal a développé une théorie dite de «constructive notice» pour dire que même si, elle avait été faite hors-délai, cette prétention était valide d'autant plus que le défendeur avait été informé de celle-ci par le biais des communications entre parties. La prétention du demandeur a finalement prospéré car le défendeur avait basé l'essentiel de son argumentation sur les considérations formelles et ne s'était pas suffisamment penché sur le bien-fondé de cette prétention.

*b. Les déclarations de témoins et les rapports d'experts*

Ces documents (déclarations de témoins et rapport d'experts) constituent la «plaidoirie écrite invisible». Ceux-ci doivent apporter une valeur ajoutée réelle aux mémoires et autres documents de plaidoiries écrites. Le témoin doit être distingué de l'expert en ce sens que le témoignage du premier s'appuie sur sa propre perception des faits, ce qu'il a lui-même «vu, entendu ou fait» tandis que le second analyse les faits à la lumière sur ses connaissances techniques et scientifiques. Cependant les deux sont souvent désignés par le vocable témoins avec une précision supplémentaire: témoins de faits pour le premier et témoin-expert pour le second.

En amont de la préparation proprement dite, le juriste devra déjà s'employer identifier et à rencontrer les personnes susceptibles d'être des témoins, à les

---

<sup>522</sup> Ibid.

écouter et enfin décider si celles-ci peuvent contribuer, par leurs déclarations, à renforcer la thèse défendue par le gouvernement représenté<sup>523</sup>. Après ces échanges préalables, visant aussi à vérifier la véracité et la pertinence des déclarations de témoins, interviendra la préparation proprement dite. Celle-ci concernera tant la préparation de l'attestation du témoin (*witness statement*) que la préparation de celui-ci à la procédure d'interrogatoire et de contre-interrogatoire, cette dernière phase sera examinée dans le cadre de la procédure orale.

Cette attestation (encore appelée *witness statement*) à l'avantage « de permettre à l'autre partie et aux arbitres (ou juges) de se faire une idée de ce qu'il va dire à l'audience »<sup>524</sup>. Par ailleurs, celle-ci vient en soutien des prétentions d'une partie. Cette déclaration est rédigée par le juriste car « celle-ci doit revêtir une forme particulière dont le témoin n'a pas connaissance le témoin et vers laquelle l'avocat doit le guider »<sup>525</sup>. Il peut exister un risque d'influence du témoin par le juriste rédigeant cette déclaration en ce sens que ce dernier peut vouloir orienter cette déclaration dans un sens qui lui est favorable. Mais ce risque sera « neutralisé par le droit de l'autre partie de procéder à la cross examination »<sup>526</sup>. L'Association internationale du barreau (AIB) a édicté des règles qui pourraient inspirer les juristes dans la rédaction des déclarations de témoin ou d'expert<sup>527</sup>.

## 2. L'administration des éléments de preuve

La preuve est la « démonstration de la réalité d'un fait »<sup>528</sup>. L'administration de la preuve dans le procès international repose sur le principe *onus probandi incumbit illi qui agit* signifiant que la partie qui allègue un fait doit fournir la preuve de cette allégation. C'est un principe constant en droit international et la CIJ l'a rappelé CIJ à plusieurs occasions : « la Cour considère que, selon le principe bien établi *onus probandi incumbit actori*, c'est à la partie qui avance certains faits d'en démontrer l'existence. Ce principe, confirmé par la Cour à maintes reprises ... s'applique aux faits avancés aussi bien par le demandeur que par le dé-

<sup>523</sup> Ordre des avocats de Paris, *Rapport et projet de résolution sur « Le témoin dans l'arbitrage international- préparation et production »*, p. 10.

<sup>524</sup> Fabio Bortolotti, *La preuve par témoins vue par l'arbitre international* in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage, Actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 131.

<sup>525</sup> Ordre des avocats de Paris, *Rapport et projet de résolution sur « Le témoin dans l'arbitrage international- préparation et production »*, p. 10.

<sup>526</sup> Bortolotti, p. 132.

<sup>527</sup> IBA, *Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international*, adopté par résolution du conseil de l'IBA du 29 mai 2010, articles 4 al. 5 et 5 al. 2.

<sup>528</sup> Kdhir, p. 265.

fendeur»<sup>529</sup>. Il faut souligner la différence d'approche en matière de production de preuves entre les pays de Common Law et ceux de Civil Law. Les premiers ont une approche extensive tandis que les seconds privilégient une approche restrictive. «Alors que dans les pays de droit continental, les parties n'ont en principe pas d'obligation de produire de documents défavorables à leur action ..., sachant que, si des procédures visant à obliger une partie à produire des documents existent, celles-ci sont généralement difficiles à mettre en œuvre, dans les pays de Common Law au contraire, toutes les parties doivent se soumettre à des procédures très spécifiques de «discovery» ou «disclosure» et ont dans ce cadre l'obligation de produire les documents sollicités, à certaines conditions, par la partie adverse, y compris ceux qui leur seraient défavorables»<sup>530</sup>.

Devant les juridictions internationales, la tendance est à l'augmentation des documents de preuve. Devant la CIJ par exemple, l'on estime entre 5000 et 7000 le nombre de pages de documentation soumises par chaque partie litigante<sup>531</sup>. L'affaire *Barcelona Traction* détient le record du plus grand nombre de pages soumises par les litigants. Dans cette affaire, les documents écrits ont atteint 18 000 pages<sup>532</sup>, les plaidoiries ont pesé jusqu'à 25 kilogrammes et le nombre total de tous les documents (annexes comprises) atteignait 66 776 pages<sup>533</sup>. Les juristes privés jouent un rôle essentiel dans cette abondance d'éléments de preuve car ils essaient de démontrer leur diligence à l'État représenté. Pour cela, ils font flèche de tout bois en étoffant autant que peut se faire, les arguments développés par des preuves<sup>534</sup>. L'analyse des éléments de preuve soulève deux questions relatives d'une part à leur authenticité et la contribution des juristes privés dans la collecte et l'administration des preuves.

La procédure devant les tribunaux internationaux étant essentiellement accusatoire, la preuve occupe une place essentielle dans le processus décisionnel. Dans certains litiges, l'élément probatoire a même eu une importance décisive dans la décision rendue. Ainsi, la question de l'authenticité des éléments de preuve est cardinale si l'on ne veut pas assister à des décisions biaisées. Dans ces conditions, quelle doit donc être la diligence qui est attendue du juriste

---

<sup>529</sup> *Usines des pâtes à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, CIJ, recueil 2010, p. 71, para 162.

<sup>530</sup> Centre De Médiation Et D'arbitrage Près La Chambre De Commerce Franco-Arabe, *Éthique dans la conduite et la gestion de l'arbitrage* in Bertrand Moreau (dir.), *L'arbitrage institutionnel en France*, Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 43-44.

<sup>531</sup> Stefan Talmon, *Article 43* in Zimmermann *et al* (eds), *The Statute of the International Court of Justice*, p. 1116; Kolb, p. 991.

<sup>532</sup> Talmon, p. 1116.

<sup>533</sup> *Ibid.*, p. 1116, note 211.

<sup>534</sup> Kolb, p. 991.

privé? Jusqu'où doit-il aller, afin de s'assurer de l'exactitude des documents fournis par son État mandataire? L'exactitude peut concerner les documents de témoins, d'experts ou autres documents fournis par l'État représenté. La question est difficile. Selon les lignes directrices de l'IBA, le représentant d'une partie litigante (un juriste privé dans notre cas) «ne doit pas sciemment communiquer au Tribunal Arbitral des informations inexactes quant aux faits de la cause»<sup>535</sup> et ne doit pas «soumettre, que ce soit par un Témoin ou un Expert, une preuve qu'il ou elle sait être inexacte»<sup>536</sup>. Les principes de La Haye abondent aussi dans ce sens<sup>537</sup>. Comment s'assurer de la «connaissance» du juriste quant au caractère exact ou inexact des informations relatives aux faits de la cause ou des preuves? Doit-il automatiquement vérifier toutes les informations et documents soumis par l'État représenté? D'une part, il faut rappeler que le juriste privé, présent aux côtés des gouvernements, n'a pas toujours accès aux documents. Car le différend en question peut nécessiter d'avoir accès à des documents et informations sensibles pour un gouvernement et l'avocat-agent/conseil peut y avoir un accès limité<sup>538</sup>. En conséquence, le juriste ne peut pas toujours s'assurer, par lui-même de l'authenticité des documents qu'il invoquera en soutien à ses arguments. Deux affaires jugées par la CIJ sont explicites à ce sujet. Dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, l'une des questions à trancher par la Cour concernait les relations existantes entre le gouvernement de Nicaragua et les insurgés à El Salvador: Le gouvernement nicaraguayen avait-il fourni des armes aux insurgés? Le gouvernement a affirmé n'avoir pas fourni de soutien auxdits insurgés et fournira certaines preuves au soutien de cette thèse. Parmi celles-ci, figuraient notamment un affidavit du ministre des affaires étrangères nicaraguayen de l'époque, M. Father Miguel d'Escoto affirmant que son «gouvernement ne participe pas et n'a jamais participé à la fourniture d'armes ou autres approvisionnements à l'une quelconque des factions opposées dans la guerre civile au Salvador»<sup>539</sup>. D'autres

<sup>535</sup> Ligne Directrice n° 9.

<sup>536</sup> Ligne Directrice n° 11 des lignes directrices de l'IBA sur la représentation des parties sur la représentation des parties dans l'arbitrage international.

<sup>537</sup> «Counsel shall present evidence in a fair and reasonable manner and shall refrain from presenting or otherwise relying upon evidence that he or she knows or has reason to believe to be false or misleading», Principe 6. 1 des Principes de La Haye sur les standards éthiques pour conseils apparaissant devant les cours et tribunaux internationaux.

<sup>538</sup> Rubins, *Particularities when Dealing with State Entities*, p. 83.

<sup>539</sup> Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Volume 1, Plaidoiries relatives à la demande en indication de mesures conservatoires, Procès-Verbaux des audiences publiques, les 25 et 26 avril et le 10 mai 1984, p. 141.

déclarations de représentants gouvernementaux vinrent confirmer cette thèse<sup>540</sup> qui a finalement été fragilisée par les déclarations de l'un des leaders de la guérilla salvadorienne au secrétaire général de l'ONU, Boutros Boutros Ghali<sup>541</sup>. Toutefois, la Cour rendit, entretemps, sa décision sur cette question et affirma ne pas disposer «d'éléments suffisants pour pouvoir conclure avec certitude que, depuis les premiers mois de 1981, l'opposition armée au Salvador ait continué à recevoir, du territoire du Nicaragua, une assistance appréciable ou même que le Gouvernement du Nicaragua soit, pour l'une ou l'autre de ces périodes, responsable des envois d'armes»<sup>542</sup>. Il semble que les conseils du Nicaragua n'étaient pas au courant de cette dissimulation d'informations. Dans un article, Paul Reichler affirmera que le Nicaragua avait été avisé de ne pas porter l'affaire devant la CIJ s'il s'était livré à un trafic d'armes à destination des insurgés au Salvador<sup>543</sup>. C'est avec l'assurance de l'État nicaraguayen que ces conseils s'étaient mis au travail pour porter l'affaire devant la CIJ. On peut ainsi constater que ceux-ci n'avaient pas eu accès à toutes les informations relatives à l'affaire en question.

Dans l'affaire du Détroit de Corfou, les juristes du Foreign Office, représentant le Royaume Uni n'ont pas eu accès à des informations essentielles, notamment des documents émanant du «Commander-in-Chief Mediterranean» et qui prouvaient que le passage des navires britanniques dans le détroit de Corfou était un test destiné à évaluer la réaction de l'Albanie en cas de passage non autorisé dans le détroit<sup>544</sup>. Cela contredisait la thèse développée par ces juristes dans le mémoire du Royaume-Uni, et selon laquelle, ce passage des navires britanniques était «innocent in its intention and was taken in the bona fide belief of their possessing a legal right of passage through the Corfu Strait as an international channel of navigation»<sup>545</sup>. Si les juristes travaillant dans des départements étatiques, comme le Foreign Office britannique, peuvent ne pas avoir accès à certaines informations, quid des juristes privés ?

---

<sup>540</sup> Il s'agit notamment d'un autre ministre de Nicaragua, agissant en qualité de témoin, et aussi de l'agent du Nicaragua.

<sup>541</sup> W. Michael Reisman et Christina Skinner, *Fraudulent Evidence Before Public International Tribunals: The Dirty Stories of International Law (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures)*, CUP, Cambridge, 2014, pp. 96-97.

<sup>542</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986, p. 86, para 160.

<sup>543</sup> Reichler, *The Nicaragua case: a Response to juge Schwebel*, p. 318.

<sup>544</sup> Reisman et Skinner, pp. 60-62.

<sup>545</sup> *Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, Mémoire présenté par le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 30 septembre 1947, p. 46, para. 91.



Il peut aussi s'agir de faire suite à la demande de production<sup>546</sup> émanant de la partie adverse notamment lorsque certains documents sont sous le contrôle exclusif du gouvernement litigant. Les avocats de Common Law ont une obligation de produire les documents en leur possession sur demande de la partie adverse: obligation de *disclosure* ou de *discovery* tandis que les juristes de Civil Law ne sont pas soumis à une telle obligation<sup>547</sup>. Certains pays civilistes commencent à assouplir ce principe. En Suisse, par exemple, «La doctrine et la pratique suisses admettent de nos jours l'existence d'un principe général de procédure arbitrale aux termes duquel, une partie a le droit de requérir et obtenir la production des pièces détenues par l'autre à certaines conditions. Toute requête de production de pièces n'est en effet ni une fishing expedition, ni un abus de la procédure. L'arbitre ayant acquis la conviction que des pièces pertinentes pour décider d'une question donnée existent doit à notre sens en ordonner la production si les conditions applicables sont réalisées; la production de documents est un instrument au service du droit à la preuve et le prononcé d'une ordonnance enjoignant à une partie de produire des documents n'est soumis à aucun pouvoir discrétionnaire de l'arbitre; si les conditions posées à la production d'un document sont réalisées, la production doit en être ordonnée»<sup>548</sup>.

Dans le procès international, toutefois, l'avocat aurait une obligation éthique de donner une suite à de telles demandes et ce, même si, celui-ci agit pour le compte d'un État<sup>549</sup>. Néanmoins, cette obligation de production documentaire peut être mise à mal par la volonté souvent affichée par certains gouvernements de se soustraire à de telles demandes en invoquant certaines exceptions. Dans l'affaire du Detroit de Corfou, le Royaume Uni va refuser de produire certains documents qui fragilisaient sa thèse. Cette demande avait d'abord été faite par l'Albanie puis renouvelée par la Cour. Face à l'hésitation du Royaume-Uni qui invoquait des raisons de sécurité nationale, la Cour va rassurer cet État litigant en disant que ces documents seraient uniquement réservés à l'usage interne de la Cour<sup>550</sup>. Toutefois, et après de multiples réunions au niveau national, le Royaume Uni refusera de produire ces documents comme le constate la Cour dans son arrêt: «Conformément à l'article 49 du Statut de la Cour et à l'article 54 de son Règlement, la Cour a demandé à l'agent du Royaume-Uni de

---

<sup>546</sup> Selon les Règles de l'AIB sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (ci-après dénommées Règles de l'AIB), adoptée par résolution du conseil de l'IBA du 29 mai 2010, la demande de production vise «la demande écrite d'une Partie sollicitant la production de Documents par une autre Partie», p. 4.

<sup>547</sup> Moreau, p. 50.

<sup>548</sup> Patocchi, pp. 70-71.

<sup>549</sup> Rubins, p. 83.

<sup>550</sup> Reisman et Skinner, pp. 67-71.

produire les documents intitulés XCU pour l'usage de la Cour. Ces documents ne furent pas produits, l'agent arguant du secret naval, et les témoins s'abstinrent de répondre aux questions relatives à ces documents. Il n'est par conséquent pas possible de connaître la portée réelle de ces ordres militaires»<sup>551</sup>.

On pourrait s'interroger sur les conséquences d'une telle attitude? Plus précisément, quels sont les pouvoirs dont disposent les tribunaux internationaux pour faire face à de telles situations?<sup>552</sup> S'agissant toujours de l'obligation pesant sur l'État litigant de produire les documents à la requête de la partie adverse, cette obligation ne vaut que pour les documents qui sont en «sa possession ou sous son contrôle»<sup>553</sup>. Étant donné la multiplicité des ministères et autres agences gouvernementales et administratives qui sont souvent impliqués dans l'élaboration ou la gestion de documents tels que les contrats d'investissements, les concessions domaniales et autres, les gouvernements arrivent facilement à contourner cette obligation en affirmant que les documents requis sont en la «possession» ou sous le «contrôle» d'une autorité administrative différente de celle qui est présente au procès. De plus, et selon l'AIB, «Le Tribunal Arbitral peut, à la demande d'une Partie ou d'office, exclure de la preuve tout témoignage, toute déclaration, tout Document ou toute constatation faite dans le cadre d'une inspection ou encore interdire leur production, pour l'une des raisons suivantes: f) existence de motifs politiques ou institutionnels Particulièrement *sensibles* (notamment lorsque la preuve est classée comme *secrète* par un gouvernement ou une institution internationale de droit public) que le Tribunal Arbitral estime s'imposer avec une force particulière»<sup>554</sup> (c'est nous qui mettons en italiques). Ainsi donc, l'invocation du caractère secret ou sensible d'un document peut permettre de l'exclure de la procédure de l'arbitrage international. Ces différentes tactiques utilisées par le gouvernement représenté ne facilitent pas toujours la mission de l'avocat et peuvent même polluer la procédure internationale. Le second problème concerne la participation active de l'avocat soit dans la production de preuves erronées comme ce fut le cas dans l'affaire Yukos<sup>555</sup> ou dans la soustraction de certaines preuves importantes comme dans l'affaire du navire «Louisa» opposant l'État de Saint-Vincent-et-les-Grenadines (ci-après dénommé Saint-Vincent) au Royaume d'Espagne<sup>556</sup>. Cette dernière affaire était re-

---

<sup>551</sup> Affaire du Détroit de Corfou, Arrêt du 9 avril 1949, CIJ, Recueil 1949, p. 32.

<sup>552</sup> Cette question sera analysée dans la section II, chapitre II, Deuxième partie.

<sup>553</sup> Art. 3 al 4 des Règles de l'IBA; Rubins, p. 83.

<sup>554</sup> Art. 9 al 2 des Règles de l'IBA.

<sup>555</sup> PCA case No. AA 227, Yukos *Universal Limited (Isle of Man) vs. The Russian Federation*, Final award, 18 July 2014.

<sup>556</sup> *Affaire du navire Louisa (Saint Vincent et les Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, arrêt, TIDM Recueil 2013, p. 4.

lative aux activités menées dans des eaux territoriales espagnoles par deux bateaux dont l'un battait pavillon de l'État de Saint-Vincent (Le Louisa). Ce dernier va saisir le TIDM aux fins de la mainlevée de la saisie. Devant ce tribunal, la représentation de l'État de Saint-Vincent-et-les-Grenadines était assurée par M. G. Grahame Bollers, en qualité d'agent, Mme Rochelle A. Forde et M. S. Cass Weiland étaient co-agents, conseils et avocats. Toutefois, les deux premiers cités ne prendront pas une part active dans la procédure, laissant M. S. Cass Weiland, avocat dans le cabinet américain Patton Boggs LLP, assumer l'essentiel des fonctions de représentation au cours de cette affaire comme le soulignera l'un des juges «Dans le cas présent, il est peu probable que les autorités de Saint-Vincent aient suivi de près le déroulement de l'affaire du «Louisa». L'agent ne s'est pas présenté à l'audience. La co-agente, ressortissante de Saint-Vincent, s'est retirée en milieu de procédure orale. Le poids de la procédure, tant écrite qu'orale, a été assumé par l'autre co-agent, un avocat américain»<sup>557</sup>. D'un côté, l'État de Saint-Vincent soutenait que l'entreprise Sage, présente sur le Louisa, était principalement intéressée par la recherche d'hydrocarbures. La présence d'une entreprise espagnole (Tupet) (aux côtés de Sage sur le bateau Louisa) s'intéressant à des fouilles archéologiques ne saurait être imputée à l'entreprise Sage ajoutait-il. De son côté, le royaume d'Espagne estimait que cette présence était, en réalité, motivée par une volonté de pillage archéologique sur son territoire. La question centrale était donc de savoir si l'entreprise Sage, sous le couvert d'une activité légale de recherche d'hydrocarbures, participait à une autre activité illicite de pillage archéologique avec l'entreprise Tupet. La production du contrat régissant les rapports entre ces deux entreprises était donc décisive dans la réponse à cette question. Cependant, ce contrat ne fut pas produit durant la procédure écrite et orale. Mais plutôt une semaine après la clôture des débats et sur demande du tribunal. Celui-ci était relatif à la recherche archéologique et non d'hydrocarbures comme le soutenait Saint-Vincent.

Le co-agent de Saint-Vincent s'était donc abstenu de verser dans le procès un document utile et a voulu par ses propos induire le tribunal en erreur quant à la nature des rapports existants entre les entreprises Sage et Tupet<sup>558</sup>. Bien plus, ce contrat convenait d'une rémunération mensuelle que Sage versait aux employés du Tupet<sup>559</sup>. Cette preuve fragilisait donc la thèse défendue par le gouvernement de Saint-Vincent. C'est sans doute pour cela que le co-agent a multiplié les stratégies pour ne pas permettre au tribunal et à l'autre partie litigante (le royaume

<sup>557</sup> *Affaire du navire «Louisa» (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, arrêt, opinion individuelle de M. Cot, juge, TIDM Recueil 2013, p. 117, para 52.

<sup>558</sup> *Ibid.*, pp. 109-110.

<sup>559</sup> *Ibid.*, p. 111.

d'Espagne) de prendre connaissance de cela en temps utile. Ce type d'actions, généralement connues sous le nom de tactiques guerrières, peut fausser la résolution du litige. Aussi, ces tactiques posent le problème de la responsabilité des juristes en cas de méconduite avérée. En l'espèce, le tribunal n'a pas saisi l'occasion pour statuer pour ces agissements qui de l'avis du juge Cot, «risquent d'être plus fréquents à l'avenir»<sup>560</sup>.

Dans une affaire récemment tranchée par les tribunaux américains<sup>561</sup> et relative à la célèbre affaire Yukos, des juristes (travaillant dans certains grands cabinets d'avocats) ont été accusés de manipulations de procédures judiciaires en Arménie (qui se rapportaient à l'affaire Yukos) et d'avoir caché des preuves s'y rapportant. «It is alleged that judgments were «honed and edited» by Rosneft lawyers and reviewed in draft by Mouradian, Bull and Moscow-based Baker Botts senior associate Izabella Sarkisyan before they were issued by the courts»<sup>562</sup>. Ces cabinets d'avocats (Baker Botts notamment) ont aussi représenté la Fédération de Russie dans des litiges internationaux. Les décisions issues de ces procédures judiciaires visaient ultimement à influencer les litiges à Amsterdam sur le sort de USD 400 millions dans les actifs de Yukos. Selon certains journaux, néerlandais notamment, ces décisions furent utilisées par l'entreprise Rosneft devant les tribunaux d'Amsterdam comme preuve de ses droits sur Yukos CIS et ses actifs<sup>563</sup>. Les entreprises Hulley Enterprises, Yukos Universal and Veteran Petroleum saisirent les juridictions américaines aux fins de contraindre les avocats incriminés à fournir la preuve de ces supposées manipulations. Dans une décision rendue le 18 août 2017, la juge Beryl A. Howell de United State District Court for the District of Columbia a rejeté cette «discovery request» au motif que celle-ci n'avait pas une importance capitale pour la procédure étrangère, il faut rappeler qu'une procédure d'appel est en cours devant la Cour d'appel de La Haye, et qu'une telle demande engendrerait une charge excessive pour le cabinet d'avocat concerné<sup>564</sup>. La décision de cette juridiction américaine est plutôt axée sur la forme et ne tranche pas la question de la véracité ou non de ces accu-

---

<sup>560</sup> Ibid.

<sup>561</sup> Il s'agit de la US District Court for the District of Columbia et la Central District of California.

<sup>562</sup> Stephan Perry, *Investors targets Rosneft Counsels with Discovery Requests*, 21 juin 2017, disponible sous <<http://globalarbitrationreview.com/article/1143347/yukos-investors-target-rosneft-counsel-with-discovery-requests>> (20/07/2020).

<sup>563</sup> Ibid.

<sup>564</sup> «In this case, the relevance of the requested discovery to the Dutch appeal proceeding is tenuous and sufficiently in question, and the burden on the respondents sufficiently onerous, to warrant denial of the petitioners' request», See *Hulley Enterprises Ltd., Yukos Universal Ltd., And Veteran Petroleum Ltd., V. Baker Botts LLP*, D.D.C, Misc. Case No. 17-1466 (BAH), 17 august 2017, pp. 9-10.

sations. Il reste à espérer que la juridiction néerlandaise ira plus loin afin de trancher définitivement cette question. Dans le cas où ces accusations sont fondées et confirmées par la juridiction néerlandaise, plusieurs problèmes surgiraient et risquent même affecter la validité de la sentence rendue dans l'affaire. Nous analyserons dans la deuxième partie de notre travail, la question de la diligence qui est attendue du juriste privé au bénéfice d'un mandat de représentation étatique dans le cadre un procès international.

Toutefois, ces juristes peuvent aussi contribuer à assainir la procédure en veillant à ce que des éléments de preuve non valables ne soient pas soumis au tribunal. Dans l'affaire *Libanaco c. Turquie*, il semble que le conseil de l'État turque ait contribué à ne pas faire usage de documents issus d'écoutes et de surveillance des communications entre le demandeur et son conseil. En effet, dans le cadre d'une enquête portant sur le blanchiment d'argent, l'État turque a procédé à une interception massive de documents. Laquelle interception a concerné des communications confidentielles entre le demandeur à l'instance et son conseil (notamment un brouillon du mémoire du demandeur). Toutefois, lors d'une réunion avec le ministère public de la Turquie, le conseil a informé le Procureur que lesdits documents étaient privilégiés et devraient être détruits et n'a pas lu les documents en question<sup>565</sup>.

De même, dans l'affaire *Qatar vs. Bahreïn*, ce fut les conseils externes du Bahreïn, emmenés par Jan Paulsson, qui exposèrent la fraude perpétrée. Selon le récit de Robert Volterra (l'un de ceux-ci), ces conseils ont, une fois été nommés, réexaminé tous les documents fournis par la partie adverse et plus particulièrement les preuves fournies au soutien des prétentions de celle-ci<sup>566</sup>. Déjà, lors de la phase de l'examen des questions de compétence et d'admissibilité, certaines fausses preuves avaient été versées au dossier mais l'ancienne équipe juridique du Bahreïn, ne les avaient pas décelées. Lors de l'examen au fond de l'affaire, cette revue (par la nouvelle équipe) a éveillé les soupçons quant à l'existence d'une éventuelle fraude; soupçons confirmés plus tard par l'expertise scientifique<sup>567</sup>.

Un dernier défi est relatif à la sécurisation des informations et données échangées entre le conseil et l'État représenté. Comment garantir que de telles informations demeureront dans ce cadre et n'en sortiront pas? La CIJ fut aussi saisie

---

<sup>565</sup> *Libanaco Holdings Co vs Republic of Turkey*, ICSID Case No. Arb/06/8, *Decision on Preliminary Issues*, 23 June 2008, p. 34, para. 74.

<sup>566</sup> Robert G. Volterra, *Guerilla Tactics at International Courts and Institutions*, in Gunther J. Horvath et Stephan Wilske (eds.) *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands, 2013, p. 245.

<sup>567</sup> *Ibid.*, pp. 246-249.

d'une affaire concernant la saisie et de la détention de certains documents et données<sup>568</sup>. En l'espèce, le Timor-Leste accusait l'Australie d'avoir saisi et détenu un certain nombre de documents et de données notamment une correspondance échangée entre le Timor-Leste et ses conseillers juridiques et se rapportant à un arbitrage en cours entre ces deux États. Cette saisie a eu lieu dans les locaux professionnels d'un conseiller juridique (le cabinet Collaery Lawyers) du Timor-Leste à Narrabundah, Territoire de la capitale australienne. Pour le Timor-Leste, «il y a eu violation de son droit de communiquer de manière confidentielle avec ses conseils et avocats au sujet de questions faisant l'objet d'une procédure arbitrale en cours et de futures négociations entre les Parties»<sup>569</sup>. Pour l'Australie, par contre, «si tant est qu'il existe en droit international un principe selon lequel tout État a droit à la confidentialité de toute communication avec ses conseillers juridiques, ce principe (qui s'apparente au secret professionnel des avocats et conseils) n'est pas absolu et ne trouve pas à s'appliquer lorsque la communication en cause concerne la commission d'infractions pénales ou de fraudes, qu'elle constitue une menace pour la sécurité nationale ou les intérêts publics supérieurs d'un État, ou qu'elle entrave la bonne administration de la justice»<sup>570</sup>.

Malheureusement, la Cour n'eut pas l'occasion de procéder à un examen approfondi de ces différentes prétentions car, après avoir accordé la restitution desdits documents par une ordonnance en date du 22 avril 2015<sup>571</sup>, la CIJ prit acte du désistement de Timor-Leste et raya l'affaire de son rôle<sup>572</sup>. Le problème de la sécurisation des échanges État mandant et juristes mandataires est exacerbé par l'utilisation des moyens technologiques. Comme l'illustre le récent *Arbitrage relatif à la Mer de Chine Méridionale*<sup>573</sup> dans lequel le site web de la PCA fut victime d'une cyber-attaque. Les investigations menées par une compagnie de sécurité informatique ont permis de conclure que cette cyber-attaque était le fait

---

<sup>568</sup> *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor Leste c. Australie), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014*, p. 147.

<sup>569</sup> *Ibid.*, p. 153, para 27.

<sup>570</sup> *Ibid.*, pp. 152-153, para 25.

<sup>571</sup> *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor Leste c. Australie), demande tendant à la modification de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 3 mars 2014, ordonnance du 22 avril 2015, C.I.J. Recueil 2015*, p. 556.

<sup>572</sup> *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor Leste c. Australie), ordonnance du 11 juin 2015, C.I.J. Recueil 2015*, p. 572.

<sup>573</sup> PCA case 2013-19, *Arbitrage relatif à la Mer de Chine Méridionale (la République des Philippines c. la République Populaire De Chine)*, arrêt du 12 juillet 2016.

d'un acteur localisé en Chine et qui a visé le système informatique d'un certain nombre d'acteurs impliqués dans la procédure arbitrale parmi lesquels le cabinet juridique qui représentait les Philippines. Il semble que le virus utilisé pour cette attaque permet d'extraire les données contenues sur les ordinateurs infectés<sup>574</sup>. Ce qui laisse à supposer que certaines informations, détenues par le cabinet d'avocat, ont pu être subtilisées<sup>575</sup>.

## **B. Dans le cadre de la procédure orale**

La procédure orale s'ouvre après la clôture de la phase écrite. Cette procédure consiste «dans l'audition par la Cour des témoins, experts, agents, conseils et avocats»<sup>576</sup>. Celle-ci comprend deux phases essentielles: les plaidoiries des conseils (1) et l'audition des experts et des témoins dans le cadre d'interrogatoire et de contre-interrogatoire (2).

### *1. Les plaidoiries des parties*

Ces plaidoiries permettent aux parties de donner plus de force et de crédibilité à leurs arguments tout en permettant à l'autorité juridictionnelle d'avoir une vision plus synthétique de l'affaire<sup>577</sup>. Toutefois, cette procédure ne doit pas consister en la répétition des arguments déjà développés dans la phase écrite<sup>578</sup>. Dans une affaire (Cameroun c. Nigeria), les représentants du Nigéria ont, de l'avis de M. Pellet qui était co-agent dans cette affaire pour le compte de l'État du Cameroun, relu certaines parties de leurs documents écrits (réplique, contre-mémoire) en lieu et place de plaidoiries effectives. «Ainsi, lors de sa plaidoirie du 1<sup>er</sup> mars au sujet de Bakassi, l'un des conseils du Nigeria a purement et simplement relu le chapitre 3 de la duplique nigériane, lui-même calqué très étroitement sur le chapitre 10 du contre-mémoire. En particulier, les paragraphes 98 à 120 de cette présentation (CR 200219, p.36-42, M. Brownlie) constituent la reprise intégrale, quasiment à la virgule près, des paragraphes 3.18 à 3.40 de la duplique (p. 76-84 – le paragraphe 3.25 est

---

<sup>574</sup> <[https://www.f-secure.com/documents/996508/1030745/nanhaishu\\_whitepaper.pdf](https://www.f-secure.com/documents/996508/1030745/nanhaishu_whitepaper.pdf)> (20/07/2020).

<sup>575</sup> La question de la transformation de l'activité des juristes par l'utilisation des moyens technologiques (notamment la blockchain) et, corollairement, des défis que ces moyens posent ne sera pas analysée ici.

<sup>576</sup> Article 43 al 5 Statut CIJ; articles 54 à 72 du Règlement CIJ.

<sup>577</sup> Kolb, p. 1000.

<sup>578</sup> Albert J. Hoffmann, *Improving Working Methods in International Adjudication* in Tribunal International du droit de la Mer (ed), *La contribution du tribunal international du droit de la mer à l'état du droit: 1996-2016*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2017, p. 255.

omis), qui étaient eux-mêmes assez voisins des paragraphes 10.11 à 10.15 du contre-mémoire (p. 216-218)»<sup>579</sup>.

Cela a continué à l'occasion d'autres séances de cette procédure orale. Cette situation a conduit les représentants du Cameroun face à un dilemme, de l'avis de M. Pellet: «ou bien nous répondons, pour la troisième fois, à l'argumentation de la Partie nigériane et nous prenons le risque de nous mettre, à notre tour, en contradiction par rapport aux dispositions de l'article 60 du Règlement; ou bien nous renonçons à répliquer et nous nous exposons à sembler acquiescer à des argumentations qui nous paraissent clairement erronées»<sup>580</sup>. Ils vont finalement opter pour la seconde option tout en essayant de répondre aux arguments de la partie adverse qui ont «l'apparence d'une relative nouveauté»<sup>581</sup>. Il fera le même constat dans une autre affaire<sup>582</sup>.

Les parties ont malheureusement l'habitude des répétitions pour plusieurs raisons. Elles ne veulent pas donner l'impression d'abandonner un argument contenu dans les pièces écrites. Aussi, les parties veulent rappeler aux juges tous leurs arguments de la phase écrite dans l'hypothèse où ceux-ci n'auraient pas pris connaissance de la totalité des documents écrits. Cela a très souvent l'effet inverse car le «juge peut être stimulé à ne pas étudier à fond le dossier écrit s'il sait que tous les arguments réellement importants lui seront re-présentés à la procédure orale»<sup>583</sup>. En conséquence, les litiges internationaux donnent souvent lieu à un nombre important d'audiences<sup>584</sup>.

Certaines juridictions ont quelque peu règlementé la phase orale de la procédure. La CIJ, par exemple, limite par exemple le nombre de conseils et d'avocats pouvant prendre la parole au nom de chaque partie litigante<sup>585</sup>. Dans la pratique, toutefois, et comme cette juridiction va le constater, «rien ne s'oppose à ce que plusieurs personnes divisent entre elles l'exposé principal de chaque Partie, à la condition, toutefois, que les orateurs traitent de points différents ou différents aspects du sujet, lequel est d'ailleurs strictement limité; pour les réplique et du-

---

<sup>579</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c. Nigeria; Guinée équatoriale intervenant)*, CIJ, CR 2002/15 du 11 mars 2002, p. 21, para 11.

<sup>580</sup> *Ibid.*, p. 22, para 14.

<sup>581</sup> *Ibid.*

<sup>582</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Audience publique tenue le mardi 18 avril 2006, à 15 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de Mme Higgins, président, CR 2006/31, pp. 12-13.

<sup>583</sup> Kolb, p. 1000.

<sup>584</sup> Devant la CIJ par exemple, une affaire (affaire du Sud-Ouest africain) a donné lieu à plus de 100 audiences entre le 15 mars et le 29 novembre 1965; Kolb, p 1000.

<sup>585</sup> Article 58 al. 2 Règlement CIJ; Talmon, p. 1128.



plique éventuelles, un seul représentant de chaque Partie devra, le cas échéant, parler»<sup>586</sup>. Cette disposition cherche juste à limiter le nombre pléthorique d'interventions, domaine dans lequel le Cameroun détient le record de personnes étant intervenues en son nom avec 15 personnes<sup>587</sup>.

Elle rappelle aussi que les «exposés oraux prononcés au nom de chaque partie sont aussi succincts que possible eu égard à ce qui est nécessaire pour une bonne présentation des thèses à l'audience. A cet effet, ils portent sur les points qui divisent encore les parties, ne reprennent pas tout ce qui est traité dans les pièces de procédure, et ne répètent pas simplement les faits et arguments qui y sont déjà invoqués»<sup>588</sup>. Cette juridiction va encore souligner l'importance de la brièveté et de la concision des interventions des parties à l'occasion de l'adoption de ses Instructions de Procédure. L'Instruction de Procédure n° 6 affirme que «la Cour trouverait fort utile que les parties privilégient, lors du premier tour de la procédure orale, les points qui ont été soulevés par l'une d'elles au stade de la procédure écrite mais n'ont pas encore été traités comme il convient par l'autre, ainsi que ceux sur lesquels elles tiennent à mettre l'accent pour conclure leur argumentation. Lors de l'examen d'exceptions d'incompétence ou d'irrecevabilité, la procédure orale doit se borner à des exposés sur les exceptions»<sup>589</sup>.

Les juristes privés ont un rôle essentiel à jouer afin d'arriver à cette brièveté, eux qui sont généralement chargé de la plaidoirie dans le cadre des procédures internationales<sup>590</sup>. La multiplicité des plaidoiries peut aussi relever des tactiques guerrières pour influencer la juridiction en paralysant la procédure avec des arguments répétés à volonté qui finissent par rallonger les débats et possiblement influencer sur leur efficacité. Ceux-ci forment avec les professeurs d'universités l'essentiel des personnes intervenant dans les plaidoiries pour le compte d'États. La présence des professeurs d'universités en qualité de plaideurs dans la procédure internationale ne fait pas l'unanimité. Il existe un certain nombre d'arguments militant en faveur soit de leur admission ou de leur exclusion. En leur faveur, on peut souligner leur expertise sur les questions juridiques internationales

---

<sup>586</sup> CPII, *Affaire relative au statut juridique du territoire du sud-est du Groenland*, Série C, N° 69, p. 18.

<sup>587</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 1998, cité par Talmon, p. 1134.

<sup>588</sup> Article 60 du Règlement CIJ, Article 75 du Règlement TIDM, Voir aussi Lignes directrices concernant la préparation et la présentation des affaires dont le tribunal est saisi, établies par le tribunal international du droit de la mer le 28 Octobre 1997, Ligne directrice 15.

<sup>589</sup> Instruction de Procédure n° 6.

<sup>590</sup> Hoffmann, p. 256.

qui sont généralement posées par les litiges internationaux<sup>591</sup>. Ces professeurs sont aussi supposés avoir une plus grande indépendance pratique vis-à-vis des gouvernements les ayant recrutés que ne le sont, par exemple, les juristes gouvernementaux ou encore les diplomates. Cependant, ils n'auraient pas toujours l'expertise des plaidoiries car les conférences universitaires nécessitent des compétences rhétoriques différentes. On leur reproche aussi l'absence de normes éthiques à respecter, contrairement aux avocats.

L'argument relatif à leur manque d'expertise dans les plaidoiries a une portée limitée, du moins en ce qui concerne le cas de la CIJ. Devant la Cour internationale, la majorité des professeurs qui y interviennent, excellent dans leurs présentations orales avec différents procédés rhétoriques allant des métaphores tirées de la peinture<sup>592</sup> à l'inclusion de personnages romanesques (Molière<sup>593</sup>, Johnny Deep<sup>594</sup>. Don Quichotte<sup>595</sup>). Les échanges entre ces experts juristes oscillent

---

<sup>591</sup> Sarvarian, p. 115.

<sup>592</sup> «Monsieur le Président, la manière dont la Partie adverse traite cet incident d'Aouzou évoque un tableau du célèbre peintre surréaliste belge, René Magritte. Le tableau, que vous pouvez admirer au musée de Los Angeles, représente, sur un fond jaune pâle, une grosse pipe en céramique, au-dessous de laquelle trône une cartouche qui dit «Ceci n'est pas une pipe». Monsieur le Président, nos contradicteurs se sont livrés au même genre d'escamotage surréaliste. La négation de la réalité avait, pour Magritte, des motivations philosophiques, comme l'a fort bien expliqué Michel Foucault dans un essai qu'il a consacré à ce tableau. En revanche, dans un procès devant la plus haute juridiction mondiale, nier les faits est inutile et vain : les faits sont là, incontournables, et on ne saurait les faire disparaître par un tour de passe-passe», *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, Audience publique tenue le mardi 13 juillet 1993, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de sir Robert Jennings, président, CR 1993/31, p. 30, para 19.

<sup>593</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Audience publique tenue le lundi 14 avril 1997, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Schwebel, président, CR 1997/15, p. 27.

<sup>594</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, Audience publique tenue le mardi 1<sup>er</sup> mai 2012, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Tomka, président, CR 2012/14, p. 36.

<sup>595</sup> «Le professeur Brownlie a consacré de longs développements à établir que la responsabilité de l'État en droit international n'est pas une responsabilité pénale ... Avec tout le respect que je dois à mon savant contradicteur, je ne peux m'empêcher de penser à un certain Don Quichotte lorsqu'il se battait contre ce qu'il croyait être des géants et, comme Sancho Panza, il me faut lui dire: «Miséricorde! N'avais-je pas bien dit à Votre Grâce qu'elle prit garde à ce qu'elle faisait, que ce n'était pas autre chose que des moulins à vent?», *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Audience publique tenue le mardi 18 avril 2006, à 15 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de Mme Higgins, président, CR 2006/31, p. 13, para 9.

entre la confrontation et la coopération<sup>596</sup>. Très souvent, l'on assiste de véritables joutes oratoires avec de belles répliques, très souvent teintées d'humour<sup>597</sup>. Dans l'affaire du différend territorial et maritime, Paul Reichler, relativement à la demande de l'État colombien d'obtenir 87% de la zone maritime entre les deux États litigants, fit la déclaration suivante: «S. Exc. M. Argüello a parlé de l'aspiration de la Colombie à être la reine des Caraïbes. Je pense qu'il a fait preuve de trop de générosité. Il faudrait plutôt dire, d'après moi, qu'elle se verrait bien en *Pirate* des Caraïbes. La semaine dernière, il m'a même semblé apercevoir Johnny Depp parmi ses conseils, mais j'ai réalisé qu'il s'agissait de mon ami au physique avantageux, Marcelo Kohen»<sup>598</sup>.

## 2. *L'interrogatoire et contre-interrogatoire (cross-examination)*

L'interrogatoire des témoins et des experts revêt une importance considérable car celui-ci participe à la manifestation de la vérité et partant, contribue à la pacifique résolution du différend. La question de la préparation des témoins par les avocats et conseils, dans le procès international et dans l'arbitrage international en particulier, a été analysée par plusieurs auteurs et il serait redondant de reprendre ici tout le débat entourant cette question<sup>599</sup>. Nous retenons que cette préparation diffère suivant la tradition juridique d'origine de ces praticiens (Common Law ou Civil Law) et souvent même au sein de la même tradition juridique. Ainsi, aux États-Unis, la préparation des témoins est autorisée voire même exigée dans la plupart des États fédérés, tandis qu'elle est considérée

---

<sup>596</sup> G. Messenger, p. 223.

<sup>597</sup> Utiliser les armes de son contradictoire contre lui semble être un exercice particulièrement apprécié par le professeur Crawford qui, en réponse au syllogisme cartésien utilisé par le professeur Pellet, dira que «M. Pellet ... a invoqué Descartes en affirmant qu'il allait discréditer ma logique simpliste. Mais Descartes aurait été fort déçu de ce qui a suivi, puisque la question est, là encore, restée sans réponse ... Mais peut-être suis-je insuffisamment Descartésien ...» *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, Audience publique tenue le vendredi 14 décembre 2012, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Tomka, président, CR 2012/35, p. 6, para 3.6.

<sup>598</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, Audience publique tenue le mardi 1<sup>er</sup> mai 2012, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Tomka, président, CR 2012/14, p. 36.

<sup>599</sup> Voir entre autres, Moreau, pp. 49-51; Bortolotti, *La preuve par témoins vue par l'arbitre international en L'administration de la preuve en matière d'arbitrage, Actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 127-136; A. Jalal El Ahdab et R. Monégier Du Sorbier, *La préparation des témoins par les avocats dans l'arbitrage international: to be or not to be ou «l'antithèse française»* in *The electronic bulletin of the European Court of Arbitration*, 02/2012, pp. 8-12; Joseph Richani, *Les Preuves dans l'arbitrage international*, Université de Cergy Pontoise, 2013.

comme une faute déontologique en Angleterre et interdite aux Pays de Galles<sup>600</sup>. Finalement, certains États de tradition civiliste ont fini par autoriser cette pratique à leurs avocats, dans le cadre des procédures internationales. Ainsi, le conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Paris, a décidé que «Dans le cadre des procédures arbitrales internationales, situées en France ou à l'étranger, il entre dans la mission de l'avocat de mesurer la pertinence et le sérieux des témoignages produits au soutien des prétentions de son client, en s'adaptant aux règles de procédures applicables. Dans cet esprit, «la préparation du témoin par l'avocat avant son audition ne porte pas atteinte aux principes essentiels de la profession d'avocat et s'inscrit dans une pratique communément admise où l'avocat doit pouvoir exercer pleinement son rôle de défenseur»<sup>601</sup>. Selon l'article 25 al.2 du Règlement Suisse d'Arbitrage International (RSAI) de juin 2012,» Il n'est pas inapproprié pour une partie, ses organes dirigeants, employés, conseils juridiques ou avocats d'interroger des témoins, des témoins potentiels ou des experts-témoins»<sup>602</sup>.

De même, certains textes de *soft Law* consacrent la possibilité pour les juristes de préparer leurs témoins. Ainsi, les Lignes directrices de l'AIB sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international<sup>603</sup> autorisent le juriste, représentant une Partie, à «rencontrer ou interagir avec les Témoins ... afin de discuter et préparer leur futur témoignage, mais de manière compatible avec le principe selon lequel ce témoignage doit refléter le point de vue personnel du Témoin quant aux faits, événements et circonstances pertinents»<sup>604</sup>. Toutefois, il ne doit pas «inviter ou encourager un Témoin à fournir une preuve inexacte»<sup>605</sup>. La note explicative clarifie cette règle en affirmant que «le Représentant d'une Partie peut assister un Témoin dans la préparation de son interrogatoire ou contre-interrogatoire, y compris par la voie d'un exercice de questions-réponses (Ligne Directrice 24). Cette préparation peut inclure une revue des procédures par le moyen desquelles le témoignage sera donné, ainsi qu'une préparation de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire. De tels contacts ne doivent néanmoins pas

---

<sup>600</sup> Moreau, p. 49, note 93.

<sup>601</sup> Ordre des avocats de Paris, Le bulletin du barreau de Paris n° 9, 04 Mars 2008, p. 46, disponible sous <[http://dl.avocatparis.org/com/bulletins\\_en\\_pdf/Bulletins\\_2008/Bulletin\\_09.pdf](http://dl.avocatparis.org/com/bulletins_en_pdf/Bulletins_2008/Bulletin_09.pdf)> ((20/07/2020).

<sup>602</sup> Disponible sous <[https://www.swissarbitration.org/files/837/SwissRules2012\\_French\\_2019.pdf](https://www.swissarbitration.org/files/837/SwissRules2012_French_2019.pdf)> ((20/07/2020).

<sup>603</sup> Association internationale du barreau (AIB), *Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international*, Approuvées le 25 mai 2013 par le Conseil de l'IBA, disponible sous <[http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)> ((20/07/2020).).

<sup>604</sup> Ibid., Ligne directrice 24.

<sup>605</sup> Ibid., Ligne directrice 23.

affecter l'authenticité des témoignages des Témoins et Experts, qui doivent à tout moment refléter le point de vue personnel du Témoin quant aux faits, événements et circonstances pertinents»<sup>606</sup>.

De même, dans l'hypothèse où le conseil se rend compte de l'inexactitude des déclarations d'un témoin ou de l'intention de celui-ci de fournir des déclarations inexactes, le juriste «doit immédiatement informer la Partie qu'il ou elle représente de la nécessité de prendre des mesures afin de rectifier cette situation et des conséquences d'un manquement à ce faire»<sup>607</sup>. Il existe plusieurs mesures correctives telles que «(a) conseiller au Témoin ou à l'Expert de donner un témoignage véridique; (b) prendre toute mesure raisonnable afin de dissuader le Témoin ou l'Expert de soumettre une preuve inexacte; (c) encourager le Témoin ou l'Expert à corriger ou à retirer une preuve inexacte; (d) corriger ou retirer lui-même une preuve inexacte; (e) se retirer en qualité de Représentant d'une Partie si les circonstances l'exigent»<sup>608</sup>.

Jusqu'où peut aller l'avocat dans la préparation de son témoin? Il existe un risque que cette préparation excède le cadre normal de la <familiarisation> avec l'affaire pour déboucher sur un <coaching> du témoin. La familiarisation du témoin doit permettre de le «mettre en confiance avec le procédé du témoignage et les attentes qui en découle généralement»<sup>609</sup>. C'est ce que nous venons de décrire dans les lignes précédentes. C'est une préparation générale visant à rassurer le témoin, le mettre en excellente condition pour livrer son récit des faits et à l'informer des règles de conduite qui s'appliquent à l'audience<sup>610</sup>. Le coaching est plutôt en lien direct avec le cas d'espèce. Il pourrait être défini comme étant «l'orchestration du témoignage qui doit être donné»<sup>611</sup> selon les termes du Juge Pitchford. Toutefois, il n'est pas toujours aisé de situer la ligne de démarcation entre les deux pratiques. En effet, toutes les actions de l'avocat-conseil ne sont pas désintéressées dans la mesure elles doivent être replacées dans le contexte du litige en question et, plus précisément, elles visent à faire prospérer la thèse défendue par le gouvernement qu'il représente<sup>612</sup>. Ce qui peut rompre l'égalité entre les parties, principe cardinal de la procédure. Pour éviter toute confusion, faudrait-il confier la préparation des témoins à «un professionnel qui n'a aucun lien avec l'affaire et sur la base de documents sans aucun rapport avec cette af-

---

<sup>606</sup> Ibid., Note explicative aux lignes directrices 18 à 25.

<sup>607</sup> Ibid., Ligne directrice 11.

<sup>608</sup> Ibid., Ligne directrice 11.

<sup>609</sup> El Ahdab et Monegier Du Sorbier, p. 11.

<sup>610</sup> Ordre des avocats de Paris, *Rapport et projet de résolution sur «Le témoin dans l'arbitrage international- préparation et production»*, p. 10.

<sup>611</sup> El Ahdab et Monegier Du Sorbier, p. 11.

<sup>612</sup> Ibid.

faire»<sup>613</sup>? Cela est difficilement concevable et, à notre avis, les différentes confrontations prévues dans la procédure orale (cross examination, redirect examination) couplées aux questions des juges devraient suffire à manifester la vérité d'autant plus que les déclarations de témoins ne constituent qu'un aspect de la procédure. Autrement dit, même si les témoins sont coachés, le tribunal dispose encore des autres pièces de procédure (mémoires, contre-mémoires, réplique et duplique) ainsi que les autres éléments de preuve pour fonder sa décision et minimiser les effets d'une déclaration de témoin ayant bénéficié d'un <coaching>.

Certains auteurs estiment qu'autoriser la préparation des témoins, dans le cadre du procès international, peut apparaître comme privilégiant les common lawyers par rapport aux juristes civilistes dans le sens où même si ces derniers ont depuis peu, la possibilité de préparer aussi les témoins, les premiers sont plus aguerris dans cette pratique de préparation, d'interrogation et de contre-interrogatoire des témoins<sup>614</sup>. Toutefois, les civilistes bénéficient aussi d'un avantage non négligeable dans le cadre de la production des documents. Ce qui peut apparaître comme rétablissant une sorte d'égalité entre common lawyers et juristes civilistes<sup>615</sup>.

Toujours en ce qui concerne la préparation des témoins, un autre écueil à éviter est l'intimidation des témoins qui pourrait être définie comme «l'utilisation de menaces ou d'incitations (financières ou autres) pour dissuader un témoin ou des témoins potentiels de témoigner ou de les persuader de donner de fausses preuves»<sup>616</sup>. L'avocat peut être concerné par cette intimidation à un double point de vue, soit en tant que victime de celle-ci ou en tant qu'auteur de cette intimidation. Dans le premier cas, il peut s'agir du cas de l'avocat-témoin, victime d'un certain nombre de pressions tendant à l'empêcher de témoigner ou à orienter son témoignage dans un certain sens. Toutefois, ce cas de figure semble assez théorique, car celui-ci est à même de résister à de telles pressions, comparé à un témoin ordinaire<sup>617</sup>. On pourrait toutefois l'imaginer dans l'hypothèse d'un juriste

---

<sup>613</sup> Ibid.

<sup>614</sup> Moreau, p. 50; Paolo Michele Patocchi, *L'administration de la preuve dans l'arbitrage international, à la lumière du débat sur le monisme de la législation en matière d'arbitrage* in Andréa Bonomi et David Bochatay (eds), *Arbitrage interne et international, Actes du colloque de Lausanne du 02 octobre 2009*, Librairie Droz, Genève, 2010, pp. 66-67.

<sup>615</sup> Moreau, p. 50.

<sup>616</sup> Abba Kolo, *Witness Intimidation, Tampering and other related Abuses of Process Investment Arbitration: Possible Remedies available to the Arbitral Tribunal in Arbitral international*, vol. 26, n° 1, LCIA, 2010, p. 48.

<sup>617</sup> «Thus, a government or a company can exert more pressure on a witness who happens to be its national, employee or business partner than it might on an arbitrator or counsel who

d'entreprise ou d'un avocat, travaillant dans un cabinet et qui doit témoigner pour le compte de l'entreprise ou du cabinet. Ces liens professionnels peuvent être utilisés pour exercer une influence sur l'avocat-conseil. Il peut aussi s'agir du cas des juristes, représentant une partie, et subissant des intimidations de l'autre partie litigante. Ces intimidations sont diverses et peuvent s'entendre d'écoutes téléphoniques, d'attaques physiques, d'expulsion d'un État ou même de meurtres. Dans l'affaire *Libanaco Holdings Co. Limited c. République de Turquie*, le tribunal a relevé que les autorités turques avaient mis les représentants légaux<sup>618</sup> et les potentiels témoins de l'entreprise Libanaco sous surveillance. Ce qui avait poussé l'expert légal, d'origine turque, du demandeur à refuser de témoigner par peur des représailles de la part du gouvernement turque: «The Turkish authorities were holding Libanaco's legal representatives and potential witnesses under surveillance and Claimant's counsel had informed the Tribunal that the surveillance had led to the Claimant's Turkish legal expert (who had worked with Claimant's counsel for many months) refusing to testify owing to fear of Government reprisal and harassment»<sup>619</sup>.

Il peut aussi s'agir de diverses manœuvres d'intimidations comme des emprisonnements, expulsions, refus de visa, tortures<sup>620</sup>. Ces intimidations peuvent affecter un certain nombre de principes régissant le procès international qui ont été relevés par le tribunal CIRDI<sup>621</sup>. Elles affectent l'égalité procédurale des parties en privant l'une d'elles de son droit de faire valoir tous ces moyens de droit et accorde à l'autre partie un avantage procédural injuste. La bonne foi des parties

---

might have no relationship or future dealings with any of the disputing parties», Kolo, p. 50.

<sup>618</sup> En l'espèce, la partie défenderesse était représentée par deux cabinets à savoir Crowell & Moring LLP de Washington (USA) et Lellos P. Demetriades Law Office de Nicosie (Chypre).

<sup>619</sup> ICSID, *Libanaco Holdings Co. Limited c. Republic of Turkey*, Case N° ARB/06/8, *Decision on preliminary issues*, 23 June 2008, p. 32, para 72.

<sup>620</sup> Kolo, p. 51, note 32. Toutefois, nous ne nous étendons sur cet exemple qui n'entre pas vraiment dans notre champ d'analyse: en effet, cette affaire a été jugée par la Cour européenne des droits de l'homme.

<sup>621</sup> «Among the principles affected are: basic procedural fairness, respect for confidentiality and legal privilege (and indeed for the immunities accorded to parties, their counsel, and witnesses under Articles 21 and 22 of the ICSID Convention); the right of parties both to seek advice and to advance their respective cases freely and without interference; and no doubt others as well. For its own part, the Tribunal would add to the list respect for the Tribunal itself, as the organ freely chosen by the Parties for the binding settlement of their dispute in accordance with the ICSID Convention. It requires no further recital by the Tribunal to establish either that these are indeed fundamental principles, or why they are», ICSID, *Libanaco Holdings Co. Limited c. Republic of Turkey*, p. 36, para 78. Sur ce point, voir aussi Kolo, pp. 52-58

est aussi mise à mal par les pratiques d'intimidations comme l'a constatée la CIJ<sup>622</sup>. Ultimement, l'intimidation des témoins et des autres acteurs du procès international constitue un obstacle à la manifestation de la vérité en aboutissant à une décision injuste et inéquitable. Celle-ci peut, toutefois, faire l'objet d'un refus d'exécution notamment dans le cadre des décisions arbitrales et peut prolonger le différend indéfiniment.

En dépit de son impact sur la procédure internationale, l'intimidation des témoins n'a pas été expressément prévue par les textes internationaux organisant la procédure devant les juridictions internationales<sup>623</sup>. En l'absence de disposition expresse, les tribunaux pourront toujours s'appuyer sur leur pouvoir inhérent pour prendre les mesures adéquates et, du même coup, remplir leur mission judiciaire<sup>624</sup>.

Après la phase de préparation du témoin, s'ouvre la phase de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire des témoins. Ceux-ci sont interrogés par les avocats. Pour un auteur, «on peut désormais considérer comme un principe bien établi dans l'arbitrage international que les témoins soient interrogés par les avocats»<sup>625</sup>. L'interrogatoire commence d'abord par l'avocat qui a présenté le témoin (aussi appelé *direct examination*). A ce niveau, les juristes ne doivent pas utiliser les questions suggestives (*leadings questions*). En effet, l'intervention du témoin vise à lui permettre de raconter sa version des faits. Les *leadings questions* peuvent constituer un obstacle à cette fin. Par l'emploi de celles-ci, la partie interrogatrice vise à «suggérer» au témoin une déclaration qu'elle désire prouver<sup>626</sup>. Ce type de question débouche généralement, mais pas toujours, sur une réponse par oui ou non. Il s'agit d'une technique de Common Law qui est inconnue dans les systèmes de tradition civiliste. Les *leadings questions* peuvent avoir un impact significatif sur un témoignage dans la mesure où des «suggestions renouvelées durant un long et opiniâtre interrogatoire peuvent influencer un témoin d'un caractère faible au point de lui faire confondre les faits suggérés avec ses propres souvenirs»<sup>627</sup>; ce qui ne contribue pas à une manifestation de la vérité. Le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire à cet effet. Toutefois, et compte tenu de la diversité géographique dans la composition de celui-ci, il peut arriver que certains membres de l'organe judiciaire ou arbitral ne maîtrisent pas non plus cette technique. Toute chose qui profite au common lawyer et à la

---

<sup>622</sup> CIJ, *Affaires de pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951*, CIJ, *Recueil 1951*, p. 142, Cité par Kolo, p. 55, note 46.

<sup>623</sup> Kolo, p. 52.

<sup>624</sup> *Ibid.*, pp. 58-84

<sup>625</sup> Bortolotti, p. 135.

<sup>626</sup> *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 3 à 4, p. 461.

<sup>627</sup> *Ibid.*



partie qu'il représente. Le juge Cot a souligné cet état de fait à l'occasion de l'affaire de Louisa. «Lorsqu'un conseil pose une question suggestive («leading question»), il est tenu de la reformuler en droit anglo-saxon. Il n'en est pas nécessairement ainsi devant une juridiction internationale. Juges et avocats ne sont pas toujours au courant des subtilités de la procédure. Dans la présente affaire du «Louisa», la partie espagnole n'a jamais remis en cause la formulation des questions par le conseil américain, sauf lorsqu'elle estimait que l'honneur du Royaume était en cause ... Une telle asymétrie profite évidemment à la partie qui maîtrise totalement la technique de la procédure accusatoire»<sup>628</sup>.

La CIJ a été confrontée à cette pratique à l'occasion de plusieurs affaires<sup>629</sup>. Ce qui a souvent donné lieu, à des échanges intenses entre conseils opposés comme ce fut le cas dans l'affaire *Preah Vihear*<sup>630</sup>. En l'espèce, le conseil du Gouvernement cambodgien, M. Roger Pinto entreprit d'interroger M. Suon Bonn, l'ancien gouverneur d'une province du Cambodge. «Le temple de Preah Vihear est-il situé dans la province de Kompong Thom?»<sup>631</sup> Demanda t'il. Suite à l'objection du conseil adverse, Sir Franck Soskice, M. Roger Pinto va reformuler sa question comme suit: «Savez-vous, M. le gouverneur, dans quelle circonscription administrative du Cambodge est située le temple de Preah Vihear?»<sup>632</sup>. La question centrale était de savoir si le temple Preah Vihear était au Cambodge ou non. En demandant au témoin si celui-ci savait dans quelle province ou circonscription administrative du Cambodge se situait le temple, cela présupposait que le temple était situé au Cambodge. Ce qui conditionnait déjà la réponse du témoin. Le conseil de la Thaïlande s'opposera à cela et demandera la reformulation de la question ou son annulation. L'échange suivant résume bien la situation.

«[T]he whole issue in the case ... is whether or not Preah Vihear is in Cambodia. The question was whether the witness knew in what district of Cambodia Preah Vihear was. He therefore puts to the witness the whole issue in the case. I say it was not in Cambodia at all. I respectfully submit that there is a plain case of a leading question and ask that it should be withdrawn.

<sup>628</sup> *Affaire du navire «Louisa» (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, arrêt, opinion individuelle de M. Cot, juge, TIDM Recueil 2013, pp. 118-119, para 58.

<sup>629</sup> *Affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande, arrêts du 26 mai 1961 et du 15 juin 1962)*, recueil CIJ 1961, p. 17, recueil CIJ 1962, p. 6; Déroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), arrêts des 25 mars 1948; 9 avril et 15 décembre 1949 vol. IV, *auditions des témoins*, pp. 256- 258; *C.I.J. Mémoires, Sud-Ouest africain*, vol. X, pp. 122-123, 341-349, vol. XI, pp. 660-661.

<sup>630</sup> CIJ, *Mémoires Temple de Preah Vihear*, vol. II.

<sup>631</sup> *Ibid.*, p. 332.

<sup>632</sup> *Ibid.*

Le Président: Je crois que la règle que sir Frank Soskice vient de formuler comme une règle anglo-saxonne ou anglaise n'est pas particulière au Royaume-Uni, aux pays anglo-saxons, c'est une règle générale, mais d'autre part, il est difficile de voir ici une question qui suggère quoi que ce soit au témoin ...

Sir Frank Soskice: Mr. President ... to ask the witness in what province of Cambodia Preah Vihear is, in my submission, clearly offends against the rule. If Professor Pinto cannot put his question in a different form which does not offend against the rule, I would respectfully ask that the Court should say he must not ask the question at all. M. Roger Pinto: Monsieur le Président, je vais essayer, malgré le manque d'habitude des juridictions anglo-saxonnes, mais avec l'aide de la délégation thaïlandaise, de formuler la question d'une façon qui puisse paraître satisfaisante à mon éminent confrère. Et, Monsieur le Gouverneur, je vous demanderai simplement ceci: dans quelle province du Cambodge croyez-vous que se trouve situé le temple de Preah Vihear? Le Président: Voulez-vous répondre à cette question? M. Suon Bonn: Je ne crois pas mais il est incontestable que le temple de Preah Vihear se trouve dans le district de Cheom Ksan qui est du ressort de la province de Kompong Thom»<sup>633</sup>.

Ensuite l'avocat de la partie adverse interviendra dans le cadre de la *cross-examination* pour questionner les témoins sur les faits pour tenter de relever des zones d'ombres, leurs incohérences ou décrédibiliser les témoins, etc. Enfin, l'avocat ayant dirigé la *direct examination* peut intervenir de nouveau pour répondre ou clarifier les questions posées lors de la *cross examination*. C'est la phase de *redirect examination*. Le tribunal a aussi la possibilité de demander des éclaircissements sur certains points du témoignage qui ne lui semblent pas suffisamment développés. Ici aussi, des auteurs estiment que les juristes civilistes subissent un certain préjudice dans le cadre de la *cross examination*. En effet, certains *common lawyers* pratiquent une *cross examination* agressive qui «va au-delà d'un simple interrogatoire visant à faire apparaître les contradictions ou obtenir des précisions sur des aspects que le témoin a préféré laisser dans l'ombre»<sup>634</sup>. Dans une telle situation, il est clair que «l'avocat qui ne possède pas cette technique et qui n'a pas eu la possibilité de préparer son témoin à se défendre contre une attaque de ce genre, se trouve dans une situation de disparité par rapport à son adversaire, ce qui ne devrait pas être admis dans un arbitrage international «multiculturel»<sup>635</sup>.

On voit que la phase écrite est beaucoup traversée par le droit civiliste notamment en ce qui concerne la production des documents et des preuves documentaires tandis que la phase orale a beaucoup emprunté au droit *common Law* sur-

---

<sup>633</sup> Ibid., pp. 332-333, cité par Sarvarian, pp. 109-110.

<sup>634</sup> Bortolotti, p. 135.

<sup>635</sup> Ibid.

tout sur les questions d'interrogations des témoins. Ce qui permet d'équilibrer l'influence des deux principaux systèmes juridiques dans le procès international. Dans la phase orale du procès, les juristes s'occupent des plaidoiries, de l'interrogatoire et contre-interrogatoire des témoins de faits et des témoins-experts. Dans le cadre de ces différents aspects de la procédure orale, ceux-ci sont confrontés à difficultés provenant soit des cultures juridiques diverses ou de l'insuffisance de réglementation ou encore de manœuvres délibérées relevant de leurs stratégies de défense (tactiques guerrières). Celles-ci peuvent mettre en péril l'égalité entre les parties, principe cardinal de la procédure internationale. Par ailleurs, celles-ci constituent d'autant de défis pour les tribunaux internationaux et ceux-ci essaient de les appréhender sur la base de leurs pouvoirs inhérents.

Au terme de ce chapitre, il appert que les avocats exercent des fonctions multiples dans le cadre du procès international. Celles-ci vont de leur mission traditionnelle d'assistance étatique à la fonction d'avocat-agent dont les implications sont multiples, surtout pour les entités étatiques. Le juriste peut aussi intervenir mais en qualité de témoin. Ces experts peuvent être chargés de la rédaction de documents de procédure (mémoires, contre-mémoires, répliques, dupliques, preuves documentaires) qui sous-tendent et étayent les prétentions et réclamations gouvernementales. Les plaidoiries qui permettent à chaque partie litigante de confronter ses vues avec celles de la partie adverse ainsi que les interrogatoires et contre-interrogatoires leur sont aussi confiées.

### **Conclusion du chapitre II de la première partie**

Dans ce chapitre, nous avons vu que les avocats et conseils peuvent intervenir dans le procès international comme représentants étatiques ou assistants étatiques. Le représentant étatique est investi de pouvoirs procéduraux assez importants et agit «au nom» (ou en lieu et place) de l'État mandant tandis que l'assistant agit «aux côtés» de son État d'envoi. La possibilité pour un État litigant de nommer un juriste privé comme représentant (aussi appelé agent) transparait pas à première vue lorsqu'on examine les textes internationaux. Ceux-ci affirment, en effet, que l'État litigant est représenté par un agent sans définir ce dernier. Toutefois, une analyse de la pratique des tribunaux et de celle des États litigants confirme l'interprétation selon laquelle les juristes privés peuvent jouer ce rôle. Dans le cadre de la représentation (entendue ici dans son sens diplomatique), le juriste bénéficie d'une importante délégation d'autorité car étant l'intermédiaire entre le tribunal et l'État représenté. A cet effet, il est présent tout au long de la procédure et même après. Cette fonction est traditionnellement dévolue aux hautes autorités nationales et quelquefois aux juristes privés. Dorénavant, la désignation de juristes privés comme représentants étatiques tend à devenir la

règle devant les tribunaux CIRDI et, dans une certaine, dans le cadre des procédures de prompte mainlevée jugées par le TIDM. L'article 292 al 2 CNUDM consacre une forme particulière de représentation qui est spécifique au droit de la mer: le représentant agissant «au nom» de l'État représenté. Concrètement, cela signifie que le juriste privé défendra simultanément des intérêts étatiques et des intérêts privés. Dans la majorité des affaires de prompte mainlevée, cette forme de représentation était assurée par des juristes privés. Au niveau de la CIJ, ces juristes ont aussi exercé des fonctions de représentations mais le plus souvent en étant co-agents, aux côtés d'un agent principal, haute personnalité de l'État représenté. Au niveau de l'OMC, cette fonction de représentant diplomatique est généralement assumée par le représentant permanent de l'État auprès de cette institution.

L'assistance étatique apparaît comme étant le rôle traditionnel dévolu aux juristes privés (avocats et conseils). Selon une formule reprise par plusieurs textes internationaux, en effet, les États «peuvent se faire assister par des conseils ou des avocats». Cette assistance peut même débiter dans la phase précontentieuse et continuer dans les phases écrite et orale de la procédure. Cette assistance peut prendre la forme de rédaction des actes de procédure tels les mémoires, contre mémoires, répliques et dupliques. La rédaction de ces différents actes nécessite un savoir-faire que ces juristes possèdent. La production des éléments de preuve revêt une importance considérable et peut avoir un impact sur l'issue du procès. A cet effet, le juriste peut rencontrer des difficultés pour vérifier l'authenticité des éléments probatoires qu'il doit invoquer en soutien des arguments qu'il convoque et développe. Il peut aussi arriver que le juriste tente d'induire le tribunal en erreur en apportant des éléments erronés de preuve: les tactiques de guerre.

Cette assistance se manifeste aussi dans la phase orale où ces avocats et conseils sont chargés des plaidoiries des États litigants. C'est à ce niveau que les différences de pratique entre pays de civil Law et de common Law se manifestent le plus notamment en ce qui concerne l'utilisation des *leadings questions* et du contre-interrogatoire des témoins. Plusieurs textes ont été proposés en vue d'uniformiser les pratiques dans ce domaine devant les tribunaux internationaux à l'image des Lignes directrices de l'AIB sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international.

## Conclusion de la première partie

Cette première partie a permis de répondre à la question préalable de savoir si les juristes privés peuvent jouer un rôle dans la résolution de litiges dont l'une, au moins, des parties est un État. Ce rôle se fonde essentiellement sur la permissivité des textes internationaux en matière de représentation étatique. Compte tenu de leur souveraineté, les gouvernements organisent leur représentation à leur guise et s'attachent très souvent les services de ces conseils. Cela est notamment vrai pour les États en développement qui disposent d'une expertise assez limitée et qui recourent à ces conseils dans l'optique d'une pleine participation aux procédures internationales.

Ensuite, l'analyse a porté sur leur degré de participation dans la procédure de règlement des différends internationaux. Concrètement, le rôle joué par ces experts juridiques va de la simple assistance étatique à une délégation plus importante d'autorité : la représentation. L'étendue de ce rôle varie aussi selon le tribunal international. Au niveau de l'ORD de l'OMC, caractérisé par un mélange de procédures diplomatiques et juridictionnelles, ces avocats et conseils jouent un rôle assez limité. A contrario, ces juristes sont au cœur-même du système de règlement des différends d'investissements avec notamment des missions plus étendues et des rôles plus variés. Devant des tribunaux comme la CIJ ou le TIDM, ce rôle est modulé selon les intérêts avec notamment une plus grande présence des juristes dans les procédures de prompt mainlevée du TIDM.

Cette première partie a permis d'explorer le cadre legal au sein duquel les juristes privés opèrent et d'en explorer les contours. La prochaine étape de notre analyse sera de s'interroger sur l'efficacité de leur action aux côtés des États. En effet, leur présence et leur action n'ont pas manqué de susciter des critiques et contestations allant même, dans certains cas, jusqu'à une remise en question de leur rôle. Dans ce contexte, l'on pourrait se demander de quelle légitimité bénéficient ces avocats et conseils agissant pour le compte des États dans le cadre du procès international ?



## Deuxième partie :

### **De la légitimité de l'action des avocats et conseils dans le contentieux international**

Quoique que prévue et encadrée par des textes, la présence et l'action des avocats et conseils n'a pas manqué de susciter des critiques et commentaires. L'analyse de ceux-ci nous permettra d'évaluer l'efficacité de leur action, leur représentativité ainsi que les facteurs qui améliorent ou affaiblissent cette légitimité. Il faut aussi souligner que cette question s'inscrit dans le contexte de remise en cause du système de règlement des différends internationaux. Cette remise en cause, qui prend la forme d'une crise de légitimité, se manifeste à plusieurs niveaux : remise en cause des normes, des institutions et aussi des acteurs impliqués dans le règlement des différends internationaux. Au plan normatif, par exemple, plusieurs États ont dénoncé la Convention CIRDI au motif que celle-ci serait déséquilibrée et privilégierait les investisseurs. De même, plusieurs États se sont retirés du Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale. Au niveau institutionnel, l'Organe d'appel de l'OMC traverse actuellement une crise du fait de l'opposition des USA au renouvellement des membres de cette institution. Depuis décembre 2019, ledit organe d'Appel est paralysé. Au niveau des acteurs, la légitimité des acteurs tant visibles (juges, représentants des parties, etc.) qu'invisibles (experts, traducteurs, greffiers, etc.) est examinée. Les juristes privés, agissant sur la scène internationale, ne font pas exception à cette analyse de légitimité. Après, un premier chapitre consacré à l'analyse du cadre dans lequel s'inscrit la légitimité des juristes privés ainsi que de certains problèmes spécifiques liés à leur action, le second chapitre se concentrera sur un aspect essentiel de cette légitimité : la question de leur responsabilité.





## Chapitre I: Conceptualisation de la légitimité des juristes privés agissant pour les États litigants

Comment comprendre la question de la légitimité des juristes privés dans le contexte du contentieux international? Est-il possible même de parler de «légitimité» en droit international? Qu'est qui rend légitime un acteur intervenant sur la scène internationale? Quels problèmes de légitimité suscitent la présence et l'action de ces juristes pour le compte d'États? Ce chapitre sera consacré à l'examen de cette difficile notion de légitimité en l'appliquant au contexte du contentieux international (Section I), puis en analysant quelques problèmes de légitimité soulevés par l'action des avocats/conseils pour le compte des gouvernements (Section II).

### **Section I: Légitimité des juristes privés dans le contexte du contentieux international**

Pour mieux appréhender la légitimité de ces experts du droit international, il nous convient de clarifier le cadre contextuel dans lequel l'analyse de cette légitimité se déroule (A) de même que d'identifier les différentes perceptions de cette légitimité (B).

#### **A. Tentative de définition de la légitimité des avocats-agents et conseils**

Il n'est pas aisé de définir de façon précise ce que recouvre la notion de légitimité qui a d'ailleurs été qualifiée, entre autres, de concept nébuleux<sup>636</sup>, «slippery concept»<sup>637</sup> ou de concept ne se laissant pas facilement saisir<sup>638</sup>. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette difficulté définitionnelle. Tout d'abord, cette notion n'est pas purement juridique mais plutôt interdisciplinaire, se situant à la croisée

---

<sup>636</sup> Yuval Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts*, OUP, Oxford, 2014, p. 138.

<sup>637</sup> Nienke Grossman, Harlan Grant Cohen, Andreas Føllesdal et Geir Ulfstein, *Legitimacy and International Courts, a Framework* in Nienke Grossman, Harlan Grant Cohen, Andreas Føllesdal et Geir Ulfstein (eds), *Legitimacy and International Courts*, CUP, Cambridge, 2018, p. 4.

<sup>638</sup> Jacques Krynen, *Position du problème et actualité de la question* in Jacques Krynen et Jacques Raibaut, *La légitimité des juges, Actes du colloque des 29-30 octobre 2003*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 19

de disciplines telles que la philosophie, la sociologie, la science politique et le droit. De plus, le concept de légitimité a été, durant de nombreuses années, négligé en droit international avant que plusieurs auteurs ne s'intéressent à ce concept au cours de ces trente dernières années<sup>639</sup>. Actuellement, la question de la légitimité en droit international (tant des acteurs que des institutions ou encore du système-même du droit international) est au centre de très nombreuses recherches<sup>640</sup>. Cette abondante production intellectuelle n'a pas permis d'aboutir

<sup>639</sup> La doctrine s'accorde à dire que les écrits de Thomas M. Franck, «Legitimacy in the International System» *AJIL*, vol. 82, Issue 4, 1988, 705-759, et surtout *The Power of Legitimacy among Nations*, OUP, Oxford, 1990 constituent le point de départ de la réflexion des juristes sur la légitimité dans le contexte du droit international. Toutefois, on peut mentionner un article datant de 1966 et qui déjà se penchait sur la légitimité en droit international, Inis Claude, «Collective Legitimation as a Political Function of the United Nations» in *International Organization*, Vol. 20, No. 3, 1966, pp. 367-379.

<sup>640</sup> A titre illustratif des ouvrages consacrés à la légitimité en droit international, voir Rüdiger Wolfrum et Volker Röben (eds), *Legitimacy in International Law*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 2008; Yuval Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts*, OUP, Oxford, 2014; Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination, Moral Foundations for International Law*, OUP, Oxford, 2004; Albert Jan van den Berg (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (ICCA Congress Series, 18), WoltersKluwer, Alphen aan den Rijn, 2015; Armin Von Bogdandy et Ingo Venke, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, OUP, Oxford, 2014; Lukas H. Meyer (ed.), *Legitimacy, Justice and Public International Law*, CUP, Cambridge, 2009; Yves Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO*, CUP, Cambridge, 2014; Steven Wheatley, *The Democratic Legitimacy of International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010; Nienke Grossman, Harlan Grant Cohen, Andreas Føllesdal et Geir Ulfstein, *Legitimacy and International Courts*, CUP, Cambridge, 2018; Robert Howse, Helene Ruiz-Fabri, Geir Ulfstein et Michelle Q. Zang, *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals*, CUP, Cambridge, 2018; Dupuy, René-Jean, *La dialectique de la puissance et de la justice* in The Hague Academy of International Law (ed) *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 165, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 1979. Il existe aussi de nombreux articles consacrés à cette question tels que Samantha Besson, *La légitimité de l'arbitrage international d'investissement* in Jusletter 25, juli 2005; Christopher A. Thomas, «The Uses and Abuses of Legitimacy in International Law» in *The Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 34, n°4, 2014, p. 734; Nienke Grossman, «Legitimacy and International Adjudicative Bodies», in *The Georges Washington International Law Review*, vol.41, 2009; Susan D. Franck, «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions», *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, 1521; Grossman, «The Normative Legitimacy of International Courts», *Temple Law Review*, vol. 86, 2013, 61; Langford, Malcolm et Behn, Daniel, *Managing Backlash: The Evolving Investment Treaty Arbitrator?* (September 6, 2016), *EJIL*, Forthcoming; PluriCourts Research Paper No.16-14. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2835488>>. Pour en finir, sans doute faut-il mentionner l'existence du centre d'études *Pluricourts* sur les «*Legitimate Roles of the Judiciary in the Global Order*» de la faculté de droit de l'université d'Oslo (au Norvège). Ce centre s'est donné pour mission

à une définition unique de ce que recouvre la notion de légitimité en droit international. Comme l'a constaté un brin fataliste un auteur, il est « impossible de dégager une théorie cohérente, claire, à partir des travaux que lui ont consacrées {les différents auteurs} »<sup>641</sup>. Il ne sera pas question ici de reprendre tous les développements doctrinaux sur la question de la légitimité en droit international en général, ou la légitimité des acteurs dans le contentieux international, mais plutôt relever les aspects qui intéressent notre analyse, à savoir la légitimité des juristes privés intervenant pour le compte des États litigants.

### 1. *Légitimité et légalité*

Ce qui est assez constant dans les différentes tentatives de clarification de cette notion, c'est le fait que l'analyse de la notion de légitimité implique corrélativement celle de légalité<sup>642</sup>. D'ailleurs, le mot <légitimité> proviendrait du latin *legitimus* signifiant <estimé être selon la loi> et le dictionnaire Larousse définit la légitimité comme reposant sur « une autorité qui *est fondée sur des bases juridiques* ou sur des bases éthiques ou morales, et permet de recevoir le consentement des membres d'un groupe »<sup>643</sup> (c'est nous qui mettons en italiques). Par surabondance, l'une des formes ou catégories de légitimité est celle qui est qualifiée de légitimité juridique, et qui découlerait « du respect du droit de l'ordre juridique dans lequel se pose la question de légitimité »<sup>644</sup>. Celle-ci serait similaire à la légitimité légale de Christopher Thomas définie comme étant égale à « la validité juridique à l'exclusion des questions de justification morale »

---

d'étudier la légitimité des cours et tribunaux internationaux suivant une perspective juridique, politique et philosophique, pour de plus amples informations, voir leur site web, <<http://www.jus.uio.no/pluricourts/english/>> (20/07/2020).

<sup>641</sup> Jacques Krynen, p. 19.

<sup>642</sup> Alain Pellet, *Legislative and Executive Actions of International Institutions* in Rüdiger Wolfrum et Volker Röben (eds), *Legitimacy in International Law*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 2008, pp.67-68; Freya Baetens, *Unseen Actors in International Courts and Tribunals: Challenging the Legitimacy of International Adjudication* in Freya Baetens (ed.) *Legitimacy of Unseen Actors in International Adjudication*, CUP, Cambridge, 2019, p.; Anne Peters, *Membership in the Global Constitutional Community* in Jan Klabbers, Anne Peters and Geir Ulfstein (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, OUP, Oxford, 2009, pp. 235-236.

<sup>643</sup> Dictionnaire Larousse. Cette définition distingue entre deux grandes catégories de légitimité: celle fondée sur des bases juridiques et celle fondée sur des bases éthiques ou morales. De façon générale, les auteurs aussi distinguent entre deux grandes catégories de légitimité: « normative and sociological legitimacy; between normative and empirical legitimacy; between de jure and de facto legitimacy; and between moral and descriptive legitimacy », voir Thomas, p. 734. Même si les intitulés diffèrent, les fonctions assignées à ces deux grandes catégories sont pratiquement similaires.

<sup>644</sup> Besson, p. 5.

(c'est nous qui traduisons)<sup>645</sup>. Ici, l'accent est mis sur la conformité d'avec la norme légale ou juridique. Cela suppose l'existence de standards ou normes prédéfinis<sup>646</sup>.

L'analyse du tandem légalité-légitimité ne saurait faire l'économie du rappel de l'opposition classique entre le positivisme juridique et l'école de droit naturel<sup>647</sup>. La première école de pensée propose de considérer le droit comme un ensemble de règles à suivre, sans égard aux conséquences éthiques ou morales de celles-ci. Dans ce sens, la légitimité équivaudrait à la légalité, c'est-à-dire la conformité avec la norme juridique. Toutefois, et selon la seconde école, le droit existe et se développe dans un contexte dont il faut en tenir compte pour au besoin corriger la règle de droit lorsqu'elle n'est plus en conformité avec les attentes (par exemple morales ou éthiques) de son contexte d'origine. Dans le contexte international, faire équivaloir la légalité à la légitimité n'est pas une solution satisfaisante<sup>648</sup>. Plutôt, la légitimité apparaît un étalon révélateur de l'adéquation de la règle de droit aux attentes sociales dans lesquelles celle-ci existe. Lorsque ces attentes sont satisfaites, un élément supplémentaire s'ajoute à la légalité (à savoir la légitimité) tandis que celui-ci est soustrait (on parle alors d'illégitimité) lorsque ces attentes ne sont pas satisfaites : cet élément supplémentaire (légitimité) se révèle donc être une perception de l'acceptabilité de la règle de droit au sein d'un ordre social donné<sup>649</sup>.

C'est ainsi que nous pensons qu'il faut distinguer suivant les deux concepts. Selon un auteur, la légitimité est, d'abord, une catégorie intermédiaire entre la loi ferme < *lex lata* > et la politique < *lex feranda* > et qui, contrairement à la légalité, n'est pas le monopole des juristes, car impliquant tous les acteurs du groupe social en question<sup>650</sup>. Ensuite, la légitimité est une notion dynamique, relative et variable, susceptible de fluctuer avec le changement de perception quant à la justification de l'autorité. A contrario, la légalité est une conclusion définitive (pouvant certes être contredite). Par ailleurs, la légitimité admet une gradation dans la perception de légitimité (plus ou moins légitime) tandis que la légalité n'ad-

---

<sup>645</sup> Thomas, p. 735.

<sup>646</sup> Howse, Ruiz-Fabri, Ulfstein et Zang, p. 5.

<sup>647</sup> Alfred P. Rubin, *Ethics and Authority in International Law*, CUP, Cambridge, 1997, pp. 6-18; Vesselin Popovski, *Legality and Legitimacy of International Criminal Tribunals* in Richard Falk, Mark Juergensmeyer et Vesselin Popovski (eds), *Legality and Legitimacy in Global Affairs*, Oxford Scholarship Online, 2012, pp. 388-389.

<sup>648</sup> Vesselin Popovski, *Legality and Legitimacy of International Criminal Tribunals*, p. 389.

<sup>649</sup> Tulio Treves, *Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals* in Wolfrum and Röben (eds.), *Legitimacy in International Law*, p. 170.

<sup>650</sup> Voir Vesselin Popovski, *Legality and Legitimacy of International Criminal Tribunals* p. 389.

met qu'une approche binaire (légal/illégal)<sup>651</sup>. Aussi, ces deux notions diffèrent quant au moment de leur évaluation. La légalité repose sur une appréciation *ex ante*, une analyse en début de processus tandis que la légitimité se fonde sur une analyse *ex post*, suivant les conséquences de la norme dans le groupe en question<sup>652</sup>. Enfin, la légalité n'offre qu'une seule justification à l'exercice d'une autorité (à savoir la conformité à la loi) tandis que la légitimité en offre plusieurs autres<sup>653</sup>. Il n'est, par exemple, pas rare d'entendre que l'exercice d'une autorité était illégal mais légitime<sup>654</sup>. C'est ainsi que certaines opérations militaires notamment ont pu être menées, quoique ne bénéficiant pas de l'autorisation requise selon le droit international à l'exemple de l'opération de l'Organisation pour le Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) au Kosovo pour stopper les atrocités commises par les forces armées serbes contre les populations albanaises installées au Kosovo. Même si pareille opération n'a pas reçu l'autorisation du Conseil de Sécurité de l'ONU, la Commission Internationale Indépendante pour le Kosovo a estimé que cette action était <légitime> en la justifiant par des motifs d'ordre moral<sup>655</sup>. Cela a fondé *a posteriori* la théorie de la responsabilité de protéger en droit international<sup>656</sup>.

La légitimité peut être analysée sous l'angle normatif ou sociologique. Normativement, cette notion suppose l'existence de normes ou standards prédéfinis qui permettront d'apprécier l'autorité d'un acteur ou d'une institution donnée. Un acteur devra se conformer auxdits standards ou critères pour être qualifié de <lé-

<sup>651</sup> Ibid. Sergey Vasiliev, *Between International Criminal Justice and Injustice: Theorising Legitimacy* in Nobuo Hayashi et Cecilia M. Bailliet (eds), *The Legitimacy of International Criminal Tribunals*, CUP, Cambridge, 2017, p. 75.

<sup>652</sup> «Legality is estimated and judged through an adjudicative process with a clear final answer in favor or against. There can be dissenting opinions, challenges, and appeals against legality judgments, but these can also be seen as part of the process of deliberation. Legitimacy needs more time to develop; it can build up or slip down, gain or lose support. Legitimacy needs to be sustained by continuous efforts and could be linked to effectiveness. It is a more result- dependent category than legality. Legitimacy can be lost, for example, if a policy, adopted in a legally perfect way, has made people's life worse or has no prospect of achievement», Popovski, p. 390; voir aussi Vasiliev, p. 75-76.

<sup>653</sup> Daniel Bodanski, *The Concept of Legitimacy in International Law* in Rüdiger Wolfrum et Volker Röben (eds), *Legitimacy in International Law*, p. 311; Selon un auteur, la justification de l'autorité peut être d'ordre éthique, religieux, rationnel ou même inconscient, voir Popovski, p. 389.

<sup>654</sup> Ibid.

<sup>655</sup> The Independent International Commission on Kosovo, *The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned*, OUP, 2000, p. 289, disponible sous <<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/6D26FF88119644CFC1256989005CD392-thekosovoreport.pdf>> (20/07/2020).

<sup>656</sup> <<http://www.un.org/fr/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml>> (20/07/2020).

gitime», suivant l'approche normative. Sociologiquement, l'accent est plutôt mis sur la perception ou la croyance selon laquelle l'autorité d'un acteur donné est justifiée ou non. Il s'agit, dans ce second cas, d'une approche «empirique» qui souligne la réelle perception qu'ont des acteurs, de l'autorité ou du pouvoir d'une institution<sup>657</sup>. C'est cette seconde conception de la légitimité qui nous intéresse dans la mesure où celle-ci ne n'est pas relative seulement à la conformité d'avec une norme mais beaucoup plus à la justification d'une autorité<sup>658</sup>. Un auteur définit d'ailleurs l'acteur légitime comme «celui dont l'autorité est perçue comme justifiée»<sup>659</sup>. Cet acteur doit posséder des qualités qui poussent les membres de son ordre social à accepter son autorité compte tenu d'un sentiment général selon lequel son autorité est perçue comme justifiée<sup>660</sup>. Quelles sont donc les qualités ou facteurs qui influencent la perception de l'autorité des juristes privés agissant pour le compte d'États litigants ? Comment est donc perçue cette autorité ? Quelles perceptions revêtent une importance pour notre analyse ? Dans une perspective sociologique, la légitimité opère toujours au sein d'un groupe ou d'un ordre donné<sup>661</sup>. Un acteur (ou une institution) est légitime lorsque son autorité est acceptée, perçue comme justifiée, par les acteurs-clés de l'ordre au sein duquel celui-ci opère<sup>662</sup>. Étant donné la nature subjective de cette acceptation d'autorité, un tel acteur peut apparaître légitime aux yeux seulement de quelques acteurs-clés : on parlera alors de légitimité relative<sup>663</sup>. Toujours en ce qui concerne la dimension subjective de cette perception, celle-ci peut évoluer dans le temps. Mais avant de répondre à ces interrogations, sans doute faut-il expliciter la notion d'autorité, notion-clé de la légitimité.

---

<sup>657</sup> Grossman, Cohen, Føllesdal et Ulfstein, p. 4 ; voir aussi Howse, Ruiz-Fabri, Ulfstein et Zang, p. 5.

<sup>658</sup> Bodansky, *The Concept of Legitimacy in international Law*, p. 312. Toutefois, certains auteurs, notamment de l'école classique traditionnelle de droit naturel, considèrent la justification morale comme étant un élément essentiel de la légitimité juridique, voir Thomas, p. 735.

<sup>659</sup> Grossman, «Legitimacy and International Adjudicative Bodies», p. 115. Dans le même sens, des auteurs estiment que la légitimité se rapporte à la question de savoir si le pouvoir ou l'autorité d'une institution peut être dûment justifié, voir Howse, Ruiz-Fabri, Ulfstein et Zang, p. 5.

<sup>660</sup> Daniel Bodansky, «The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?» in *AJIL*, vol. 93, 1999, p. 600.

<sup>661</sup> Yuval Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts*, p. 138.

<sup>662</sup> Lukas H. Meyer et Pranay Sanklecha, *Introduction: Legitimacy, Justice and Public International Law. Three Perspectives on the Debate* in Lukas H. Meyer (ed), *Legitimacy, Justice and Public International Law*, p. 2. C'est aussi dans ce sens que la légitimité est utilisée par Grossman, Cohen, Føllesdal et Ulfstein, *Legitimacy and International Courts, a Framework*, p. 3.

<sup>663</sup> Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts*, p. 139.

## 2. *Légitimité et autorité*

La notion d'autorité est centrale dans l'analyse de la notion de légitimité car cette dernière n'est pas seulement liée à la conformité mais aussi à la justification d'une autorité<sup>664</sup>. Qu'est-ce que l'autorité? L'autorité est généralement entendue comme «la capacité juridique de déterminer les autres et de réduire leur liberté, c'est-à-dire de concevoir unilatéralement leur situation légale ou factuelle»<sup>665</sup>. Plus spécifiquement, l'autorité doit être entendue ici comme la capacité qu'a le représentant de lier ou contraindre (au moins juridiquement et politiquement) par ses actions un État donné<sup>666</sup>. L'hypothèse ici est qu'un agent, représentant un gouvernement devant une juridiction, exerce une portion d'autorité publique compte tenu des pouvoirs dont il bénéficie<sup>667</sup>. Son autorité découle ainsi de son <pouvoir> de représentation. Ainsi, l'avocat-agent (ou conseil) peut être vu comme exerçant une autorité compte tenu de son rôle dans la procédure de règlement des différends, de son rôle spécifique dans la représentation de l'État litigant et des répercussions de la décision à venir sur l'État représenté. Cette légitimité de l'autorité du juriste international concerne davantage l'avocat-agent plutôt que l'avocat-conseil, eu égard aux pouvoirs conférés à chacun. Le premier bénéficie, en effet, d'une délégation significative d'autorité de la part de l'État représenté et peut lier ce dernier par chacune de ses actions. Ce qui n'est pas toujours le cas de l'avocat-conseil. Toutefois, il peut arriver que l'avocat-conseil bénéficie de pouvoirs plus étendus que ceux d'un conseil ordinaire<sup>668</sup>. Ce qui pourrait le rapprocher de la situation de l'agent, quoique formellement, ledit avocat doit être considéré comme un assistant. Est-ce que cette autorité est justifiée? Qu'est-ce qui justifie l'exercice du pouvoir (politique) par des avocats privés? Plus généralement, qu'est-ce qui rend l'exercice du pouvoir

<sup>664</sup> Bodansky, *The Concept of Legitimacy in international Law*, p. 312.

<sup>665</sup> Philipp Dann et Marie von Engelhardt, *Legal Approaches to Global Governance and Accountability: Informal Lawmaking, International Public Authority, and Global Administrative Law Compared* in Joost Pauwelyn, Ramses A. Wessel et Jan Wouters (eds), *Informal International Lawmaking*, OUP, Oxford, 2012, p. 110.

<sup>666</sup> Rüdiger Wolfrum, *Legitimacy in International Law* in Rüdiger Wolfrum (ed.) *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, OUP, Oxford, 2012, p. 809.

<sup>667</sup> Pour un auteur, la «légalité transforme le pouvoir en autorité» (c'est nous qui traduisons), Stephan W. Schill, *Developing a Framework for the Legitimacy of International Arbitration* in Albert Jan van den Berg (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, p. 791. D'autres auteurs établissent aussi le lien entre autorité (publique) et pouvoirs, see Armin Von Bogdandy and Ingo Venke, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, OUP, Oxford, 2014, p. 17.

<sup>668</sup> Ce que Alain Pellet qualifie de <main Counsel> que l'on pourrait traduire par <conseil principal>, voir Alain Pellet, *The Role of the International Lawyer in International Litigation* in Chanaka Wickremasinghe (ed), *The International Lawyer as Practitioner*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2000, pp. 153-157.

politique moralement justifié<sup>669</sup>? La réponse à ces interrogations passe par l'examen des différentes perceptions de légitimité de ces acteurs privés.

## **B. Légitimité et problèmes de légitimité des juristes privés**

Le conseil privé, qu'il agisse en qualité de représentant ou d'assistant étatique, bénéficie d'un stock initial de légitimité au regard notamment des justificatifs traditionnels de légitimité (1). Celui-ci s'est quelque peu effrité si l'on analyse les récentes critiques formulées à leur encontre. Celles-ci permettent en effet, de souligner les limites des critères traditionnels de légitimité (2).

### *1. Un stock initial de légitimité*

La doctrine distingue, traditionnellement, entre trois justifications possibles de l'autorité publique: la justification basée sur la source de l'autorité, la justification processuelle et la justification axée sur les résultats<sup>670</sup>. Ainsi, l'autorité peut être légitimée par sa source, sa procédure ou les résultats produits ou encore par une combinaison de ces trois éléments.

Du point de vue de la source, la légitimité des juristes privés provient de la volonté étatique. Cette volonté suffit à justifier l'autorité de l'acteur qui en bénéficie, et cela qui qu'il soit. En effet, le consentement étatique est traditionnellement perçu comme étant la principale source de légitimité en droit international<sup>671</sup>. D'ailleurs, ce consentement est aussi à la base de la légitimité des juridictions internationales<sup>672</sup>. Ces juristes privés, ayant été recrutés par un État aux fins de représentation devant une juridiction internationale, sont donc légitimes pour l'exercice de cette autorité au nom de cet État, par le simple fait de ce consentement<sup>673</sup>. Ce consentement est matérialisé dans les textes internationaux organisant le règlement juridictionnel des différends et, par lesquels, les États ont prévu des rôles pour les juristes privés. Ledit consentement se retrouve

---

<sup>669</sup> Buchanan, p. 233.

<sup>670</sup> Voir Volker Röben, *What About Hobbes? Legitimacy as a Matter of Inclusion in the Functional and Rational Exercise of International Public Power* in Wolfrum et Röben (eds) *Legitimacy in international Law*, pp. 355-356; Rüdiger Wolfrum, *Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations* in Wolfrum and Röben (eds.), *Legitimacy in International Law*, p. 6; Yuval Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts*, p. 141.

<sup>671</sup> Rüdiger Wolfrum, «Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations», pp. 6-10; Wolfrum, *Legitimacy in International Law*, p. 809.

<sup>672</sup> Von Bogdandy et Venke, p. 18.

<sup>673</sup> Rüdiger Wolfrum, «Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations», pp. 20-24; Rüdiger Wolfrum, *Legitimacy in International Law*, pp. 809-813.



aussi dans l'acte administratif par lequel le juriste privé est recruté. De façon générale, ce consentement peut être formel ou informel, direct ou indirect, actif ou passif, donné *ex ante* ou *ex post*<sup>674</sup>.

Du point de vue de la procédure, il est généralement entendu que l'autorité peut être légitimée si la décision finale est le résultat d'une procédure équitable et adéquate: on parle aussi de *procedural fairness*<sup>675</sup>, de *right process*<sup>676</sup>, de *performance legitimacy*<sup>677</sup>. Dans ce sens, les juristes peuvent permettre de rétablir l'égalité entre parties litigantes en permettant aux États ne disposant pas de ressources humaines adéquates de bénéficier de l'expertise nécessaire. Cette expertise devient donc un justificatif de leur autorité. Cette justification a été soulignée par certains tribunaux comme, par exemple, l'ORD de l'OMC pour qui la compétence des juristes privés devrait leur ouvrir l'accès aux procédures internationales. Selon cet organe, seule la sélection de juristes (privés) compétents pouvait permettre une représentation suffisante de l'État et assurer une meilleure des intérêts de celui-ci. Cet organe fera remarquer qu'une telle représentation peut revêtir une importance particulière pour les États ne disposant pas de l'expertise nécessaire au niveau local<sup>678</sup>. Cette opinion sera également partagée par le tribunal arbitral dans l'affaire Yukos qui félicitait les conseils pour leur haut niveau de professionnalisme<sup>679</sup>. Toutefois, il importe de tenir compte de la dimension éthique dans l'analyse de l'expertise comme standard de légitimité<sup>680</sup>. Nous reviendrons sur l'aspect éthique de leur action, dans le second chapitre de cette partie. Dans le même sens, on peut souligner le fait que ces experts privés contribuent à l'équité de la procédure en décelant les fausses preuves (comme ce fut le cas dans l'affaire Qatar vs. Bahreïn)<sup>681</sup> et en refusant de faire usage de preuves illégalement acquises (à l'image de l'affaire Libanaco c. Turquie)<sup>682</sup>.

<sup>674</sup> Sergey Vasiliev, *Between International Criminal Justice and Injustice: Theorising Legitimacy*, p. 85.

<sup>675</sup> Wolfrum, p. 6; Grossman, *Legitimacy and International Adjudicative Bodies*, pp. 9-10.

<sup>676</sup> Franck, *The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium* in AJIL, vol. 100, n° 1, 2006, p. 91.

<sup>677</sup> Sergey Vasiliev, *Between International Criminal Justice and Injustice: Theorising Legitimacy*, p. 86.

<sup>678</sup> WTO, Appellate Body Report, *European Communities- Bananas*, adopted 9 September 1997, WT/DS27/AB/R, p. 7, para 12.

<sup>679</sup> PCA case No. AA 227, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. The Russian Federation*, Final award, 18 July 2014, p. 577.

<sup>680</sup> René Uruena, *Conflict of Interest in Global Governance* in Anne Peters and Lukas Handschin (eds), *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, CUP, Cambridge, 2012, p. 98.

<sup>681</sup> *Supra*, pp. 109-110.

<sup>682</sup> *Supra*, p. 110.

Un autre facteur est leur neutralité ou leur indépendance (vis-à-vis des pressions politiques locales). La professeure Grossman a développé ce facteur pour le cas des juges internationaux<sup>683</sup> mais il est possible de l'appliquer aussi aux juristes internationaux car beaucoup de ceux-ci, à l'instar des juges internationaux, font partie du groupe de « personnes jouissant de la plus haute considération morale, et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou qui sont des jurisconsultes possédant une compétence notoire en matière de droit international »<sup>684</sup>, sans oublier le fait que ces juristes exercent les fonctions d'avocats et d'arbitres : the double hatting syndrom<sup>685</sup>. Étant extérieur à l'État litigant, les juristes internationaux peuvent apporter un regard indépendant et neutre sur l'affaire en cours<sup>686</sup>; ce qui n'est pas toujours le cas avec les employés gouvernementaux dont l'apport peut être considérablement limité par des facteurs tels que la pression politique ou les rivalités entre départements gouvernementaux<sup>687</sup>.

Du point de vue des résultats, la légitimité d'un acteur dépend de la façon dont celui-ci s'acquitte de la fonction qui lui est assignée. Ici aussi l'analogie provient de la situation des cours et tribunaux internationaux<sup>688</sup>. Cette fonction (ou ces fonctions) est appréciée de façon large et inclut des éléments tels la bonne exécution de la mission pour le compte de l'État ayant recruté le juriste, la contribution de celui-ci à l'atteinte des objectifs assigné au tribunal devant lequel il intervient, son influence dans le développement du droit international en

---

<sup>683</sup> Voir Grossman, *Legitimacy and International Adjudicative Bodies*, pp. 10-15

<sup>684</sup> Article 2 du statut CIJ. L'exigence de la « compétence notoire dans le domaine du droit de la mer » est mentionnée à l'article 2 du statut TIDM. De même, l'article 14 de la Convention CIRDI souligne l'importance de la « compétence en matière juridique » des personnes désignées sur la liste des arbitres; voir aussi Aznar-Gomez, Article 2 in Zimmermann *et al* (eds), *The Statute of the International Court of Justice, a Commentary*, 2<sup>e</sup> ed., OUP, Oxford, 2012, pp. 243-246.

<sup>685</sup> Infra section II, A, 3.1.1.

<sup>686</sup> Sir Arthur Watts, *Preparation for International Litigation* in Tafsir Malick Ndiaye et Rudiger Wolfrum (eds), *Law of the Sea, Environmental law and Settlement of Disputes, Liber Amicorum Juge Thomas A. Mensah*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden/Boston, 2007, p. 331.

<sup>687</sup> James Crawford, *Advocacy Before International Tribunals in State-to-State Cases* in Doak Bishop et Edward G. Kehoe (eds.), *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2<sup>nd</sup> ed., JurisNet, New York, 2010, p. 308. Une liste de facteurs influant sur la légitimité des tribunaux internationaux a été fournie. Certains d'entre eux peuvent s'appliquer à l'analyse de la légitimité des juristes privés, voir Grossman, Cohen, Føllesdal and Ulfstein, *Legitimacy and International Courts, a Framework*, p. 22.

<sup>688</sup> Vasiliev, *Between International Criminal Justice and Injustice: Theorising Legitimacy*, p. 87.

général<sup>689</sup>. Dans ce sens, le juge Cot a souligné «l'éminente contribution des avocats/conseils dans l'accomplissement des missions assignées aux tribunaux»<sup>690</sup>. Ce qui est un argument justifiant l'autorité de ces experts juridiques. Toutefois, ce «stock de légitimité»<sup>691</sup> s'est quelque peu effrité avec les récentes critiques formulées contre ces avocats. Celles-ci ont trait notamment à leur responsabilité au plan international, au coût de leurs prestations, à leur influence sur la nature même du mécanisme de règlement des différends internationaux. Ces problèmes spécifiques seront analysés plus loin, dans la seconde partie de ce chapitre.

## 2. *La légitimité des avocats-conseils à l'épreuve des critiques émises contre leur action: l'insuffisance des standards traditionnels à justifier cette autorité*

L'existence de ces justificatifs n'a pas empêché l'émergence de critiques remettant en cause l'autorité de ces acteurs privés, agissant pour le compte d'États litigants. Ces critiques soulignent l'insuffisance des justificatifs traditionnels de la légitimité des juristes (a). L'une des critiques est relative à l'impact-même du juriste sur la nature du procès international (b).

### *a. La remise en cause des justificatifs traditionnels de la légitimité*

De plus en plus, le consentement étatique comme source exclusive de légitimité tend à se révéler insuffisant et nécessite d'être complété par d'autres éléments tels le comportement judiciaire ou les dispositifs institutionnels<sup>692</sup>. Le consentement étatique serait, par ailleurs, moralement «anéémique»<sup>693</sup>, c'est-à-dire qu'il est moralement neutre. Déjà, en droit international général, le consentement étatique (matérialisé dans les traités) n'est pas l'unique source d'autorité: la coutume, les principes généraux de droit, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés sont autant de sources prévues à l'article 38 Statut CIJ. Celles-ci peuvent donc justifier l'exercice d'une autorité<sup>694</sup>. Aussi, et même

---

<sup>689</sup> Voir Grossman, Cohen, Føllesdal and Ulfstein, *Legitimacy and International Courts, a Framework*, p. 6.

<sup>690</sup> Grand prince (*Belize c. France*), déclaration de M. Cot, juge ad hoc, p. 53, para 12.

<sup>691</sup> Yuval Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts*, p. 145.

<sup>692</sup> Allen Buchanan, p. 234; Yves Bonzon, pp. 45-50; Robert Howse, Helene Ruiz-Fabri, Geir Ulfstein and Michelle Q. Zang, pp. 5-6.

<sup>693</sup> Allen Buchanan, *The Legitimacy of International Law* in Samantha Besson et John Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law*, OUP, New York, 2010, p. 91.

<sup>694</sup> Yvonne McDermott et Wedad Elmaalul, *Legitimacy* in William A. Schabas et Shannon-brooke Murphy (eds), *Research Handbook on International Courts and Tribunals*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2017, pp. 231-232.

si les tribunaux internationaux bénéficient du consentement des États, la question de leur capacité à répondre aux attentes de ces États s'est posée. Lorsque ces attentes ne sont pas satisfaites, certains États n'ont pas hésité à se retirer des traités instituant des mécanismes de règlement des différends internationaux ou encore à s'interroger sur la raison d'être-même des tribunaux internationaux<sup>695</sup>. De plus, même si les États ont consenti à la création d'institutions telles les organes des Nations Unies, il n'en demeure pas moins que ces mêmes États ont souvent critiqué ces mêmes organes en qualifiant leurs actes d'illégitimes<sup>696</sup>. C'est ainsi que des auteurs ont développé des critères additionnels pour justifier l'autorité des acteurs et institutions en droit international, tels le test de la gouvernance démocratique<sup>697</sup> ou encore le modèle constitutionnel développé par Mathias Kumm<sup>698</sup>, composé de quatre principes: le principe formel de la légalité internationale, les principes juridictionnels de subsidiarité, le principe procédural de la participation adéquate et de la responsabilité, ainsi que le principe de fond de l'obtention de résultats qui ne violent pas les droits fondamentaux et qui sont raisonnables<sup>699</sup>.

---

<sup>695</sup> A titre illustratif, la république bolivienne s'est retirée de la convention CIRDI, par une décision en date du 1<sup>er</sup> mai 2007. Quelques temps plus tard, le 09 juillet 2009 plus exactement, l'Équateur en fit de même, voir Grossmann, «Legitimacy and International Adjudicative Bodies», pp. 107-108. Plus récemment, le Venezuela est venu grossir le rang des pays s'étant retirés de l'accord CIRDI, avec sa dénonciation en date du 24 janvier 2012, voir <<https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/lessons-venezuela-icsids-post-denunciation-phase>> (20/07/2020). L'Afrique du Sud, l'Indonésie et l'Inde se sont aussi retirés de plusieurs accords bilatéraux d'investissements, voir Andrea K. Bjorklund, *The Legitimacy of the ICSID* in Nienke Grossman, Harlan Grant Cohen, Andreas Føllesdal and Geir Ulfstein, *Legitimacy and International Courts, a Framework*, p. 242, note 31. Le même mouvement s'observe au niveau des juridictions pénales avec le retrait du Burundi du traité de Rome instituant la Cour pénale internationale (depuis le 27 octobre 2017). Les Philippines viennent de se retirer aussi dudit Traité, par une décision entrée en vigueur le 17 mars 2019, voir <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10&chapter=18&clang=\\_fr#2](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_fr#2)> (20/07/2020). Avec le Brexit, la question du maintien de la Grande Bretagne au niveau des institutions communautaires européennes, et notamment la Cour de justice de l'Union Européenne, se pose avec insistance.

<sup>696</sup> Sur ce point, voir Conforti Benedetto, *Le rôle de l'accord dans le système des Nations Unies* in The Hague Academy of International Law (ed) *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 142, Leiden | Boston, Brill | Nijhoff, 1974, pp. 220-222.

<sup>697</sup> Rüdiger Wolfrum, «Legitimacy in Internal Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations», pp. 20-24.

<sup>698</sup> Mathias Kumm, «Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis in the EJIL», vol. 15, n° 5, 2004, pp. 907-931.

<sup>699</sup> *Ibid.*, p. 917.

Dans la récente affaire de *Norstar*, l'un des juges va regretter la nomination d'un avocat privé comme agent étatique alors que celle-ci était conforme à la volonté de l'État concerné. D'ailleurs, cette nomination sera qualifiée de «singulière»<sup>700</sup>. Un tel regret pourrait illustrer l'idée selon laquelle lesdits juristes, en raison de leur qualité d'acteurs privés, ne jouissent pas d'une pleine légitimité comme représentants étatiques, aux yeux des tribunaux internationaux (ou de certains juges). Tout au plus, la justification de l'autorité de ces avocats-agents serait incomplète si cette autorité est exclusivement exercée par ces acteurs privés. Le passage suivant est assez révélateur à ce sujet: «Certes, rien n'interdit à un État de désigner une personne privée comme agent dans une affaire portée devant un tribunal international. J'observe cependant que le Panama n'a pas daigné plaider à la barre du Tribunal par la voix d'un de ses fonctionnaires. On relève tout au plus la présence muette, lors de la procédure orale, d'une fonctionnaire chargée de l'immatriculation des navires au consulat général de Hambourg. S'agissant d'une procédure interétatique engagée devant une juridiction internationale, la situation était singulière pour le moins»<sup>701</sup>. En d'autres termes, même si la personne privée bénéficie d'un mandat de l'État (consentement), son autorité n'est pas totalement justifiée, en comparaison à un fonctionnaire étatique. La partie adverse qui était aussi représentée par un juriste (qui travaillait dans l'administration publique de l'État en question) ne recevra pas de critique quant à sa représentation. Cette critique souligne d'abord le consentement étatique sur lequel se fonde l'autorité de l'avocat-agent avant d'invoquer des critères additionnels pour la justification d'une telle autorité. Le critère du consentement étatique apparaît alors comme insuffisant. Il est intéressant de noter que ce tribunal reprend, à son compte, la formulation négative utilisée par l'Organe d'Appel de l'OMC dans l'affaire *EC-Bananas* et que nous avons analysée plus haut<sup>702</sup>.

Cette remise en cause touche aussi les autres standards traditionnels de légitimité. Ainsi, en est-il de leur neutralité (ou indépendance) qui est remise en cause par les nombreux conflits d'intérêts auxquels ils peuvent être confrontés<sup>703</sup>. De même et du point de vue de la procédure, l'équité procédurale est aussi menacée par l'utilisation des «guerilla tactics». C'est ainsi que les manœuvres d'un juriste privé ont «pollué» les débats dans l'affaire du *Navire Louisa*<sup>704</sup>. Lesdites manœuvres peuvent même porter atteinte à l'égalité des parties, en octroyant à

<sup>700</sup> *Navire «Norstar» (Panama c. Italie)*, Exceptions Préliminaires, Déclaration de M. Cot, Juge, TIDM, recueil 2016, p. 44.

<sup>701</sup> Ibid.

<sup>702</sup> *Supra*, pp. 86-87.

<sup>703</sup> *Infra*, section II, A 3.

<sup>704</sup> *Navire Louisa (Saint Vincent et les Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, arrêt, opinion individuelle de M. Cot, p. 123.

l'une d'entre elles un avantage indu. Cette remise en cause se manifeste aussi au travers d'une critique majeure émise à l'encontre des juristes privés : la présence de ceux-ci aurait un impact sur la nature-même du système de règlement des différends impliquant l'entité étatique. Cette critique peut être analysée comme une combinaison de la légitimité se fondant sur la procédure et les résultats.

*b. Juristes privés et contentieux international : vers une privatisation du système de règlement des différends internationaux ?*

Dans son acception générale, la privatisation est une « opération consistant pour un État à céder en totalité ou en partie des entreprises publiques à des personnes privées »<sup>705</sup>. Dans notre cas, il n'y a pas de cession d'entreprise ou de biens publics. Plutôt, l'acteur privé se voit confier une mission ou activité relevant du domaine régalién de l'État. Cela s'apparente plutôt à la délégation de service public de droit administratif qui est un « procédé de gestion des services publics consistant pour la personne publique ... qui en a légalement la charge à externaliser une activité en en confiant le fonctionnement à une autre personne juridique (généralement une société privée) au moyen de durée limitée conclu avec celle-ci »<sup>706</sup>. Toutefois la délégation de service public ne s'étend pas aux missions souveraines de l'État. La privatisation est entendue ici dans le sens de la défense des intérêts publics par le recours aux moyens privés, et plus précisément par le recours aux juristes privés dans notre cas d'espèce.

Il convient de souligner deux phénomènes particulièrement importants. D'un côté, l'on observe aussi une globalisation de l'activité légale de prestations des services juridiques<sup>707</sup>. L'Europe a longtemps fait de la résistance à une telle globalisation : c'est ainsi que la profession d'avocat européen n'a pas pu voir le jour<sup>708</sup>. Toutefois, l'influence des « mega Law firms » américaines, combinée aux processus d'intégration régionaux, ont entraîné une sorte d'internationalisation ou d'exportation de la pratique nationale vers le(s) marché(s) international(aux)<sup>709</sup>. On assiste désormais à une globalisation du marché des prestations

---

<sup>705</sup> Jean Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 886.

<sup>706</sup> Serge Guinchard et Thierry Debard (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques 2013, 20* ed., 2012, p. 300.

<sup>707</sup> Ce qu'un auteur va qualifier de « internalization of the Practice of Law », voir Carolyn B. Lamm, *Internationalization of the Practice of Law in The Hague Academy of International Law* (ed) *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 354, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2012, pp. 9-61.

<sup>708</sup> Antoine Vauchez, *Avocats (C.J.U.E.)* in Elisabeth Lambert Abdelgawad et Hélène Michel (eds), *Dictionnaire des acteurs de l'Europe*, Larcier, Bruxelles, 2015, pp. 48-50.

<sup>709</sup> Yves Dezalay, *Marchands de droit, La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, Paris, 1992, pp. 189-201 ; Ole Hammerslev, *The*

de services juridiques<sup>710</sup>. De l'autre, il peut s'observer une évolution dans la stratégie et les moyens d'intervention étatiques : l'on assiste à une sorte de « repli »<sup>711</sup> ou « retrait » de l'État, conséquence de la « diffusion » du pouvoir et de l'autorité étatiques en direction des institutions et acteurs privés<sup>712</sup>. Une telle évolution a une incidence sur la légitimité, la souveraineté et l'autorité étatiques. Il faut dire que la conception traditionnelle de l'entité étatique avec une centralisation du pouvoir politique et de l'autorité bureaucratique est remise en cause en ce qui concerne notamment les domaines régaliens (économiques principalement mais pas exclusivement) où la montée en puissance de nouveaux acteurs (essentiellement non étatiques ou privés) appelle à un réaménagement des rôles : « Affaibli par une mondialisation qu'il paraît contraint d'épouser, l'État souverain se désengage d'activités qu'il exerçait auparavant lui-même par l'intermédiaire de ses services, pour les confier à des opérateurs privés ... D'un point de vue matériel, et indépendamment de la forme qu'il peut prendre – qu'il s'agisse d'une privatisation ou d'une délégation –, ce désengagement a fait des entreprises multinationales un des relais incontournables de l'État »<sup>713</sup>.

Dans le procès international, ce repli de l'action étatique se manifeste notamment par le fréquent recours aux avocats et conseils (acteurs non étatiques), pour la défense des intérêts publics. Une telle solution tient-elle suffisamment compte de la spécificité des gouvernements comme parties litigantes ? Quel est l'impact d'une telle présence (présence non étatique ou privée) sur la nature même du système de règlements des différends impliquant les États ? Est-ce que le rôle important joué par ces juristes privés pour le compte des sujets origi-

---

*European Union and the United States in Eastern Europe, Two ways of exporting law, expertise and state power* in Yves Dezalay et Bryant G. Garth (eds), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Routledge, Londres, 2011, p. 134-155.

<sup>710</sup> Cité par Ana Fernández Pérez, *Conflicts of interests of arbitrators in international law firms in Arbitration International*, vol. 34, issue 1, p. 118.

<sup>711</sup> Beatrice Hibou, *From Privatizing the Economy to Privatizing the State: an Analysis on the Continual Formation of the State* in Beatrice Hibou, *Privatizing the State*, Columbia University Press, New York, 2014, p. ; Pierre Lalive, « Raison d'Etat » et Arbitrage International in *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century: Liber Amicorum Karl-Heinz Böcktiel*, Carl Heymanns KG, Köln/Bern/München, 2001, p. 469.

<sup>712</sup> Rosalyn Higgins, *Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom* in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001, p. 121-122.

<sup>713</sup> Manuel Devers, *La responsabilité civile des entreprises multinationales pour fait internationalement illicite* in Anne Peters et al. (dir), *Les acteurs à l'ère du constitutionalisme global*, Société de législation comparée., Paris, 2014. p. 143 ; voir aussi Monica Blagescu et Robert Lloyd, *Accountability of Transnational Actors: is there Scope for Cross-sector Principles?* In Anne Peters et al. (eds.), *Non-state Actors as Standard Setters*, CUP, Cambridge, 2009, p. 275.

nels de droit international est synonyme de privatisation du mécanisme de résolution des différends internationaux ?

La mission de défense et de protection des intérêts publics devant les juridictions nationales et internationales est une mission souveraine de l'État<sup>714</sup>. Compte tenu de ses implications, la privatisation d'une telle fonction n'a pas manqué de faire réagir la jurisprudence et la doctrine. Déjà, le Panel de l'OMC dans l'affaire EC-Bananas, invoquait parmi les raisons justifiant sa décision d'exclure des juristes privés des procédures de cet organe de règlement des différends, le probable impact d'une telle présence sur le caractère intergouvernemental dudit organe<sup>715</sup>. En d'autres termes, admettre des acteurs privés devant une juridiction publique (internationale) pourrait entraîner la «privatisation» de ladite juridiction. Même si le caractère intergouvernemental d'une juridiction n'est pas tributaire du statut (employés gouvernementaux ou non) des représentants envoyés par chaque Membre devant celle-ci, une telle déclaration est révélatrice de la méfiance de cet organe vis-à-vis desdits acteurs privés.

Tout autre est l'opinion du TIDM, ou plus exactement d'un des juges du TIDM. Selon le juge Cot, en effet, «la délégation de souveraineté par l'État ... du fait de la désignation d'un avocat comme agent»<sup>716</sup> n'influe pas sur le caractère interétatique du Tribunal et du litige qui lui est soumis. Ce dernier demeure «interétatique»<sup>717</sup>. Il renchérit en constatant que des «États ont de par le passé, et certainement dans le présent, privatisé des prérogatives souveraines plus essentielles que la représentation devant un tribunal international» (c'est nous qui traduisons)<sup>718</sup>. Toutefois, dans l'affaire Louisa, il qualifiera le contentieux intergouvernemental de «fiction» compte tenu de la forte présence des acteurs et des intérêts privés dans celui-ci. «Les contentieux de caractère mixte, semi publics, semi privés, se multiplient. Agents et co-agents sont souvent des représentants d'une personne privée agissant dans la fiction d'un contentieux intergouvernemental et d'une protection diplomatique en feuille de vigne»<sup>719</sup>. De même, dans l'affaire Norstar, ledit juge estimera que la procédure présente un caractère mixte compte tenu notamment du rôle prépondérant assumé par le juriste

---

<sup>714</sup> Calvo, p. 163.

<sup>715</sup> OMC, *Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Rapport Du Groupe Spécial, pp. 328, para 7.11.

<sup>716</sup> «Grand Prince» (*Belize c. France*), prompt mainlevée, arrêt, déclaration de M. Cot, juge *ad hoc*, p. 51.

<sup>717</sup> Ibid.

<sup>718</sup> Cot, *Appearing <for> or <on behalf of> a State: The Role of Private Counsel Before International Tribunals*, p. 840.

<sup>719</sup> *Affaire du navire «Louisa» (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, arrêt, opinion individuelle de M. Cot, juge, TIDM Recueil 2013, p. 117.



privé<sup>720</sup>. Le juge Treves renchérit en estimant que l'article 292 CNUDM, instituant la procédure de prompt mainlevée, est un compromis qui ménage le caractère intergouvernemental de la procédure tout en aménageant un droit d'agir aux personnes privées pour la défense des intérêts privés<sup>721</sup>. Dans l'affaire Indonésie – Certaines Mesures Affectant L'industrie Automobile, l'Organe de Règlement des Différends estime qu'une telle participation, loin d'influer négativement sur la nature intergouvernementale du système de règlement des différends, est plutôt «nécessaire» en vue de la préservation d'un tel caractère<sup>722</sup>. Enfin, un auteur estime qu'une telle représentation d'entité publique par des acteurs privés équivaldrait à une représentation privée ou privatisée car pourrait aboutir à une confusion entre litiges publics et litiges privés<sup>723</sup>.

Comme on le voit, l'impact de cette présence privée sur le mécanisme de règlement des différends impliquant des acteurs étatiques n'est pas clairement établi. Certains y voient une privatisation même de la nature interétatique des tribunaux internationaux tandis que d'autres penchent pour une privatisation de la représentation des acteurs publics qui peut influencer le cours du procès sans pour autant impacter la nature interétatique du tribunal international. Nous penchons plus pour la seconde option même si celle-ci peut, à la longue, vider de sa substance, le caractère interétatique d'une juridiction.

## **Section II: Les facteurs influençant la légitimité des juristes privés agissant pour les États litigants**

L'approche sociologique se base essentiellement sur la «perception» de cette autorité. Comment l'autorité de ces juristes privés est-elle perçue? Cette perception est influencée par des facteurs. Notre analyse est focalisée sur la perception de légitimité des avocats-conseils par les tribunaux internationaux. Pour mesurer cette perception, nous avons analysé les décisions des juridictions internationales ainsi que les opinions dissidentes ou individuelles et les déclarations des juges. Cette analyse nous a permis de dégager trois principaux facteurs de légitimité: la proximité du juriste avec le gouvernement représenté (A), le montant de

---

<sup>720</sup> Navire «Norstar» (Panama c. Italie), Exceptions Préliminaires, arrêt, déclaration de M. Cot, Juge, TIDM, recueil 2016, p. 44.

<sup>721</sup> Treves, *Article 292*, p. 1890.

<sup>722</sup> OMC, Indonésie – Certaines Mesures Affectant L'industrie Automobile, Rapport Du Groupe Spécial, adopté le 02 juillet 1998, WT/DS54/R WT/DS55/R WT/DS59/R WT/DS64/R, p. 22, para 4.12.

<sup>723</sup> Cesare Per Romano, *International Justice and Developing Countries (Continued): A Qualitative Analysis in The Law and Practice of international Courts and Tribunals 1*, Kluwer Law International, Netherlands, 2002, p. 568.

leurs honoraires (B) et la reddition de compte (ou responsabilité) du représentant vis-à-vis du représenté (Chapitre II). Les deux premiers facteurs seront analysés dans cette section tandis qu'un chapitre sera consacré à la question de la responsabilité de ces juristes.

### **A. La proximité du juriste mandaté avec l'État mandataire**

Dans une affaire jugée par la CIJ, l'un des juges fera la déclaration suivante: «je constate qu'en l'espèce un État qui se présente devant la Cour est représenté non pas par une haute personnalité de son gouvernement agissant en qualité d'agent mais par un juriste privé ressortissant d'un autre pays hautement développé. Cette situation s'est rarement présentée dans l'histoire de la Cour et cela m'amène une fois de plus à me demander si l'affaire est soumise à la Cour dans l'intérêt de l'État en cause ou pour quelque autre raison»<sup>724</sup>. Dans l'affaire du Grand Prince, l'un des juges va estimer que «L'agent désigné par le Belize n'est pas bien placé, en tant qu'avocat non bélizien pratiquant dans le domaine privé en Espagne, pour expliquer au Tribunal les incohérences apparentes que contiennent les déclarations des différents départements et agences gouvernementaux du Belize»<sup>725</sup>.

Dans ces deux affaires, l'autorité du juriste est quelque contestée parce qu'il n'est pas ressortissant de l'État qu'il représente. On pourrait ainsi dire que plus le juriste est proche de l'État qu'il représente et plus sa légitimité est perçue comme justifiée. Cette proximité peut notamment être mesurée par le lien de nationalité ou l'exercice de hautes fonctions au niveau de l'État représenté (1). C'est cette proximité qui permettrait au représentant de contribuer à la défense des intérêts de l'État représenté (2). Dans le cas contraire, les intérêts de ce dernier peuvent entrer en conflit avec d'autres intérêts défendus par le juriste privé (3).

#### *1. Le lien de proximité*

L'exercice de l'autorité publique par des acteurs non étatiques a fait l'objet de critiques par les tribunaux interétatiques, surtout lorsque celui-ci est fait d'acteurs privés étrangers n'entretenant pas des liens étroits avec le gouvernement concerné<sup>726</sup>. En ce qui concerne ces liens étroits, il s'agit essentiellement (mais

---

<sup>724</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda)*, décision de M. Oda, CIJ, Recueil 2005, p. 132.

<sup>725</sup> *Affaire du Grand prince (Belize c. France)*, opinion individuelle de M. Anderson, juge, p. 54.

<sup>726</sup> Voir notamment les affaires *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda)*, décision de M. Oda, CIJ, Recueil 2005, p. 132;

pas exclusivement) du lien de nationalité. Celui-ci semble être un facteur central dans la perception des tribunaux. Lorsqu'un tel facteur n'est pas présent, le représentant de l'État concerné ne semble pas jouir de toute la légitimité nécessaire aux yeux du tribunal. Il faut souligner que l'absence d'un tel facteur a souvent donné lieu à des situations inhabituelles telles un agent qui est incapable de fournir des informations justes sur le pays qu'il est censé représenter<sup>727</sup> ou, pire encore, qui critique, devant la juridiction internationale, certaines pratiques ayant cours au niveau local<sup>728</sup>. Même si l'on peut objecter à cela la liberté d'opinion du juriste et plus précisément son droit de critiquer une situation qu'il juge anormale, le prétoire d'une juridiction internationale n'est pas le lieu indiqué pour de telles critiques, et ce, d'autant plus que le juriste est premièrement recruté pour défendre les intérêts d'un gouvernement.

La nationalité induit une idée de communauté d'intérêts entre l'État et l'individu. Lorsqu'il y a identité de nationalité entre le représentant et l'État litigant, le premier est perçu comme légitime pour défendre les intérêts du second. Lorsque ce lien existe entre une personne et un État, l'on présume que cette personne prendra fait et cause pour ledit État, car ne se trouvant pas dans une situation d'indépendance. Dans ce sens, la CIJ a estimé que «la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, *une solidarité effective d'existence, d'intérêts*, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État»<sup>729</sup> (c'est nous qui mettons en italiques). D'ailleurs, le lien entre la nationalité et l'indépendance est marqué dans à l'article 2 du Statut de la CIJ aux termes duquel «La Cour est un corps de *magistrats indépendants, élus, sans égard à leur nationalité*, parmi les personnes jouissant de la plus haute considération morale, et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou qui sont des jurisconsultes possédant une compétence notoire en matière de droit international» (c'est nous qui mettons en italiques). Commentant cette décision, un auteur constatera que «les États signataires semblent avoir établi un lien négatif

«Grand prince» (*Belize c. France*), prompte mainlevée, arrêt, opinion individuelle de M. Anderson, juge, TIDM Recueil 2001, p. 54.

<sup>727</sup> «Grand prince» (*Belize c. France*), déclaration de M. Cot, juge ad hoc, TIDM Recueil 2001, p. 53, para 14.

<sup>728</sup> «Juno Trader» (*Saint-Vincent-et-Les –Grenadines c. Guinée-Bissau*), prompte mainlevée, arrêt, Opinion individuelle émise à titre collectif de MM. Mensah et Wolfrum, juges, TIDM, Recueil 2004, p. 59, para 6.

<sup>729</sup> CIJ, arrêt *Nottebohm* du 6 avril 1955, *CIJ Recueil 1955*, p. 23.

entre l'indépendance des juges et leur nationalité. En effet, l'article 2 impose, lors du choix des candidats, de s'abstenir de toute considération tenant à leur nationalité, et ce dans l'intérêt de leur indépendance. Cela laisse supposer que les États signataires portaient du postulat que la nationalité pourrait constituer, dans la pratique, un facteur préjudiciable à l'indépendance de la nouvelle entité»<sup>730</sup>.

Historiquement, les représentants étatiques ont, de façon générale, possédé la nationalité de l'État représenté. Par exemple, les délégations étatiques au GATT étaient composées d'agents publics et de hautes autorités politiques de l'État<sup>731</sup>. De plus, la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, énonce un principe selon lequel «Le chef de mission et les membres du personnel diplomatique de la mission, le chef de délégation, les autres délégués et les membres du personnel diplomatique de la délégation, le chef de la délégation d'observation, les autres délégués observateurs et les membres du personnel diplomatique de la délégation d'observation auront en principe la nationalité de l'État d'envoi»<sup>732</sup>. Cette pratique pourrait avoir fondé la perception selon laquelle le représentant légitime d'un gouvernement est son national exerçant dans l'administration locale et dont la mission est de contribuer à la défense de l'intérêt public. En cas d'absence dudit lien de nationalité (proximité juridique), une proximité matérielle constatée par l'exercice d'une fonction de service public peut suffire. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'affirmation de Mahinga selon laquelle «ce lien n'est pas forcément un lien de nationalité, il peut s'agir de juristes étrangers qui ont une connaissance approfondie de la législation de l'État soit parce qu'ils y exercent leurs activités professionnelles, soit encore parce qu'ils y accomplissent des missions d'enseignement ou de recherches périodiques»<sup>733</sup>. L'idée qui sous-tend ce facteur de légitimité est que le représentant, lié à l'État représenté par une proximité d'intérêts, contribuera à une meilleure défense des intérêts étatiques engagés dans le procès international.

---

<sup>730</sup> Malenovsky, Jiri, L'indépendance des juges internationaux> in *The Hague Academy of International Law* (ed) *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 349, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2011, p. 83.

<sup>731</sup> Gabrielle Marceau et al. *Introduction and Overview*, p. 9.

<sup>732</sup> Article 73 al. 1 de Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel du 14 mars 1975. Même si cette convention n'est pas entrée en vigueur, sa partie III (Délégations aux organes et aux conférences) représente en particulier un reflet du droit international coutumier dans ce domaine, Martha, p. 86.

<sup>733</sup> Mahinga, *Le Tribunal international du droit de la mer : Organisation, compétence et procédure*, Larcier, Bruxelles, 2013, p. 160.

## 2. *La contribution du juriste privé à la défense des intérêts de l'État représenté*

Le lien entre la nationalité du représentant étatique et sa capacité à défendre les intérêts a été souligné par la CIJ et l'ORD de l'OMC. Ainsi, le Juge Oda se demandait si la représentation étatique par un juriste de nationalité étrangère était «dans l'intérêt de l'État en cause ou pour quelque autre raison»<sup>734</sup>. De son côté, le Panel de l'OMC se demandait si l'admission d'un juriste américain (Mr. Christopher Parlin) comme membre de la délégation de Sainte Lucie serait «dans l'intérêt (dudit État) vu les charges financières excessives qui en résulteraient»<sup>735</sup>. Certains auteurs ont aussi souligné la relation qui peut exister entre la légitimité et l'intérêt propre dans le sens où lorsque qu'un acteur ou une institution est perçu comme défendant les intérêts propres d'un sujet déterminé, la légitimité dudit acteur ou de ladite institution en est renforcée (du moins aux yeux du sujet concerné)<sup>736</sup>. L'analyse de la contribution des juristes privés à la défense des intérêts étatiques dans le cadre du procès international se fera en deux étapes: les spécificités de l'État litigant seront soulignées dans un premier temps (a) avant ensuite d'identifier lesdits intérêts étatiques et voir si l'action des juristes privés va dans le sens de ces intérêts (b).

### *a. les spécificités étatiques à prendre en considération par le juriste privé*

Il importe que le juriste privé puisse d'abord «comprendre» l'intérêt de l'État litigant dans le procès en cours afin de pouvoir le défendre<sup>737</sup>. Une telle compréhension n'est pas toujours aisée car l'intérêt de l'État litigant peut varier d'une affaire à une autre, être un intérêt à court, moyen ou long terme comme l'a constaté un juriste ayant l'habitude d'agir compte le compte d'États devant les tribunaux internationaux: «outside counsel may not readily understand the State's broader and legal policy interests. The State may have both foreign inves-

<sup>734</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda)*, décision de M. Oda, CIJ, Recueil 2005, p. 132.

<sup>735</sup> OMC, *Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Rapport Du Groupe Spécial*, p. 327, para 7.11.

<sup>736</sup> «One of the reasons why states might agree to subject themselves to the authority of an international institution, and consider its authority legitimate, is that they that such institutions are in their self-interest», Daniel Bodanski, *The concept of Legitimacy in International Law*, pp. 312.

<sup>737</sup> Matheson, p.473. Selon un auteur, «Government counsel ... needs not only to identify the winning argument, but also to ensure, through detailed discussions with his or her colleagues in other interested agencies, that that argument properly balances the interests of the US Government. Our arguments must achieve the right result not only in the case at hand but also in other, hypothetical cases that might arise in the future», Barton Legum, *Representing States – A US Perspective*, 6 ARB. & ADR (Int'l B. Ass'n Newsletter), June 2001, pp. 46-47.

tors and domestic prerogatives to protect. If the State imports and exports capital, it must be aware that the arguments it makes as a respondent in an investment arbitration might later be used against the State's own investors ... All of this creates pressure on a State to work closely with outside counsel to ensure that it does not argue opportunistically and contrary to its long-term interests»<sup>738</sup>.

A cet effet, le juriste doit tenir compte d'un certain nombre de spécificités propre à l'État litigant afin d'en mieux défendre les intérêts. Certaines d'entre elles ont été énumérées dans l'article de Jeremy Sharpe: the sovereign State, the encumbered State, the capital-importing State, the capital-exporting State, the heterogeneous State, the Global State, the law-making State<sup>739</sup>. Dans les lignes suivantes, nous examinerons ces spécificités qui font de l'État, un litigant particulier.

La première spécificité concerne le statut particulier de l'État qui n'est pas un litigant comme les autres. En effet, celui-ci n'est pas une simple entité commerciale mais plutôt, un État souverain en charge du bien-être de sa population comme l'a rappelé un arbitre dans l'affaire CME<sup>740</sup>. Ainsi, les juristes doivent protéger et défendre les intérêts desdites populations. De plus, le juriste doit aussi aider l'entité étatique à s'acquitter de ses engagements internationaux avec bonne foi tout en évitant d'aggraver ou de politiser les différends<sup>741</sup>. Il faudrait sans doute revenir sur la différence traditionnelle existant entre juriste privé et juriste travaillant pour le compte d'une administration publique. Traditionnellement, la mission générale des juristes publics, au niveau local, est la défense de l'intérêt public tandis que les juristes privés sont orientés vers la défense des intérêts privés de leurs clients<sup>742</sup>. Il existe toutefois une catégorie de juristes pri-

---

<sup>738</sup> Sharpe, *Representing a Respondent State in Investment Arbitration*, p. 49.

<sup>739</sup> Jeremy K. Sharpe, *The Agent's Indispensable Role in International Investment Arbitration* in *ICSID Review*, vol. 3, N° 3, 2018, p. 676-678.

<sup>740</sup> *Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Separate Opinion on the issues at the quantum phases of *CME v. Czech Republic* by Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., para 74, (14 mars 2013).

<sup>741</sup> Jeremy K. Sharpe, *Representing a Respondent State in Investment Arbitration* in Chiara Giorgetti (ed.), *Litigating. International Investment Disputes, A Practitioner's Guide*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2014, pp. 42-43.

<sup>742</sup> «The traditional understanding of the public interest serving role for attorneys for governmental entities lies in sharp contrast to traditional understandings of the appropriate professional role for attorneys for private parties. While traditional understandings of the appropriate role for attorneys for private parties do acknowledge some responsibility on the part of such attorneys to take into account the public interest, this responsibility is greatly subordinated to the attorneys' responsibility to advance the individual self-interests of their clients», Berenson, p. 796.

vés qui défendent des causes d'intérêt public. Ceux-ci sont désignés par l'appellation *«public interest lawyers»* dans la littérature anglophone<sup>743</sup>. Une perception traditionnelle de l'activité du juriste privé est la suivante: «an advocate, in the discharge of his duty, knows but one person in all the world, and that person is his client. To save that client by all means and expedients, and at all hazards and costs to other persons, ... is his first and not only duty; and in performing this duty he must not regard the alarm, the torments, the destruction which he may bring upon others. Separating the duty of a patriot from that of an advocate, he must go on reckless of consequences, though it should be his unhappy fate to involve his country in confusion»<sup>744</sup>.

Même s'il faut remettre une telle déclaration dans son contexte (américain), l'on peut raisonnablement dire que l'avocat, étant rémunéré pour les services offerts au client, la mission essentielle de celui-là devrait être de travailler principalement à la sauvegarde des intérêts de celui-ci et non des intérêts d'une autre personne, fut-elle publique ou privée. Toutefois, dans les pays de droit civiliste, les juristes privés doivent aussi tenir compte de l'intérêt public dans l'exercice de leurs fonctions. Un auteur renchérit en affirmant que les juristes publics (government attorneys), impliqués dans des questions de droit international, ont des responsabilités spéciales excédant celles des juristes privés<sup>745</sup>. En particulier, les premiers se doivent d'agir avec intégrité et en toute bonne foi car étant soumis à des exigences éthiques beaucoup plus poussées que les seconds. Cet auteur rajoute que lorsque les juristes travaillant pour les entités publiques (government attorneys) excèdent les limites de l'honnêteté, ils ne trahissent pas seulement leur responsabilité mais aussi leur vocation<sup>746</sup>. Sur le modèle des tribunaux américains, un auteur plaide pour que les juristes agissant pour le compte des États litigants soient soumis à des règles de conduite plus strictes que les juristes agissant pour le compte d'entités non étatiques<sup>747</sup>. Une telle distinction se justifie aussi par l'asymétrie en droit international et qui se tient à la différence de statut entre l'acteur étatique et l'acteur non étatique notamment dans les différends

<sup>743</sup> Voir par exemple, Benjamin W. Heineman, *In Pursuit of the Public Interest* in the Yale Law Journal, vol. 84, n° 1, 1974, p. 182.

<sup>744</sup> Charles W. Wolfram, *Modern Legal Ethics 760* (1986), cité par Berenson, pp. 792-793.

<sup>745</sup> Richard B. Bilder, *International Law and United States Foreign Policy: Some reflections on the ASIL/ILA Report on the Role of Legal Adviser in Transnational Law and Contemporary Problems*, 1991, Vol. 1, No. 1, p. 145, cité par Wood, p. 775.

<sup>746</sup> Ibid.

<sup>747</sup> Gibson, Catherine H., Representing the United States Abroad: Proper Conduct of U.S. Government Attorneys in International Tribunals in *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 44, p. 1167, 2013. <<https://www.ejiltalk.org/holding-lawyers-representing-states-to-a-higher-standard/>> (20/07/2020).

mixtes. L'État est, en effet, qualifié de <repeat player><sup>748</sup> dans le sens où, et contrairement aux acteurs privés, il intervient fréquemment devant les tribunaux internationaux<sup>749</sup>. Aussi, et dans le domaine de l'arbitrage d'investissement, l'acteur étatique a un double rôle en tant que partie litigante à l'arbitrage d'investissement et en tant que partie aux accords d'investissements. Une telle asymétrie est à prendre en considération car pouvant aboutir à distordre le droit international selon Vaughan Lowe<sup>750</sup>.

Nous pensons que cette asymétrie a une incidence sur l'activité des juristes privés ou plutôt sur les modalités de leur action et de leur contribution à la défense des intérêts étatiques notamment au travers des plaidoiries étatiques devant les tribunaux internationaux, ce qui constitue la seconde spécificité étatique à prendre en considération. Les représentants étatiques doivent, en effet, prêter une attention spéciale aux arguments qu'ils développent dans leurs mémoires et plaidoiries. Plusieurs raisons peuvent être invoquées pour justifier cela. Tout d'abord, les positions et arguments d'un État litigant peuvent aussi fonder un début de pratique dans le cadre du développement de la coutume internationale<sup>751</sup>. En effet et du point de vue traditionnel, la coutume se développe au travers de la pratique <acceptée> des États. Et cette acceptation peut provenir des positions et actes pris par les représentants étatiques<sup>752</sup>. C'est le constat dressé par la Commission de Droit International qui a inclut les plaidoiries devant les tribunaux internationaux parmi les preuves de l'*opinio juris*: «Among the forms of evi-

---

<sup>748</sup> Heineman, p. 182; Sharpe, *Representing a Respondent State in Investment Arbitration* pp. 41-42.

<sup>749</sup> «States are repeat players in international adjudication. They play multiple roles and pursue multiple goals. States thus have a long-term interest in the proper development of their international investment agreements. Private claimants, by contrast, typically are one-off participants in international investment arbitration. They generally seek to win money damages, not to promote the sound development of the law or a balanced interpretation of international investment agreements», Sharpe, *The Agent's Indispensable Role in International Investment Arbitration*, p. 22.

<sup>750</sup> «Individuals tend to have neither the breadth of interest nor the long-term views of States. There is, accordingly, much less of a restraint upon the manner in which companies and individuals pursue their interests in international law. For example, a company claiming compensation for the violation of its rights under an investment protection treaty has every reason to pitch its claim at the highest level. It has no fear that its words will later be cited against it, because it can never find itself in a position where it is called to account for the treatment of foreign investors. This asymmetry ... will, I suspect, distort the development of international law», Vaughan Lowe, *International Law*, OUP, Oxford, 2007, p. 24, cité par Sharpe, *The Agent's Indispensable Role in International Investment Arbitration*, p. 22.

<sup>751</sup> Sharpe, *Representing a Respondent State in Investment Arbitration* p. 42.

<sup>752</sup> Wood, p. 775.



dence of acceptance as law (*opinio juris*), an express public statement on behalf of a State that a given practice is permitted, prohibited or mandated under customary international law provides the clearest indication that it has avoided or undertaken such practice (or recognized that it was rightfully undertaken or avoided by others) out of a sense of legal right or obligation. Such statements could be made, for example: ... as assertions made in written and oral pleadings before courts and tribunals; in protests characterizing the conduct of other States as unlawful; and in response to proposals for codification»<sup>753</sup>.

Ainsi, les États doivent éviter la création de «précédents» dangereux. En effet, il peut arriver que les arguments développés par un État, dans le cadre d'une procédure, soient utilisés contre celui-ci dans le cadre d'autres procédures. Notamment, si dans la précédente procédure, l'État avait agi en qualité de demandeur et, dans la procédure ultérieure, en qualité de défendeur, ou vice-versa. Ce fut le cas, par exemple, dans l'affaire *Glamis Gold Ltd. v. United States*, où le demandeur, dans son mémoire, a cité des arguments développés par les États-Unis dans l'affaire *ELSI*, jugée par la CIJ<sup>754</sup>.

L'importance des plaidoiries des États litigants dans le développement du droit international est beaucoup plus marquée en matière du droit investissement car les règles y sont souvent vagues et manquent de clarté sans oublier l'insuffisance des règles d'interprétation à disposition des arbitres. Dans ce contexte, les plaidoiries étatiques revêtent un poids particulier. Ces exposés des parties litigantes jouent aussi un rôle important dans l'interprétation évolutive des accords internationaux d'investissement. En effet, les positions des États, contenues dans les plaidoiries, peuvent permettre de préciser le sens des accords d'investissements que lesdits États ont précédemment signés. En ce qui concerne l'interprétation des traités internationaux, l'article 31 al 3 b de la Convention de Vienne pour le droit des traités propose, en plus du contexte, de l'objet et du but, de tenir compte de «toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation

<sup>753</sup> International Law Commission, Report of the Work of the Sixty-Eighth Session, Doc A/71/10, 2016, p. 99.

<sup>754</sup> Robert S. Sandoval, *The Impact of Law Firm Litigation in International Trade Disputes*, (Law School International Immersion Program Papers No. 13, 2015), p. 10; «The United States» Memorial in *ELSI* further details that «arbitrary actions» include those which are «not based on fair and adequate reasons (including sufficient legal justification).» Thus, when there is an insufficient nexus between the government measure and the apparent objective, the government has acted arbitrarily, since its actions are not founded on fair and adequate reasons and lack legal justification», voir *Glamis Gold Ltd. v United States, UNCITRAL, Claimant's Memorial (5 mai 2006)*, p. 296, para 530.

du traité»<sup>755</sup>. La question qui se pose est de savoir si les plaidoiries peuvent être considérées comme une «pratique ultérieure» et, par voie de conséquence, utilisées pour interpréter les accords d'investissements. La question est d'autant plus intéressante dans la mesure où l'État litigant cherche, avant tout, à éviter d'engager sa responsabilité devant le tribunal arbitral d'investissement<sup>756</sup>. Il n'y a pas de réponse définitive à cette question car certains tribunaux ont accepté de considérer que les plaidoiries étatiques pouvaient permettre d'interpréter un accord international tandis que d'autres ont rejeté une telle admission<sup>757</sup>. Toutefois, on constate une certaine méfiance quant à la portée des déclarations et autres actes posés par les avocats et conseils pour le compte des États litigants. Ce qui pose la question de l'attribution des actes de procédure accomplis par le juriste à l'État pour le compte duquel il agit. En rappel, les actes de l'agent ou de l'organe sont directement attribuables à l'État d'origine. Quid des actes émanant des avocats et conseils, recrutés pour une affaire précise? Devant la CIJ et l'ORD de l'OMC, les actes accomplis par les représentants étatiques (ce qui inclut les juristes privés) sont automatiquement attribués à l'État les ayant recrutés. L'ORD de l'OMC va rappeler que son système de règlement de différends ne pourrait pas fonctionner si une telle attribution n'était pas présumée: «Nous sommes convaincus que les représentants qui ont comparu devant nous étaient pleinement habilités à présenter ces arguments juridiques et qu'ils agissaient dans le cadre de leur mandat. Les travaux des groupes spéciaux font partie du processus de règlement des différends de l'ORD. Il est inconcevable, sauf dans des circonstances exceptionnelles, qu'un groupe spécial conteste le fait que les représentants légaux d'un Membre sont habilités à exposer à un groupe spécial, et par son intermédiaire, à l'ORD, la position juridique de ce Membre en ce qui concerne son droit interne interprété à la lumière de ses obligations au

---

<sup>755</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités, Conclue à Vienne le 23 mai 1969, RS 0.111.

<sup>756</sup> Cette question a été analysée par Kendra Magraw, «Investor-State Disputes and the Rise of Recourse to State Party Pleadings as Subsequent Agreements or Subsequent Practice under the Vienna Convention on the Law of Treaties» in *ICSID Review*, Vol. 30, No. 1 (2015), pp. 142–171.

<sup>757</sup> «I have never experienced a case in which the other Party or Parties to a treaty subject to interpretation, appearing in a non-disputing capacity, have ever differed from the interpretation being advanced by the Respondent State. Inevitably, they club together. Moreover, the interpretation given by a State Party in actual Litigation cannot be regarded as an authentic interpretation», *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Concurring and Dissenting Opinion of Judge Charles N. Brower, 25 March 2016, p. 16, para 30; Voir aussi *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets LP v Argentina Republic Republic*, ICSID Case N° ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2014, p. 20, para 48; *The Canadian Cattlemen for Fair Trade v United States of America*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction (28 January 2008) paras 171–89.

regard de l'OMC. Le système des groupes spéciaux ne fonctionnerait pas si l'on ne pouvait pas présumer cela»<sup>758</sup>.

Devant les tribunaux d'investissement, la situation est beaucoup plus contrastée car les tribunaux tendent à dissocier les positions et déclarations des juristes dans le contexte du règlement des différends internationaux d'avec les déclarations émanant des hauts représentants étatiques. Nous citerons trois affaires en guise d'illustration. Primo, un tribunal arbitral distingua entre la position soutenue par le conseil de l'État litigant et celle du gouvernement du même État. «The Argentine Republic had referred to the position taken by the Kingdom of Spain before the Maffezini Tribunal but such argumentation merely shows what had been argued by counsel at that time on Spain's on Spain's behalf in that particular arbitration. It does not allow a broader understanding concerning an interpretation shared by the Spanish Government in general pertaining to the application of certain provisions of the BIT. Were such an agreement or understanding to be deemed legitimately binding, it would require a mutual agreement between Spain and The Republic of Argentina»<sup>759</sup>. Secundo, Dans l'affaire *Sempre Energy International v. Argentina*, le tribunal estima que «Counsel representing the State in arbitration proceedings have the duty to put forward all the arguments they deem appropriate to defend their position, but a tribunal could not presume that each of those arguments constitutes the expression of a unilateral act that obligates the State» in the absence of express intention to do so»<sup>760</sup>. Tertio, dans l'affaire de *Enron v. Argentina*, le tribunal a affirmé que «decision of the United States Supreme Court should probably have more weight for the purpose of the United States' views on indirect ownership than that expressed in arbitrations by counsel for that government»<sup>761</sup>.

Nous pensons que cette approche restrictive adoptée par les tribunaux d'investissements quant à la portée des plaidoiries et autres actes posées par les avocats et conseils, dans le cadre de la procédure de résolution des différends internationaux, tire sa source dans le manque de proximité entre ces juristes et l'État mandataire. Cette proximité n'est pas automatique comme c'est le cas, par exemple, du chef de l'État, du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères

<sup>758</sup> OMC, *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, Rapport du Groupe Spécial, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, p. 374, para 7.123.

<sup>759</sup> *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/26, Decision on Jurisdiction, 19 December 2012, p. 14, para 51.

<sup>760</sup> *Sempre Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 May 2005, p. 41, para 146.

<sup>761</sup> *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (Ancillary Claim), 02 August 2004, p. 12, para 39.

qui sont compétents pour formuler des déclarations unilatérales engageant l'État<sup>762</sup>. Un certain nombre d'auteurs aussi abondent dans ce sens et sont assez réticents à considérer les plaidoiries et autres actes accomplis par les avocats et conseils, mandants d'un État litigant, comme reflétant la position gouvernementale de l'État en question. Dans ce sens, le professeur Schreuer fait la déclaration suivante: «A more traditional approach would view the pleadings of States before investment tribunals as part of State practice or as expression of *opinio juris*. The problem with such a theory is that these pleadings are made in adversarial situations as part of a litigation strategy. Therefore, they do not necessarily reflect the considered position of the State concerned. Moreover, *where a law firm hired to fend off a claim represents the State, it is even less obvious that a particular argument corresponds to the State's genuine position*. Investment tribunals have taken conflicting positions on the legal value of arguments made by States and their representatives in the course of previous proceedings» (C'est nous qui mettons en italiques)<sup>763</sup>.

Pour un auteur, cette réticence remet en cause un pilier essentiel de l'arbitrage d'investissement à savoir la capacité des États à façonner l'interprétation et le développement du droit suivant leurs accords internationaux d'investissements<sup>764</sup>. La nomination d'un agent permanent, officiel de l'État litigant, (*standing agent*) pourrait permettre de remédier à cette situation compte tenu de l'autorité dont celui-ci dispose et qui ne se limite pas au seul cadre du procès international<sup>765</sup>. En effet, les actes de ce dernier, notamment ses plaidoiries font partie des quelques rares exemples de sources de pratiques concordantes comme l'a constaté le tribunal dans l'affaire *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*<sup>766</sup>. Une telle nomination visera à rassurer les tribunaux que les thèses et positions défendues reflètent véritablement la position de l'État litigant représenté de sorte à ce que la capacité de celui-ci à façonner le droit soit renforcée<sup>767</sup>. A contrario, on pourrait supposer que la présence de ces juristes privés constitue

---

<sup>762</sup> Commission de Droit International, Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations, GAOR, 56th Session Supp 10, Doc A/56/10 (2001).

<sup>763</sup> Christoph Schreuer, *The Development of International Law by ICSID Tribunals* in *ICSID Review*, vol. 31, N° 3, 2016, p. 737.

<sup>764</sup> Jeremy K. Sharpe, *The Agent's Indispensable Role in International Investissement Arbitration* in *ICSID Review*, 2018, p. 22.

<sup>765</sup> Ce qui, à notre avis, ne milite pas en faveur de la légitimité du juriste privé comme représentant étatique.

<sup>766</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award, 09 June 2009, p. 259, para 603.

<sup>767</sup> Sharpe, *The Agent's Indispensable Role in International Investissement Arbitration*, p. 23.

un frein au développement du droit international des investissements par les plaidoiries étatiques. Un autre auteur propose l'établissement d'un panel de juristes au sein duquel les parties à l'arbitrage d'investissement choisiront leurs avocats et conseils<sup>768</sup>.

Dans le contexte des juridictions interétatiques, la question du rôle des juristes privés dans le développement du droit international a été aussi examinée. Gregory Messenger, par le biais d'une analyse comparée de la situation des juges, a analysé le rôle de ces conseils dans le façonnement du droit international<sup>769</sup>. Les conseils et les juges partagent un objectif commun qui est la résolution d'un différend international. Toutefois, le raisonnement juridique utilisé par ces deux catégories d'acteurs (avocats et juridiques) diverge. Dans le cas des juges, le jugement est le fruit d'un raisonnement abstrait et impartial menant à une position qui peut être universalisée par l'application d'un raisonnement analogique. Le raisonnement du conseil, quant à lui, est une proposition qui s'enracine dans une tradition de décisions antérieures afin d'en justifier la légitimité. Les décisions de la cour doivent toutefois s'adapter aux présentations fournies par les avocats: on dit que les juges ne décident pas les cas *proprio motu* mais plutôt en fonction des options qui leur sont présentées. Le choix de la manière de formuler le récit est le résultat du style de conseil, de la manière dont il cherche à présenter les faits de la cause. Il est important de mettre l'accent sur la pratique de l'avocat, car il indique le lien qui existe entre l'individu et la décision institutionnelle subséquente. Les juges déterminent le gagnant, nécessairement en fonction du mode de présentation et pas seulement du contenu. C'est le caractère réactif de la formulation d'un jugement qui donne son poids à la pratique des conseils. La prise de décision judiciaire est un processus consistant à faire des choix, qui sont fondés sur la présentation des faits à la Cour et leur interprétation indiquée aux fins de l'application ou de l'interprétation du droit<sup>770</sup>.

<sup>768</sup> M. Sornarajah va souligner le fait que le pouvoir privé (private power) travaille à pérenniser les normes de droit international qui lui sont favorables. A cet effet, ces acteurs privés peuvent être directement impliqués dans le changement de normes internationales par le biais des décisions de justice et des écrits des publicistes hautement qualifiés qui constituent des «manoeuvrable sources of international law», voir M. Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, CUP, Cambridge, 2015, p. 414.

<sup>769</sup> Gregory Messenger, *The Practice of Litigation at the ICJ: The Role of Counsel in the Development of International Law* in Moshe Hirsch Andrew Lang (eds), *Research Handbook on the Sociology of International Law*, Elgar, 2018, pp. 16-17.

<sup>770</sup> Ibid.

*b. De la question de l'identification des intérêts étatiques engagés dans le procès international*

Quels sont les intérêts d'un État litigant ? D'emblée, il faut distinguer entre l'intérêt pour agir, qui est une condition de l'instance, un droit procédural, et les intérêts substantiels<sup>771</sup>. «De la même manière qu'il faut distinguer intérêt pour agir et droit, il faut aussi distinguer intérêt pour agir et «intérêts» (au pluriel), dans la mesure où ce mot désigne des situations qui, sans constituer des droits, permettent quand même dans certaines circonstances à une partie d'agir en justice. Les intérêts dont il est question ne sont pas encore des droits subjectifs mais ils sont relatifs aux droits substantiels ... Les intérêts qui fondent la demande ne doivent pas être confondus avec l'intérêt exigé pour agir. Leur démonstration se situe à des moments différents du procès. Il faut donc se garder de confondre l'intérêt condition d'exercice de l'action et l'intérêt que l'action tend à protéger»<sup>772</sup>. Par surabondance, il n'est pas toujours aisé d'identifier les intérêts étatiques impliqués dans le procès international. Il est constant, en droit international, que ceux-ci sont laissés à l'appréciation des États concernés. Pour un auteur, «l'existence d'un intérêt dans le chef d'un État n'a pas à être démontrée. Tout État est juge de ses propres intérêts»<sup>773</sup>. Toutefois, et si l'on envisage le différend international comme étant une opposition d'intérêts entre parties litigantes, ainsi que l'a défini la CIJ, alors l'on pourrait estimer que l'intérêt étatique serait de gagner le procès, que ses intérêts priment sur ceux de la partie adverse. Dans une telle hypothèse, le juriste privé contribue à sécuriser lesdits intérêts étatiques compte tenu de leur expertise. Et cela, pourrait contribuer à une meilleure perception de la légitimité desdits acteurs.

---

<sup>771</sup> Sur cette distinction, voir entre autres, Keba Mbaye, *L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice*, in The Hague Academy of International Law (ed) *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 209, Leiden | Boston, Brill | Nijhoff, 1988; Jean-Pierre Quéneudec, *La notion d'Etat intéressé en droit international*, in The Hague Academy of International Law (ed) *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 255, Leiden | Boston, Brill | Nijhoff, 1995; Maarten Bos, *Les conditions du procès en droit international public*, Leiden, 1957; P. van Dijk, *Judicial Review of Governmental Action and the Requirement of an Interest to Sue*, La Haye, 1980; Rosenne, *The Law and Practice of International Court, 1920-2005*, vol 3, pp. 1093-1097, 1170-1176; Markus Benzling, *Community Interests In The Procedure Of International Courts And Tribunals* in LPICT 5, Brill, Leiden, 2006, pp. 369-408; Emmanuel Doussis, *Intérêt juridique et intervention devant la Cour internationale de Justice* in Revue Générale de Droit International Public, Pedone, Paris, janvier-mars 2001, numéro 1, pp. 55-91.

<sup>772</sup> Keba Mbaye, *L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice*, pp. 257-258

<sup>773</sup> Charles De Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Pedone, Paris, 1966, p. 64.

En plus de la liberté de l'État litigant dans la détermination de ses intérêts propres, il faut aussi mentionner la réticence des tribunaux internationaux à se prononcer sur la question de l'existence (ou non) d'un intérêt étatique dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. A titre illustratif, l'affaire Wimbledon concernait un navire anglais affrété par une société française pour livrer du matériel militaire en Pologne. Ce navire devait initialement passer par le canal de Kiel mais après le refus de l'Allemagne, il a finalement dû passer par les détroits danois pour livrer sa cargaison avec, au passage, 13 jours de retard (11 jours de stationnement et 02 jours de déroutement). La CPJI fut invitée à se prononcer sur la demande de réparation pour le dommage subi par les gouvernements britannique, français, italien, japonais et polonais, qui estimaient avoir chacun des intérêts engagés dans la procédure. De l'avis de la CPJI, «la recevabilité de la demande, telle qu'elle a été formulée dans la requête introductive d'instance, ne peut faire doute. Il suffit d'observer en l'espèce que chacune des Puissances demanderesse a un intérêt évident à l'exécution des stipulations qui concernent le Canal de Kiel, puisqu'elles ont toutes des flottes et des navires marchands battant leur pavillon»<sup>774</sup>. Ainsi, et même sans pouvoir justifier d'un intérêt lésé, la Cour «présume» que tous les États ayant des navires et flottes ont potentiellement un intérêt dans la procédure. Il s'agit d'une interprétation assez large. «Bien sûr les États sont largement juges de leurs intérêts. Par conséquent, à partir du moment où un tel intérêt existe, il n'importe pas vraiment qu'il soit minime ou même théorique. Les juridictions internationales et particulièrement la Cour ne devraient donc exiger l'existence, la suffisance et le caractère concret de l'intérêt qu'avec beaucoup de souplesse»<sup>775</sup>.

Il faut ajouter que l'intérêt de l'État ne se limite pas seulement au cadre du seul procès. Il peut aussi nécessiter de prendre en considération d'autres aspects de l'intérêt public (aussi appelé intérêt général). Perdre un procès international peut même servir l'intérêt d'un État litigant. Plus précisément, un gouvernement peut décider de sacrifier un intérêt immédiat en vue de sécuriser un intérêt à moyen ou long-terme<sup>776</sup>.

S'agissant toujours de la détermination des intérêts engagés dans le procès international, l'État a-t-il des intérêts propres ou ne fait-il qu'assumer que des intérêts de nature privée? Prenons les cas de l'OMC et du TIDM pour essayer de

<sup>774</sup> CPJI, Affaire du *Vapeur Wimbledon*, (Grande-Bretagne, France, Italie, Japon/Allemagne; Intervention de la Pologne), arrêt du 17 août 1923, *CPJI série A n° 1*, p. 20.

<sup>775</sup> Mbaye, p. 265

<sup>776</sup> Alan Wm. Wolff et John A. Ragosta, *Will the WTO Result in International Trade Common Law? The Problem for US Lawyers* In Terence P. Stewart (ed), *The WTO: The Multilateral Trade Framework for the 21st Century and U.S. Implementation Legislation*, American Bar Association, 1996, pp. 706.

répondre à cette question. Pour certains auteurs, les véritables intérêts en jeu dans le procès international (dans le domaine économique notamment) sont ceux des parties privées, entreprises commerciales par exemple, car ce sont elles qui devront faire face aux conséquences économiques des décisions juridictionnelles<sup>777</sup>. Ainsi, le gouvernement litigant ne fait qu'endosser des prétentions d'ordre privé. Sir Hersch Lauterpacht soulignait cet aspect des choses et estimait que la nature privée des intérêts engagés dans les différends internationaux n'avait pas une importance considérable pour le droit international général. «Apart from territorial disputes, the great majority of cases of international judicial and arbitral settlement arise out of actual or alleged infractions of private interests—a not untimely reminder that although international law is a law primarily between States, it regulates and protects the interests of the individual, who is the ultimate unit of the law of nations, as indeed of all law. For this reason, the private nature of the claim underlying the dispute is not decisive as to its importance for the general international law»<sup>778</sup>.

Nous pensons que la question de la nature des intérêts et, accessoirement, du titulaire de ceux-ci méritent un examen approfondi. Dans le cadre du procès international, cette question s'est posée en ce qui concerne la protection diplomatique. Posséder le titre à agir implique t'il nécessairement l'existence d'un intérêt dans le chef du possesseur du titre? Pour Mohamed Bennouma, l'État qui épouse la réclamation d'une personne privée n'exerce pas son propre droit, mais n'est que l'agent de celle-ci. Il suggère de distinguer entre «le titulaire du droit, soit en l'occurrence le ressortissant, et celui qui l'exerce, sur le plan international, à savoir l'État national, au travers de l'institution de la protection diplomatique»<sup>779</sup>. Il ira même jusqu'à inviter la Commission de Droit International à répondre à la question de savoir si l'État qui engage une réclamation internationale fait valoir «son propre droit ou celui de son ressortissant»<sup>780</sup>. Pour Alain Pellet, l'auteur de cette question souhaitait inciter la CDI à prendre en compte la «réalité au travers de la reconnaissance internationale des droits de la per-

---

<sup>777</sup> Ibid., pp. 703-705; Hernandez-Lopez, p. 483; Isaac Alden (ed.), *Encyclopedia of International Law, Judicial and Legal Systems of the World, International Judicial System*, vol. 1, Anmol Publications Pvt. Ltd, New Delhi, 2013, pp. 112-113.

<sup>778</sup> Sir Hersch Lauterpacht, *The development of International Law by the International Court*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1982, p. 32.

<sup>779</sup> Mohamed Bennouma, *La protection diplomatique, un droit de l'État?* In Boutros Boutros Ghali, *Amicorum Discipulorumque Liber, Paix, développement, démocratie*, Bruylant, Bruxelles, vol. 1, 1998, pp. 248-249; voir aussi Rapport préliminaire sur la protection diplomatique, par M. Mohamed Bennouma, rapporteur spécial, 4 février 1998, DOCUMENT A/CN. 4/484.

<sup>780</sup> Rapport préliminaire sur la protection diplomatique, par M. Mohamed Bennouma, rapporteur spécial, 4 février 1998, DOCUMENT A/CN. 4/484, p. 324, para 54.



sonne humaine»<sup>781</sup>. Cette commission ne répondra pas totalement à cette question puisqu'elle définira la protection diplomatique comme étant «l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité»<sup>782</sup>. Pour le président du comité de rédaction, «ce nouveau libellé laisse plutôt ouverte la question de savoir si l'État agit en son nom propre ou au nom de la personne lésée ou au nom des deux»<sup>783</sup>. Dans le contexte de la prompte mainlevée, un auteur propose d'inverser la proposition du premier rapporteur de la CDI sur la protection diplomatique, M. Mohamed Bennouma et de considérer la personne privée comme étant l'agent de l'État du pavillon, c'est-à-dire, qu'elle exerce un droit qui est propre à l'État<sup>784</sup>. De plus, le TIDM va lister un certain nombre de droits au bénéfice de l'État du pavillon dans l'affaire «SAIGA n° 2»<sup>785</sup>. Le professeur Gautier préfère parler de protection «fonctionnelle» dans le cadre de la prompte mainlevée, semblable à la protection exercée par une organisation internationale à l'égard de ses agents<sup>786</sup>.

De ce point de vue, la présence des juristes privés dans les procédures impliquant les États est justifiée car il est logique que ces juristes (privés) y interviennent aussi pour assurer la défense desdits intérêts des parties privées<sup>787</sup>. Toutefois, une telle démarche peut aboutir à une certaine politisation des enjeux commerciaux alors que justement, l'OMC a voulu se départir de cette approche politiste du GATT afin de se tourner vers un système beaucoup plus centré sur des règles<sup>788</sup>. Toujours dans ce sens, lesdits auteurs ajoutent que gouvernements peuvent décider de sacrifier certains intérêts présents, dans le procès internatio-

<sup>781</sup> Alain Pellet, *La seconde mort d'Euripide Mavromatis ? Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique* in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 1366-1367.

<sup>782</sup> Article 1 du Projet d'articles de la protection diplomatique et les commentaires y relatifs, 2006, (A/61/10).

<sup>783</sup> Ibid., para 5 du commentaire de l'article 1.

<sup>784</sup> Charles-Emmanuel Coté, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, 2005-2006, p. 342.

<sup>785</sup> Navire «SAIGA» (No. 2) (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée*), arrêt, TIDM Recueil 1999, p. 45, para 97.

<sup>786</sup> Gautier, pp. 740-745.

<sup>787</sup> «Allowing private sector counsel to have this degree of access could prevent the government from being able to negotiate successfully as negotiations might be outside the realm represented by a particular private sector lawyer yet still be in the nation's best interests», Alden, p. 112.

<sup>788</sup> Pearlman, p. 412.

nal, sur l'autel de leur stratégie économique à long-terme<sup>789</sup>. C'est ainsi que la présence des avocats-conseils peut permettre une meilleure prise en compte des intérêts en présence dans le procès international car ceux-ci n'ont pas cette vision à long terme.

Dans le cas de la prompte mainlevée, l'État du pavillon a-t-il des intérêts propres dans la procédure ou ne fait-il qu'endosser les intérêts privés de l'armateur ? Pour le juge Cot et très souvent, l'État du pavillon n'a pas d'intérêt (en anglais <have no interest>) dans la procédure de prompte mainlevée et cela est, en partie, dû au phénomène des navires de complaisance<sup>790</sup> car «L'État de libre enregistrement qui attribue son pavillon se désintéresse souvent de la suite des événements et notamment du contentieux international qui pourrait survenir à l'occasion»<sup>791</sup>. En effet, cette procédure suppose l'existence d'un lien <substantiel> entre l'État et le navire dont la détention donne lieu à cette procédure spéciale<sup>792</sup>. Il peut arriver que ce lien ne soit pas évident à établir même si la jurisprudence du tribunal tend à privilégier une affirmation dudit lien juridique<sup>793</sup>. Dans ce sens, il a été admis que ce lien pouvait même être établi postérieurement. Dans l'affaire du Saïga, le certificat d'immatriculation avait expiré au moment de la saisine du tribunal et le certificat définitif n'a été établi qu'un mois plus tard<sup>794</sup> : une sorte de confirmation rétroactive<sup>795</sup>. Dans l'affaire du grand prince, la patente provisoire de navigation que les autorités du Belize avaient délivrée, était parvenue à expiration trois jours avant la saisine dudit navire<sup>796</sup>. Il faut sans doute rappeler que, et selon le juge Treves, l'action de l'État du pavillon se fonde le lien nationalité qui l'unit au navire<sup>797</sup>. Si ce lien venait à

---

<sup>789</sup> Wolff et Ragosta, p. 708.

<sup>790</sup> On parle de <pavillon de complaisance>, de <pavillon de libre immatriculation> ou encore de <pavillon de non-respect>, voir Serges Beslier, *La responsabilité de l'État du pavillon : cas des navires de pêche* in Annuaire du droit de la mer 2008, Pedone, Paris, 2008, tome XIII, pp. 11-12.

<sup>791</sup> Navire Louisa (*Saint Vincent et les Grenadines c. Royaume d'Espagne*), arrêt, opinion individuelle de M. Cot, p. 117.

<sup>792</sup> *Grand prince (Belize c. France)*, prompte mainlevée, arrêt, opinion individuelle de M. Laing, juge, TIDM, Recueil 2013, p. 58, para 2.

<sup>793</sup> Selon ce tribunal, la détermination de la nationalité des navires est une <question de fait> devant être analysée sur la base des éléments produits par les parties, Navire «Saïga» (n°2) (*Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée*), arrêt, TIDM Recueil 1999, p. 37, para. 66.

<sup>794</sup> Ibid.

<sup>795</sup> Beslier, p. 13.

<sup>796</sup> «Grand prince» (*Belize c. France*), prompte mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 2001, p. 44, para. 93.

<sup>797</sup> «Grand prince» (*Belize c. France*), prompte mainlevée, arrêt, opinion individuelle de M. Treves, juge, TIDM Recueil 2001, p. 63, para 1.

ne plus exister ou si cette existence n'est pas évidente à établir, la question de l'existence d'un intérêt pour un État dans une procédure concernant un navire avec lequel cet État n'a pas vraiment un lien, mériterait d'être posée. De plus, cette procédure a été principalement instaurée pour sauvegarder les intérêts de l'armateur, et cela, compte tenu du désintéret de certains États du pavillon lorsque leurs navires sont immobilisés<sup>798</sup>. Peut-on avoir des intérêts dans une procédure et s'en désintéresser? Pour le TIDM, l'État du pavillon a des intérêts propres<sup>799</sup> dans la procédure de prompt mainlevée. Il s'agit de «l'intérêt que représente pour l'État du pavillon l'obtention sans délai d'une mainlevée de l'immobilisation de ses navires et d'une libération de leurs équipages»<sup>800</sup>. Il faut aussi ajouter «l'intérêt que représentent pour l'État du pavillon la prompt mainlevée de l'immobilisation de son navire et la prompt mise en liberté de l'équipage de celui-ci»<sup>801</sup>. Sur ce dernier point, les intérêts de l'État de pavillon rejoignent ceux de l'armateur et de l'équipage: une sorte d'identité d'intérêts. Par ailleurs, l'État a aussi un rôle prépondérant à jouer dans la procédure. Ainsi, il appartient à l'État de prendre la décision d'autoriser ou non une tierce partie à agir en son nom. L'État peut aussi décider de conduire lui-même la procédure de prompt mainlevée. Tout cela est motivé par des considérations purement politiques<sup>802</sup>.

Toutefois, et selon un auteur, la désignation d'un avocat privé ne signifie pas *ipso facto* que ce dernier privilégiera les intérêts privés au détriment des intérêts gouvernementaux, car cette désignation est le fait de l'État du pavillon et non du propriétaire ou de l'affréteur du navire<sup>803</sup>. Pour lui, il appartiendra à l'avocat de «déclarer clairement» les intérêts qu'il compte défendre dans la procédure proprement dite<sup>804</sup>. Pour nous, le simple fait de penser à une telle déclaration laisse entr'ouverte, la possibilité pour ledit avocat-agent de défendre des intérêts autres que ceux de l'État qui l'a portant désigné. Dans le même sens, un auteur s'est même demandé si la procédure de prompt mainlevée n'a pas été «détournée» de ses objectifs initiaux compte tenu du fait que dans certaines affaires, les États se sont désintéressés de la procédure et que «la personne ou l'entité agissant de-

<sup>798</sup> Cot, *Appearing <for> or <on behalf of> a State: The role of Private Counsel before international Tribunals*, p. 843.

<sup>799</sup> Navire «Norstar» (Panama c. Italie), Exceptions Préliminaires, arrêt, déclaration de M. Cot, Juge, TIDM, recueil 2016, p. 44.

<sup>800</sup> «Monte Confurco» (Seychelles vs France), prompt mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 2000, p. 86, para 70.

<sup>801</sup> Ibid., para 71.

<sup>802</sup> Treves, *Article 292*, p. 1890.

<sup>803</sup> Coté, pp. 349-350.

<sup>804</sup> Ibid., p. 350.

vant le Tribunal au nom de l'État du pavillon n'était pas exclusivement ni même nécessairement mue par des raisons tenant à l'intérêt de l'État requérant»<sup>805</sup>.

Pour le sociologue Pierre Bourdieu, les juristes privés servent leurs propres intérêts en défendant les intérêts de l'État représenté: c'est ce qu'il qualifie <d'intérêt au désintéressement><sup>806</sup>. Il estime en effet la relation liant les deux est une relation gagnant-gagnant qui, dans le cadre du procès international, signifierait que le juriste a intérêt à ce que l'État triomphe. En d'autres termes, les deux intérêts convergent ou sont liés. Toutefois, une telle affirmation trouve sa limite dans le caractère précaire ou temporel de la relation unissant le juriste privé à l'État. Le premier est généralement recruté pour une seule affaire<sup>807</sup>. Le juriste privé ne bénéficie donc pas d'une relation durable ou d'une association permanente avec l'État litigant, à l'image du juriste, fonctionnaire étatique qui, lui, bénéficie d'une présomption d'être en faveur de l'intérêt public<sup>808</sup>. Il renchérit en ajoutant que ces juristes privés ont un intérêt privé à l'intérêt public. «Ces juristes ont donc intérêt au public. Par exemple, tout le monde l'a remarqué, bien avant la révolution de 1789, ils commencent par lutter pour faire reconnaître leur préséance, c'est-à-dire leur capital culturel. Ils associent cette préséance, qui est aussi un privilège, à l'idée de service public, à l'idée de vertu civique. Finalement, en luttant pour renverser la hiérarchie des ordres, pour faire passer les nobles de robe avant les nobles d'épée, ils font avancer les idées associées à la compétence juridique, l'idée d'universel: ce sont des gens qui ont un intérêt privé à l'intérêt public»<sup>809</sup>.

L'examen de la proximité entre le juriste et l'État représenté nécessite aussi d'examiner les conflits d'intérêts pouvant surgir dans cette relation. Plus le lien de proximité entre le représenté et le représentant sera distendu, plus les intérêts des deux parties (représentant et représenté) risquent d'entrer en conflit.

---

<sup>805</sup> Jean-Pierre Queneudec, *A propos de la procédure de prompt mainlevée devant le tribunal international du droit de la mer* in *Annuaire du Droit de la Mer 2002*, Pedone, Paris, Tome VII, pp. 90-91.

<sup>806</sup> Patrick Champagne *et al.*, *Pierre Bourdieu, Sur l'État, Cours au Collège de France (1989-1992)*, ed. Raisons d'agir/Seuil, Paris, 2012, p. 540.

<sup>807</sup> Il existe des situations dans lesquelles le juriste intervient pour le même État litigant dans le cadre de plusieurs affaires contentieuses à l'exemple de Paul avec le Nicaragua devant la CIJ. Toutefois, ces situations restent exceptionnelles.

<sup>808</sup> *Ibid.*, p. 540

<sup>809</sup> *Ibid.*

### 3. *La conséquence de l'absence de proximité entre l'État représenté et le juriste privé: les conflits d'intérêts*

Le conflit d'intérêt est défini comme étant «un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, où celui-ci possède à titre privé des intérêts qui pourraient affecter la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités»<sup>810</sup>. Cette définition qui concerne les agents publics peut aussi s'appliquer au cas des avocats qui bénéficient d'une délégation de service public et s'occupe d'une fonction d'intérêt général. Ceux-ci peuvent en effet se trouver dans une situation où la mission de représentation étatique, dont ils sont chargés, entre en concurrence avec leurs propres intérêts professionnels ou personnels. Ces conflits «pourraient influencer ou paraître influencer sur la manière dont elle s'acquitte des tâches qui lui ont été confiées dans le cadre de ses fonctions»<sup>811</sup>. Le juriste est recruté pour assurer la défense des intérêts étatiques. Toutefois, il peut arriver que cette défense d'intérêts étatiques soit mise à mal par des éléments externes à la relation avocat-État litigant ou internes à celle-ci. Dans le premier cas, une tierce personne intervient dans la relation (armateur, tiers-financier, etc.) et ses intérêts s'opposent à ceux du gouvernement représenté (au moins sur quelques aspects de la procédure) et dans l'autre hypothèse, ce sont les intérêts du juriste-même qui entrent en conflit avec ceux de la partie représentée<sup>812</sup>. Que faire? Le juriste a un devoir de loyauté vis-à-vis de l'État représenté mais non du tiers. Comment assurer une meilleure représentation de tous les intérêts en présence? Les conflits d'intérêts sont aussi divers que variés. Nous allons envisager les hypothèses les plus récurrentes et les plus significatives tout en veillant à passer en revue les différents tribunaux, objets de notre analyse. Il faut aussi rajouter que la question des conflits d'intérêts est aggravée par la globalisation des cabinets d'avocats<sup>813</sup>.

<sup>810</sup> OCDE, *Gérer les conflits d'intérêts dans le service public, Lignes directrices de l'OCDE et expériences nationales*, OCDE, 2005, p. 15; voir aussi Serge Guinchard et Thierry Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2017, p. 262; Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., Presses Universitaires de France, Paris, 2014, p. 234.

<sup>811</sup> César Garzon, *Conflit d'intérêts* in Louis Côté et Jean-François Savard (dir.), *Le Dictionnaire encyclopédique de l'administration publique*, 2012, [en ligne], <www.dictionnaire.enap.ca>.

<sup>812</sup> Selon un auteur, la présence de cabinets privés dans le processus de résolution des différends entre États implique nécessairement l'existence d'intérêts distincts, voir Sandoval, p. 2.

<sup>813</sup> Pérez, p. 119; Günther J. Horvath et Roberta Esq. Berzero, *The Double-Hat dilemma in Transnational Dispute Management*, vol. 10, issue 4, September 2013, p. 13.

a. *Conflits d'intérêts internes à la relation entre le juriste et l'État litigant*

Ceux-ci peuvent se manifester dans plusieurs situations : Primo, dans le choix du mode de règlement du différend. Faut-il opter pour un règlement juridictionnel ou diplomatique du différend ? Il faut rappeler que les États sont soumis à une obligation de négocier, c'est-à-dire, que ceux-ci doivent non seulement « entamer des négociations, mais encore de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à des accords »<sup>814</sup>. Toutefois, cette obligation n'implique pas l'engagement de s'entendre<sup>815</sup>. Cette obligation découle du principe de règlement pacifique des différends internationaux<sup>816</sup>. En vue de satisfaire à cette obligation, ces acteurs étatiques disposent de plusieurs moyens (principalement listés à l'article 33 de la Charte des Nations Unies<sup>817</sup>) pour le faire. Suivant le type de différend, il peut être utile de recourir à d'autres moyens (essentiellement diplomatiques) et de ne pas (ab)user du règlement judiciaire car ce dernier « n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les Parties »<sup>818</sup>. Dans une telle situation, les avocats privés, assistant ou représentant un État, peuvent être confrontés à des conflits d'intérêts puisque leur expertise est principalement recherchée dans le cadre de la résolution judiciaire et non du règlement diplomatique du différend. L'avocat privé peut alors être tenté d'abuser « du droit d'introduire une instance devant la Cour » sans avoir « épuisé au préalable les voies diplomatiques » selon les termes utilisés par le juge Oda<sup>819</sup>.

a.1. La représentation simultanée de différents intérêts

La représentation simultanée d'intérêts peut concerner plusieurs cas de figure dont le plus fréquent est celui du juriste agissant comme avocat et comme ar-

---

<sup>814</sup> CPJI, Série A/B, *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne, Section de ligne Landwarow-Kaisiadorys*, Avis consultatif du 15 octobre 1931, p. 116.

<sup>815</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, para 48.

<sup>816</sup> Pour un exposé plus détaillé de l'obligation de négocier incombant aux États, voir Karen Wellens, *Negotiations in the Case Law of the International Court of Justice, A Functional Analysis*, Routledge, London/New York, 2014, pp. 103-107.

<sup>817</sup> « Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix ».

<sup>818</sup> CPJI, Série A, N° 22, *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, Ordonnance du 19 août 1929*, p. 13.

<sup>819</sup> Shigeru Oda, *The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Myth? – A Statistical Analysis of Contentious Cases in The International and Comparative Law Quarterly*, vol. IL, 2000, p. 265, cité par *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda)*, décision de M. Oda, CII, Recueil 2005, p. 133.

bitre. Il peut aussi s'agir du cas d'un juriste agissant pour une partie litigante et pour une tierce partie. Dans le domaine de l'arbitrage, le phénomène du <double hatting> est révélateur desdits conflits d'intérêts qui affectent le juriste: il s'agit d'une situation dans laquelle le juriste exerce simultanément les fonctions d'avocat et d'arbitre. Ce phénomène, qualifié de déplorable voire même d'inacceptable<sup>820</sup>, n'est pas récent mais a très longtemps été envisagé sous l'angle des arbitres. Nous proposons de l'analyser sous l'angle des avocats-conseils. L'examen de certaines affaires nous permettra de fixer le décor. Ce phénomène remet en question l'indépendance de ces juristes alors que cette indépendance a, pendant longtemps, été invoqué comme un facteur justifiant l'autorité de ceux-ci<sup>821</sup>. Même si on ne demande pas forcément au représentant d'une partie d'être indépendant (en effet, il prend fait et cause pour la partie qui l'a désigné), les possibles influences qui sont de nature à limiter voire annihiler son engagement en faveur de la partie représentée ne plaident pas en faveur de sa légitimité comme représentant. En guise de comparaison, il serait difficile d'imaginer les fonctionnaires et autres agents, publics privilégier les intérêts d'un autre État sur ceux de leur gouvernement d'origine même s'il faut aussi souligner le fait qu'ils peuvent être soumis à diverses pressions.

Le double hatting s'est essentiellement développé dans le domaine de l'arbitrage d'investissement compte tenu du caractère *ad hoc* des tribunaux d'investissements. Ainsi, ceux-ci permettent à un juriste de représenter une partie litigante dans une affaire et d'être désigné comme arbitrage dans une autre affaire. Cette possibilité de double fonction n'existe pas en ce qui concerne les tribunaux permanents comme la CIJ par exemple. Ainsi, les anciens juges doivent observer un délai de 03 ans avant de pouvoir agir comme représentants étatiques. Toutefois, les juges de cette Cour avaient l'habitude d'être régulièrement désignés comme arbitres dans des affaires d'investissements. Cette pratique a été réexaminée et selon l'actuel président de cette Cour, son excellence M. Abdulqawi Ahmed Yusuf, les juges ont décidé de ne plus participer à des arbitrages opposant un État à un investisseur ou à des arbitrages commerciaux<sup>822</sup>. Exception-

<sup>820</sup> Phillippe Sands, <Developments in Geopolitics – The End(s) of Judicialization?> 2015 ESIL Conference Closing Speech, 12 September 2015, p. 4. «*Les arbitres désignés sont souvent des avocats associés, et l'on ne peut nier que certains puissent être liés à des conflits d'intérêts pouvant remettre en cause leur impartialité*» (Rép Min 31033-JO 01/10/2013. Castres Saint Martin (n 9) 228), Cité par Pérez, p. 118.

<sup>821</sup> Watts, p. 331 ; Crawford, *Advocacy Before International Tribunals in State-to-State cases*, p. 308. Ce qui sous-entend que les juristes internationaux ne sont pas influencés par ce type de rivalités.

<sup>822</sup> Discours de S. Exc. M. Abdulqawi A. Yusuf, Président de la Cour internationale de Justice, à l'occasion de la Soixante-Treizième Session de l'Assemblée Générale des Nations Unies, 25 octobre 2018, p. 13.

nellement, ils pourraient être autorisés à prendre part à une procédure d'arbitrage interétatique. Mais ils ne peuvent être nommés arbitres par un État qui serait également partie à une affaire pendante devant la Cour, quand bien même cette affaire et l'arbitrage en question n'auraient aucune incidence l'un sur l'autre. Cela, afin de préserver l'impartialité et l'indépendance des juges dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires.

Dans les prochaines lignes, nous examinerons quelques-unes des affaires relatives à la défense simultanée de différents intérêts par les juristes afin de relever et discuter les critères d'analyse de la question par les tribunaux internationaux.

#### a.1.1. Les affaires *Telekom Malaysia Berhad v. Republic of Ghana* et *RFCC v. Morocco*

Dans ces deux affaires, une seule et même personne va exercer simultanément les fonctions d'avocat et d'arbitre alors que dans ces deux affaires, les questions soumises aux tribunaux d'investissements étaient similaires. Ces deux affaires étaient relatives à l'expropriation. Le professeur Emmanuel Gaillard agissait en qualité de conseil pour la partie demanderesse dans l'affaire *RFCC v. Morocco* dans le cadre de la requête en annulation introduite après la décision du tribunal arbitral<sup>823</sup>. Au même moment, le même professeur était membre du tribunal arbitral dans l'affaire *Telekom Malaysia Berhad (TMB) v. Republic of Ghana*<sup>824</sup>. De l'avis du Ghana, une telle situation était susceptible de créer un conflit entre plusieurs intérêts. Les deux affaires étaient relatives à l'expropriation. La position adoptée par l'État du Ghana était assez similaire à celle de l'État du Maroc, et le professeur Gaillard était opposé à une telle position dans l'affaire *RFCC v. Morocco*<sup>825</sup>. En effet, la partie demanderesse y soutenait que l'acte de l'État marocain (l'application de pénalités de retard et la mise en jeu des garanties contractuelles) constituait un acte de puissance publique qui violait l'Accord Bilatéral d'Investissement conclu entre le Maroc et l'Italie. Pour le tribunal, ces actes ne sauraient être qualifiés de mesures équivalentes à une expropriation car étant des prérogatives prévues par le contrat<sup>826</sup>. Après que le tribunal arbitral ait statué dans le sens de la partie défenderesse, la partie demanderesse, représentée cette fois-ci par le professeur Gaillard a introduit une demande annulation pour application incorrecte du droit et abus de pouvoir. Dans l'affaire *Telekom Ma-*

---

<sup>823</sup> *Consortium R.F.C.C. v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, Decision on annulment (18 January 2006).

<sup>824</sup> *Telekom Malaysia Berhad v. the Republic of Ghana*, PCA Case No. 2003-03, UNCITRAL, Settled.

<sup>825</sup> Horvath et Berzero, p. 6.

<sup>826</sup> *Consortium R.F.C.C. v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, sentence arbitrale, 22 décembre 2003, para. 65, 81-89.



laysia Berhad (TMB) v. Republic of Ghana, l'entreprise TMB reprochait au Ghana de l'avoir exproprié de ses droits en violation de l'Accord Bilatéral d'Investissement entre le Ghana et la Malaisie. Le Ghana a adopté une défense assez similaire à celle de l'État marocain dans l'affaire susmentionnée, une ligne de défense contestée par le professeur Gaillard. Comment donc une même personne pouvait être juge et partie en même temps<sup>827</sup>? Autrement dit, le professeur, en qualité de conseil, défendra une certaine conception de l'expropriation et dans le même temps, il conservera suffisamment de recul et d'indépendance pour trancher, cette fois-ci en qualité d'arbitre, d'une autre affaire dans laquelle la même conception de l'expropriation est développée par l'une des parties litigantes. Le professeur Sands va bien résumer la situation. «It is possible to recognise the difficulty that may arise if a lawyer spends a morning drafting an arbitral award that addresses a contentious legal issue, and then in the afternoon as counsel in a different case drafts a pleading making arguments on the same legal issue. Can that lawyer, while acting as arbitrator, cut herself off entirely from her simultaneous role as counsel? The issue is not whether she thinks it can be done, but whether a reasonable observer would so conclude. Speaking for myself, I find it difficult to imagine that I could do so without, in some way, potentially being seen to run the risk of allowing myself to be influenced, however subconsciously»<sup>828</sup>.

Le Ghana va demander la disqualification dudit arbitre, d'abord auprès du tribunal arbitral et du Secrétaire Général de la CPA, *appointing authority*, qui ont, tous deux, rejeté la demande<sup>829</sup>. Ensuite, la demande de disqualification sera soumise à la Hague District Court sous la forme de demande de mesures provisionnelles, car les Pays-Bas étaient le pays du siège du tribunal arbitral<sup>830</sup>. Pour la Hague District Court, qui se fondait sur le code de procédure hollandais, une même personne ne peut pas concomitamment agir comme conseil et arbitre dans plusieurs procédures arbitrales soulevant les mêmes questions juridiques car cela crée-

<sup>827</sup> *Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad*, Hague District Court, Challenge No. 13/2004, Petition No. HA/RK 2004.667, 18 octobre 2004, p. 3.

<sup>828</sup> «, Phillippe Sands, «Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel», in Arthur Rovine (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, Brill, New York, 2012, p. 30.

<sup>829</sup> Par une décision, en date du 30 juillet 2004. Toutefois, les motifs de cette décision n'ont pas été rendus disponibles, voir Noah Rubins et Bernhard Lauterburg, *Independence, Impartiality and Duty of Disclosure in Investment Arbitration* in Christina Knahr *et al* (eds), *Investment and Commercial Arbitration-Similarities and divergences*, vol. 3, Eleven International Publishing, Utrecht, 2010, p. 176.

<sup>830</sup> *Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad*, Hague District Court, Challenge No. 13/2004, Petition No. HA/RK 2004.667, 18 October 2004; Challenge 17/2004, Petition No. HA/RK/2004/778, 5 November 2004.

rait un biais apparent<sup>831</sup>. Il y avait ainsi un doute légitime quant à son impartialité. Toutefois, si la personne concernée se retire de l'une de ces procédures, le biais disparaîtrait. Finalement, le professeur Gaillard a choisi de continuer en qualité d'arbitre et d'arrêter son mandat de conseil dans l'affaire RFCC v. Morocco.

Il faut sans doute mentionner le récent projet de code de conduite pour arbitres intervenant dans le règlement des différends investisseurs-États, conjointement préparé par les secrétariats du CIRDI et de la CNUDCI<sup>832</sup>. L'article 6 dudit texte traite de cette pratique et suggère des pistes de solution et il serait intéressant de voir quelle option sera privilégiée par les États dans le cadre des discussions futures notamment au sein du Groupe de Travail III, de la CNUDCI, traitant des réformes du RDIE<sup>833</sup>.

#### a.1.2. Les affaires Blue Bank v. Venezuela et Longreef v. Venezuela

M. José Maria Alonso, associé au cabinet Baker & McKenzie Espagne, fut désigné comme arbitre dans l'affaire Blue Bank v. Venezuela<sup>834</sup>. Il était associé principal du département «contentieux et arbitrage» de Baker & McKenzie Madrid et membre du comité directeur mondial de l'arbitrage international. Dans le même temps, deux autres cabinets du même groupe à savoir Baker & McKenzie New York et Baker & McKenzie Caracas furent impliqués dans une autre affaire contre le même défendeur: l'affaire Longreef v. Venezuela<sup>835</sup>. Pour M. Alonso, cette situation n'était pas de nature à mettre en doute son indépendance et son impartialité, d'autant plus que ses revenus dépendaient «principalement» de son activité à Baker & McKenzie Madrid. Pour l'État de Venezuela, par contre, «Mr. Alonso's interests are adverse to Venezuela's interests ... because Baker & McKenzie represents interests against Venezuela, and Mr. Alonso is a partner and co-manager of Baker & McKenzie's global arbitration practice»<sup>836</sup>.

Selon le président du Conseil d'administration du CIRDI, le fait que les différents cabinets partagent la même raison sociale, couplé à l'existence d'un co-

---

<sup>831</sup> Ibid. p. 4, para 6.

<sup>832</sup> <[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Draft\\_Code\\_Conduct\\_Adjudicators\\_ISDS.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf)> (20/07/2020).

<sup>833</sup> <[https://uncitral.un.org/fr/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state)> (20/07/2020).

<sup>834</sup> *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB 12/20.

<sup>835</sup> Longreef Investments A.V.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/5.

<sup>836</sup> *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB 12/20, *Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal*, p. 5.

mité directeur d'arbitrage international au niveau mondial et la déclaration de M. Alonso selon laquelle sa rémunération dépend «principalement» mais non exclusivement des résultats obtenus par la société de Madrid impliquent un certain degré de lien, de coordination entre les différents cabinets de Baker & McKenzie International<sup>837</sup>. De plus, et compte tenu du fait qu'il existe une grande similarité entre les questions susceptibles d'être examinées dans les deux affaires, il est fort probable que M. Alonso soit amené à trancher, s'il demeurerait arbitre, des questions qui sont aussi pertinentes dans l'affaire Longreef c. Venezuela. Il conclut à un manque manifeste d'impartialité sur la base d'une évaluation raisonnable des faits

### a.1.3. L'affaire SGS v. Pakistan

Dans cette affaire, l'un des conseils désignés par le Pakistan, M. Jan Paulsson du cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer et l'arbitre, M. J. Christopher Thomas Q.C., entretenaient des relations pouvant mettre à mal leur indépendance et leur impartialité. Ainsi, M. Thomas avait assisté l'État du Mexique dans un arbitrage ALENA, dans lequel M. Paulsson, président du tribunal et les autres arbitres, avaient rendu une décision unanime en faveur du Mexique<sup>838</sup>. De plus, et après que M. Thomas ait été désigné arbitre dans la présente affaire, son cabinet d'origine (Thomas & Partners) est intervenu dans un arbitrage ALENA où ledit cabinet a encore désigné le conseil du défendeur (M. Paulsson) comme président dudit tribunal arbitral ALENA<sup>839</sup>. En fait, le cabinet d'origine de M. Thomas avait un «continuing retainer» avec l'État du Mexique en vertu duquel, ce cabinet s'engageait à fournir des services juridiques et à représenter le gouvernement mexicain sur des questions concernant l'ALENA et l'OMC<sup>840</sup>. Selon le concerné, ces différentes circonstances n'étaient pas de nature à influencer son indépendance et son impartialité<sup>841</sup>. A sa décharge, il était à l'origine de cette révélation (disclosure) et a décidé de ne pas intervenir personnellement dans le cadre de l'arbitrage ALENA. Un avis que ne partageait pas le demandeur qui a demandé que ledit arbitre soit disqualifié<sup>842</sup>. Pour celui-ci, ledit

<sup>837</sup> Ibid., p. 12.

<sup>838</sup> Il s'agit de l'affaire *Robert Azinian and Others v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, 1 November 1999.

<sup>839</sup> Il s'agit de l'affaire *Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, UNCITRAL.

<sup>840</sup> *Société Générale de surveillance SA v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case (No. ARB/01/13), *Decision on disqualification of Arbitrator* (19 december 2002), ICSID Reports, Volume 8, p. 398.

<sup>841</sup> Ibid., p. 399.

<sup>842</sup> «Mr Thomas» role (and/or that of his firm) as counsel representing what appears to be a very large client of his firm, if not the largest, before a tribunal presided by counsel for

arbitre pourrait se sentir redevable au conseil du défendeur pour la décision favorable rendue dans l'affaire *Robert Azinian and Others v. United Mexican States*. Une affirmation rejetée par les deux juristes concernés. Le tribunal arbitral, s'appuyant sur les articles 14 al. 1 et 57 de la convention CIRDI, a estimé que la disqualification d'un arbitre nécessite la réunion de deux éléments : il doit exister des faits « établis » et ceux-ci doivent interférer (de façon raisonnable) sur la capacité de la personne mise en cause à exercer un jugement indépendant dans le cadre d'une affaire donnée<sup>843</sup>. Une telle interférence n'était pas établie dans le cas d'espèce, selon le tribunal arbitral (qui a plutôt parlé de supposition, voire de spéculation). Celui-ci s'est aligné sur la jurisprudence *vivendi* et a rajouté que « in the universe of international commercial arbitration, the community of active arbitrators and the community of active litigators are both small and that, not infrequently, the two communities may overlap, sequentially if not simultaneously. It is widely accepted that such an overlap is not, by itself, sufficient ground for disqualifying an arbitrator »<sup>844</sup>.

Toutefois, nous pensons que cette proximité entre membres de ladite communauté internationale des juristes comporte un risque : celui de faire passer les intérêts de cette communauté avant ceux de l'État pour le compte duquel le juriste intervient. Pour illustrer cela, il serait intéressant de rappeler une anecdote rapportée par Robert Volterra : « During the meeting of one legal team, called to discuss how to respond to a blatantly unethical tactic employed by opposing counsel in an ICJ case, two seniors members of the team reacted with shock to the client's suggestion that the offenders should be reported to their home bar council. « One does not do that to fellow counsel », was their refrain »<sup>845</sup>.

Le tribunal souligne aussi que les intérêts professionnels (et personnels ?) des juristes sont nécessairement engagés dans le procès international et liés à l'issue de celui-ci. Dans ce sens, on peut estimer que les intérêts du juriste et de l'État représenté convergent : « The Claimant states that if this Tribunal eventually makes an award in favour of the Respondent, that will serve the (professional) interests of Mr Paulsson. If such eventuality materializes, the professional interests of Mr Paulsson might well be served ; but if so, that will simply follow the fact that Mr Paulson's firm represents Respondent here. Similarly, it may well be that, as a professional matter, Mr Thomas' interests would be served if the

---

Pakistan in this case indicates that, in his role as arbitrator in this case, he may manifestly not be relied upon to exercise independent judgement », *ibid.*

<sup>843</sup> *Ibid.*, p. 402.

<sup>844</sup> *Ibid.*, p. 404.

<sup>845</sup> Volterra, p. 240.

GAMI tribunal were, after the pleadings are all in and the oral hearing completed, to make an award favourable to Mexico»<sup>846</sup>.

On pourrait peut-être mentionner la différence d'approche dans l'analyse de cette question selon que le tribunal, à qui la question est soumise, est arbitral (avec potentiellement des arbitres concernés par ce phénomène du double hat) ou étatique. Nous reviendrons plus loin sur l'argument selon lequel cette double casquette se justifie par la taille réduite de la communauté des juristes internationaux.

a.1.4. L'affaire ICS Inspection and Control Services Limited v. Republic of Argentina

Dans cette affaire<sup>847</sup>, un partenaire du cabinet Sidley Austin, M. Stanimir A. Alexandrov, fut désigné comme arbitre. Toutefois, ce même cabinet avait, dans un passé récent, assuré la défense des intérêts d'une entité potentiellement en lien avec le demandeur à l'instance (PWC Logistics). De plus, ledit arbitre assurait, dans le même temps, la représentation des intérêts des sociétés Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi dans leur affaire contre la république argentine<sup>848</sup>. M. Jernej Sekolec, agissant en qualité d'*appointing authority* désigné par le Secrétaire Général de la CPA, a estimé qu'il y avait une apparence de biais dans cette affaire<sup>849</sup>.

Les membres de cette communauté internationale des juristes sont divisés sur ce phénomène de double hatting qui, par ailleurs, fait l'objet d'une littérature assez abondante<sup>850</sup>. Il faut peut-être rappeler que le débat s'était d'abord posé dans le

---

<sup>846</sup> Société Générale de surveillance SA v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Reports, Volume 8, pp. 404-405.

<sup>847</sup> ICS Inspection and Control Services Limited v. Republic of Argentina, UNCITRAL Case, Decision on Challenge to Mr. Stanimir Alexandrov, 17 December 2009.

<sup>848</sup> Il s'agit de l'affaire Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (Vivendi v. Argentine).

<sup>849</sup> ICS Inspection and Control Services Limited v. Republic of Argentina, p. 4.

<sup>850</sup> Sur ce phénomène, il existe une littérature abondante. Voir par exemple, Sands, <Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel>, pp. 28-49; Sands, <Developments in Geopolitics – The End(s) of Judicialization?>; Luke Eric Peterson, <Arbitrator Decries «Revolving Door» Roles of Lawyers in Investment Treaty Arbitration>; Sebastian Perry, *To Be Frank* in Global Arbitration Review (GAR) (21 February 2013); Sebastian Perry, *Arbitrator and Counsel: the double-hat syndrome*, GAR, 15 march 2012; Dennis H. Hranitzky and Eduardo Silva Romero, *The «Double Hat» Debate in International Arbitration* in The New York Law Journal (14 Juin 2010), disponible sous <<https://www.dechert.com/knowledge/publication/2010/6/the-double-hat-debate-in-international-arbitration.html>> (20/07/2020); Horvath et Berzero; Malcolm Langford, Daniel Behn, et Runar Hilleren Lie, *The Ethics and Empirics of Double Hatting* in ESIL Reflections, vol. 6, issue 7, 24 July 2017; Lacey Young, <Double Hatting>

contexte de l'arbitrage commercial international puis s'est étendu à l'arbitrage d'investissement<sup>851</sup>.

D'une part, il y a ceux qui pensent que ce cumul de fonction n'est pas à l'avantage de l'arbitrage international et que cela ne fait qu'accentuer la crise de légitimité de celui-ci. Le professeur Philippe Sands est de cet avis. Il a, en effet, cessé d'exercer les fonctions de conseil une fois qu'il a commencé à agir comme arbitre dans plusieurs affaires<sup>852</sup>. Le juge Thomas Buerghenthal prône aussi une séparation entre <the Bench and the Bar> : «I have long believed that the practice of allowing arbitrators to serve as counsel, and counsel to serve as arbitrators, raises due process of law issues. In my view, arbitrators and counsel should be required to decide to be one or the other, and be held to the choice they have made, at least for a specific period of time. That is necessary, in my opinion, in order to ensure that an arbitrator will not be tempted, consciously or unconsciously, to seek to obtain a result in an arbitral decision that might advance the interests of a client in a case he or she is handling as counsel. ICSID is particularly vulnerable to this problem because the interpretation and application of the same or similar legal instruments—the Bilateral Investment Treaties, for example—are regularly at issue in different cases before it ... These revolving-door problems-counsel selecting an arbitrator who, the next time when the arbitrator is counsel, selects the previous counsel as arbitrator- should be avoided. Manus manum lavat, in other words—you scratch my back and I'll scratch yours, does not advance the rule of law»<sup>853</sup>. L'un des principaux arguments en faveur de la séparation des fonctions entre les arbitres et les conseils est la problématique des «issue conflicts» pouvant être définies comme étant l'existence, chez l'arbitre, d'un parti pris réel ou apparent et qui découle, notamment de ses

---

under new scrutiny in GAR, 05 juin 2017; Bruce A. Green, *Attorney's Conflicts of Interest in International Arbitrations* in Arthur W. Rovine (ed), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: the Fordham Papers 2014*, Brill, Leiden, 2015, pp. 73-89; William W. Park, *Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent* in San Diego Law Review, vol. 46, 2009, pp. 629-704; Catherine A. Rogers, *The Vocation of International Arbitrators*, in American University International Law Review, Vol. 20, 2005; Bocconi Legal Studies Research Paper No. 06-5. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=691470>>; Anthony Sinclair and Matthew Gearing, *Partiality and Issue Conflicts* in TDM, vol. 5, issue 4 (July 2008); Anthea Roberts, *A Possible Approach to Transnational Double Hatting in Investor-Arbitrator Arbitration*, EjlTalk, 31 July 2017, <<https://www.ejltalk.org/a-possible-approach-to-transnational-double-hatting-in-investor-state-arbitration/>> (20/07/2020).

<sup>851</sup> Voir le résumé de Perry, <Arbitrator and Counsel: the Double-Hat Syndrome>.

<sup>852</sup> Sands, <Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel, p. 30.

<sup>853</sup> Thomas Buerghenthal, <The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law>, *Transnational Dispute Management* vol. 3, 2006, pp. 7-8.

vues précédemment exprimées sur une question ayant trait à l'issue même de l'affaire à trancher<sup>854</sup>. Pour un auteur, ce problème des <issues conflicts>, et son corollaire, à savoir la confusion qui en découle entre ces deux rôles assez opposés, peut être qualifié de pré-jugement<sup>855</sup>. De plus, cette confusion de rôles peut aggraver la crise de légitimité de l'arbitrage d'investissement car la confiance que les États placent dans le système arbitral peut considérablement baisser si ceux-ci constatent que l'arbitre chargé notamment de trancher une affaire d'investissement donnée peut se retrouver, à l'occasion d'une autre affaire dans le rôle d'un conseil avec la partialité de ce dernier<sup>856</sup>.

D'autres, par contre, invoquent l'insuffisance ou le nombre réduit de juristes disponibles au niveau international comme argument en faveur de cette pratique<sup>857</sup>. Cet argument avait aussi été souligné par le tribunal arbitral dans l'affaire SGS v. Pakistan<sup>858</sup>. Il a aussi été repris par d'autres arbitres et conseils<sup>859</sup>. A cette insuffisance de juristes, il faut adjoindre l'expérience de ces juristes cumulant ces deux fonctions et qui serait avantageuse pour les parties les sollicitant car ces juristes bénéficient d'une longueur d'avance car maîtrisant tous les aspects de la procédure, tant du côté du tribunal arbitral ou du côté des parties litigantes<sup>860</sup>. De plus, ils invoquent une justification économique: il n'est pas garanti que les juristes, voulant se spécialiser exclusivement comme arbitres, puissent avoir un nombre suffisant d'affaires pour le permettre une certaine sécurité financière. Ce qui va inéluctablement déboucher sur ce cumul de fonctions, du moins pendant une certaine période transitoire<sup>861</sup>.

<sup>854</sup> Anthony Sinclair and Matthew Gearing, *Partiality and Issue Conflicts*.

<sup>855</sup> William W. Park, *Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent*, p. 704.

<sup>856</sup> Horvath et Berzero, p. 13.

<sup>857</sup> Pour un résumé de ces arguments, voir Hranitzky et Romero. Ces derniers concluent leur article en affirmant que demander aux juristes de choisir entre la fonction d'arbitre et la fonction de conseil donnerait lieu à de nouveaux problèmes sans forcément résoudre ceux qu'un tel choix est censé résoudre.

<sup>858</sup> Société Générale de surveillance SA v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case (No. ARB/01/13), Decision on disqualification of Arbitrator (19 december 2002, p. 404.

<sup>859</sup> Selon Baton Legum par exemple, «the pool of qualified arbitrators is already «vanishingly small» and that it would be problematic for the users of the arbitration system if efforts were made to exclude all practicing BIT counsel from this pool», Luke Eric Peterson, «Arbitrator Decries «Revolving Door» Roles of Lawyers in Investment Treaty Arbitration», Investment Arbitration Reporter, cité par Langford, Behn et Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, p. 152, note 71.

<sup>860</sup> Selon des propos de Toby Landau GC rapportés par S. Perry, *Arbitrator and Counsel: the Double-hat Syndrome*; voir aussi Horvath et Berzero, pp. 12-13.

<sup>861</sup> Langford, Behn et Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, p. 152. Pour Christoph Schreuer, il serait irréaliste de demander aux conseils de faire un choix entre les deux fonctions car seul un groupe de deux douzaines d'arbitres est en me-

Le premier argument peut difficilement se justifier actuellement car il existe suffisamment de juristes qualifiés pour éviter que de mêmes personnes exercent simultanément les fonctions d'arbitres et de conseils<sup>862</sup>. En ce qui concerne le cumul de fonction pour cause de transition, on pourrait l'encadrer dans un cadre temporel de sorte à permettre un renouvellement des juristes au niveau international. Ainsi, on pourrait permettre aux nouveaux venus d'exercer simultanément les deux fonctions pendant un certain temps et après se spécialiser<sup>863</sup>. La question qui se pose alors est celle de l'encadrement adéquat. Certains proposent de permettre aux jeunes juristes d'intervenir dans deux affaires (tout au plus) avant de se décider entre les deux fonctions<sup>864</sup>. Toutefois, et comme l'ont si bien relevé des auteurs, ce problème ne concerne qu'une poignée de juristes, parmi les plus influents certes. Ce qui signifie que si ces derniers décidaient de ne plus cumuler ces deux fonctions, le problème serait résolu. C'est cette dernière approche qui a été retenue par l'Union Européenne et le Canada dans le cadre de l'Accord Économique et Commercial Global (CETA en anglais) dont l'article 8:30 impose aux arbitres de ne plus accepter de mandat de représentation, une fois nommés. «Les membres du Tribunal sont indépendants. Ils n'ont d'attache avec aucun gouvernement...En outre, dès leur nomination, ils s'abstiennent d'agir à titre d'avocat-conseil, de témoin ou d'expert désigné par une partie dans tout différend relatif aux investissements en instance ou nouveau relevant du présent accord ou de tout autre accord international»<sup>865</sup>.

Il existe d'autres affaires concernant le cumul de fonctions telles Siemens v. Argentina, Azurix v. Argentina avec la disqualification du Dr. Andres Rigo Sureda de sa fonction d'arbitre. En effet, son cabinet d'origine (Fulbright & Jaworski) avait désigné le conseil des investisseurs, comme arbitre dans une autre affaire (contre le Pérou) mais qui soulevait les mêmes questions juridiques<sup>866</sup>. La liste

---

sure de vivre pleinement de la fonction d'arbitres, S. Perry, *Arbitrator and Counsel: the double-hat syndrome*.

<sup>862</sup> Langford, Behn et Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, p. 153. Si l'on se fie aux données du PITAD, au moins 600 personnes qui ont exercé les fonctions d'arbitres, Langford, Behn et Lie, *The Ethics and Empirics of Double Hatting*, p. 10. Un arbitre espagnol, Juan Fernandez-Armesto, renchérit en affirmant qu'une séparation entre conseils et arbitres ne réduirait pas le nombre de juristes disponibles. Plutôt, il y aurait un influx de personnes provenant des milieux diplomatique, académique, gouvernemental. Il cite notamment l'exemple du Tribunal Arbitral Sportif qui a introduit une telle différenciation, voir S. Perry, *Arbitrator and Counsel: the double-hat syndrome*.

<sup>863</sup> Anthea Roberts, p. 1.

<sup>864</sup> Langford, Behn et Lie, *The Ethics and Empirics of Double Hatting*, p. 10.

<sup>865</sup> Disponible sous <[http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_fr.htm)> (20/07/2020).

<sup>866</sup> J. Levine, *Dealing with arbitrator <Issue Conflicts> in International Arbitration* in TDM, vol. 5, issue 4, July 2008, p. 63.



complète de toutes les affaires d'investissement (aussi bien arbitrage CIRDI que l'arbitrage CNUDCI) dans lesquelles le juriste était soupçonné de défendre simultanément des intérêts potentiellement contradictoires nous est fournie par Jeffery Commission et Rahim Moloo dans leur récent ouvrage<sup>867</sup>.

La représentation simultanée d'intérêts peut aussi concerner la situation où le juriste (ou son cabinet) représente une partie litigante tout en ayant des connexions avec des tierces-parties dont les intérêts sont potentiellement opposés à ceux de la partie litigante. L'examen de certaines affaires jugées par l'ORD de l'OMC nous permettra de mieux cerner le problème.

a.1.5. L'affaire Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Deuxième recours du Canada à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends

Cette affaire<sup>868</sup>, qui était relative aux versements effectués par le gouvernement brésilien pour les exportations d'aéronefs régionaux au titre de l'élément de pré-réquisition des taux d'intérêt d'un programme de financement des exportations du Brésil: le Programa de Financiamento às Exportações («PROEX»), a permis de mettre en exergue un cas de conflit d'intérêt impliquant des juristes privés. En l'espèce, le Canada s'est attaché les services d'un cabinet privé et lui a transmis des informations confidentielles alors que le même cabinet offrait ses services à un constructeur canadien d'aéronefs régionaux. Le risque d'intérêts conflictuels était bien réel dans ce cas. Comment s'assurer que ledit cabinet ne ferait pas usage de ces informations confidentielles dans le cadre de ses rapports avec le constructeur canadien? Sans doute faut-il ajouter que ce genre de conflits peut aussi intervenir en dehors de toute participation directe du juriste au procès international, c'est-à-dire dans le cas où le juriste a assisté l'État litigant dans la préparation des différentes pièces de procédure notamment devant l'OMC<sup>869</sup>.

a.1.6. L'affaire Thaïlande – Droits Antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne,

Cette affaire fut marquée par un incident relatif à la violation des règles de confidentialité entourant les communications des parties litigantes. En l'espèce,

---

<sup>867</sup> Jeffery Commission et Rahim Moloo, *Procedural Issues in International Investment Arbitration*, OUP, Oxford, 2018, Appendices 3A, 3B et 3C, pp. 259-286.

<sup>868</sup> OMC, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les Aéronefs, Deuxième recours du Canada à l'article 21:5 du Mémorandum d'Accord sur le règlement des différends*, Rapport Du Groupe Spécial, WT/DS46/RW/2, 26 Juillet 2001, pp. 4-5.

<sup>869</sup> Pearlman, p. 409.

le cabinet Hogan & Hartson LLP a conseillé la Pologne au niveau du Groupe Spécial. Toutefois, il semble que l'un des représentants dudit cabinet a exercé les fonctions d'avocat de société pour la Consuming Industries Trade Action Coalition («la CITAC»), groupement de sociétés et d'associations professionnelles des États-Unis, qui était *amicus curiae* à la procédure. Cette dernière présenta un mémoire écrit à l'Organe d'Appel qui contenait certains aspects de la communication que la Thaïlande fit circuler aux autres participants de l'appel. Cette coïncidence laissait supposer que ledit groupement de sociétés avait eu accès à la communication de l'État thaïlandais. C'était, du moins, la position soutenue par ledit État pour qui «le mémoire de la CITAC indiquait à première vue que cette organisation avait eu accès à la communication présentée par l'appelant dans le présent appel. Elle a dit que, dans le mémoire de la CITAC, certaines références aux arguments spécifiques de la Thaïlande suivaient le mode de présentation utilisé dans la communication de la Thaïlande en tant qu'appelant. En particulier, la Thaïlande a noté qu'au paragraphe 2 du mémoire présenté par la CITAC, il y avait une référence explicite à la «section III.C.5 de la communication de la Thaïlande». Elle a dit également que certains arguments figurant dans le mémoire attestaient un degré de connaissance des arguments de la Thaïlande qui «allait au-delà de ce que pouvait laisser deviner la déclaration d'appel»<sup>870</sup>.

Cet État soupçonnait le cabinet Hogan & Hartson L.L.P., agissant aussi bien pour la Pologne que pour la CITAC, et l'accusa d'avoir divulgué sa communication<sup>871</sup>. Cette accusation fut rejetée par ledit cabinet qui produisit une déclaration indiquant qu'aucun de ses membres, associés ou représentants n'avait prêté son concours pour l'élaboration du mémoire écrit présenté par la CITAC. Toutefois, les déclarations de la Pologne semblent indiquer l'existence de liens entre ledit cabinet et la CITAC dans le cadre de cette affaire<sup>872</sup>. Cependant, les membres du cabinet ayant conseillé la Pologne n'étaient pas les mêmes que ceux qui ont agi pour la CITAC. Même si la preuve de la culpabilité du cabinet

---

<sup>870</sup> OMC, *Thaïlande – Droits Antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne*, Rapport de l'Organe d'Appel, WT/DS122/AB/R, 12 mars 2001, p. 22, para 71.

<sup>871</sup> «La Thaïlande a dit également qu'elle croyait comprendre que Hogan & Hartson L.L.P., le cabinet juridique dont la Pologne s'était assuré les services en l'espèce, était également conseil auprès de la CITAC. Elle a dit qu'il semblait y avoir «un lien très étroit entre la CITAC, Hogan & Hartson L.L.P. et la Pologne». Elle a affirmé que ce lien apparent donnait à penser que Hogan & Hartson L.L.P. avait divulgué à la CITAC la teneur de la communication de la Thaïlande en tant qu'appelant, en violation des articles 17:10 et 18:2 du Mémoire d'accord», *ibid.*, pp. 20-21, para 65.

<sup>872</sup> *Ibid.*, p. 22, para 71.

quant à la violation des règles de confidentialité n'a pu être fournie, celui-ci cessa finalement ses fonctions auprès de la Pologne<sup>873</sup>.

#### a.2. La représentation successive de litigants

Les conflits d'intérêts peuvent aussi se manifester lorsque le juriste agit pour des clients successifs. Quel temps d'attente adéquat avant d'agir contre un ancien client? Une trop longue période pourrait nuire aux intérêts des juristes en leur empêchant d'offrir leurs services à d'autres litigants. Cela est particulièrement le cas en matière d'arbitrage d'investissement où plusieurs juristes, ayant agi pour le compte de parties litigantes dans une procédure déterminée, se retrouvent impliqués dans d'autres procédures contre lesdites parties. Quelle peut être l'indépendance d'un tel juriste? Par exemple, un avocat ayant agi comme conseil pour un État, peut-il agir contre ledit État dans une autre affaire? A l'opposé, l'absence de temps d'attente pourrait influencer négativement sur les intérêts des États représentés car les informations et ressources, par eux, transmises aux avocats peuvent être utilisées par ces derniers contre les États concernés sitôt l'affaire en question close. Cette question a été soulevée dans l'affaire *Fraport*, où l'État s'opposait au fait que son ancien représentant puisse se trouver du côté adverse. Même si dans cette affaire, ledit représenté n'avait pas vraiment eu accès à des informations susceptibles de mettre en péril les intérêts de l'État représenté, cela témoigne de la réalité du problème<sup>874</sup>.

Cette question a aussi été examinée dans les *Lignes Directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international*. Celles-ci préconisent trois années comme délai d'attente, notamment pour un certain nombre de situations mentionnées dans la liste orange. En rappel, cette liste est relative à des situations spécifiques qui, selon les faits présentés, peuvent, selon les parties, susciter des doutes quant à l'impartialité ou l'indépendance du juriste agissant en qualité d'arbitre. C'est ainsi le cas, lorsqu'«au cours des trois dernières années, l'arbitre a été le conseil de l'une des parties, ou de l'une de ses filiales, ou a préalablement conseillé ou fut consulté dans une affaire différente par la partie qui l'a nommé ou sa filiale, mais depuis lors l'arbitre et la partie ou sa filiale n'entretiennent plus de relations»<sup>875</sup>. L'analyse de quelques affaires nous permettra de mieux comprendre la difficulté de cette question.

---

<sup>873</sup> Ibid., p. 23, para 72.

<sup>874</sup> *Fraport v. Philippines*.

<sup>875</sup> *Lignes Directrices de l'IBA sur les Conflits d'Intérêts dans l'Arbitrage International*, Adoptées par résolution du Conseil de l'IBA le jeudi 23 octobre 2014.

### a.2.1. L'affaire Vivendi v. Argentine

En l'espèce, le président du comité *ad hoc* (M. Yves Fortier C.C. Q.C) et l'un des juristes engagés par l'une des entreprises du groupe Vivendi, en vue de la fourniture d'avis juridiques sur certaines questions fiscales, provenaient du même cabinet juridique (Ogilvy Renault LLP qui est devenu Norton Rose Canada depuis sa fusion avec Norton Rose en juin 2011). Ce mandat a d'abord concerné le prédécesseur de l'entreprise Vivendi SA (membre du groupe Vivendi) puis a continué avec celle-ci et a perduré jusqu'au moment de la constitution du tribunal. Pour le cabinet d'avocat concerné, ce travail a été fait «sur instructions» d'un autre cabinet américain et le premier cabinet a décidé de ne plus accepter d'instructions de l'entreprise Vivendi jusqu'à la fin du mandat du comité arbitral. Il faut aussi ajouter que M. Fortier n'était pas impliqué dans cette prestation de service juridique qui, par ailleurs, n'avait aucun lien avec le cas d'espèce<sup>876</sup>. Le comité a estimé que l'arbitre n'avait pas à se retirer de la procédure car ces faits n'étaient pas de nature à influencer son indépendance<sup>877</sup>. Cette affaire a aussi permis au tribunal d'apporter des précisions quant à l'expression «manque manifeste des qualités requises par l'article 57 de la Convention CIRDI». Il a privilégié une conception assez restrictive de cette expression en estimant que l'existence de rapports professionnels entre l'arbitre et une partie litigante n'entraîne pas une disqualification automatique dudit arbitre<sup>878</sup>.

### a.2.2. L'affaire Salini v. Jordanie

L'arbitre nommé par le défendeur a été récusé car ayant agi en qualité de conseil contre l'un des demandeurs dans de précédentes procédures arbitrales<sup>879</sup>. «Counsel for the Claimants objected to the appointment of Mr. Schwartz, citing as a reason other cases involving one of the Claimants in which Mr. Schwartz had acted as opposing Counsel and noting that the appointment will be challenged if Mr. Schwartz were to accept»<sup>880</sup>. Ledit arbitre a fini par se retirer de la procédure.

---

<sup>876</sup> Vivendi v. Argentine, p. 175, para. 15.

<sup>877</sup> Ibid., p. 180, para. 26.

<sup>878</sup> Ibid., pp. 179-180.

<sup>879</sup> Il s'agissait en l'espèce de M. Schwartz, juriste international, ayant exercé durant de nombreuses années dans de prestigieux cabinets d'avocat (King & Spalding et Freshfields Bruckhaus Deringer), voir <<http://schwartzarbitration.com>> (20/07/2020).

<sup>880</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on jurisdiction, 09 November 2004, p. 2, para. 5.

a.2.3. L'affaire Amco v. Indonesia

Dans cette affaire<sup>881</sup>, l'arbitre nommé par le demandeur (M. Rubin) entretenait une relation avocat-client avec celui-ci. En effet, ledit arbitre avait déjà fourni un avis fiscal à l'actionnaire principal de l'entreprise demanderesse à l'action. Par surabondance, le cabinet de l'arbitre et le conseil du demandeur partageaient des bureaux communs et avaient conclu un accord de partage de profit. Pour le tribunal arbitral, ces faits n'équivalaient pas à un manque d'indépendance car l'accord de partage de profit a pris fin six (06) années auparavant et un avis fiscal ponctuel n'était pas synonyme de relation avocat/client: le manque d'indépendance n'était pas «manifeste»<sup>882</sup>. Toutefois, il faut souligner que l'avis fiscal est intervenu après le début de l'arbitrage. Il nous semble que le caractère manifeste du manque d'indépendance soit établi, dans le cas d'espèce.

S'agissant des cabinets d'avocats, il a été proposé la solution des «chinese walls» ou le cloisonnement entre les divers départements du même cabinet-conseil dans le cas où celui-ci doit offrir simultanément des services de conseil et d'arbitre<sup>883</sup>. Ainsi, ce système pourrait permettre d'éviter l'imputation automatique des actions de certains départements ou détachements au cabinet tout entier. Par ce mécanisme, des juristes appartenant au même cabinet pourrait représenter ou assister deux ou plusieurs clients ayant des intérêts opposés sans que les intérêts de ceux-ci n'entrent en conflit. C'est un mécanisme qui a déjà été testé au niveau national par États de *common Law* notamment. «The «Chinese walls» system has special prestige in the field of large multidisciplinary firms which try to alleviate the principle of imputation referred to above and which the «contamination» of the firm by the conflicts of each of its members. An effect which would obviously generate serious consequences for dealing with large clients or companies»<sup>884</sup>.

*b. Conflits d'intérêts externes à la relation entre le juriste et l'État litigant*

Il faut rappeler que la juxtaposition des intérêts privés et publics à défendre peut amener l'agent-avocat à prioriser un groupe d'intérêt au détriment d'un autre. A titre illustratif, prenons le cas de la procédure de prompt mainlevée qui se caractérise par une coexistence d'intérêts publics et d'intérêts privés. Une telle

<sup>881</sup> Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, *Decision on proposal to disqualify an arbitrator*, 24 juin 1982.

<sup>882</sup> August Reinisch et Christina Knahr, *Conflict of interest in international investment arbitration* in Anne Peters et Lukas Handschin (eds), *Conflict of interest in Global, Public and Corporate Governance*, CUP, Cambridge, 2012, p. 110.

<sup>883</sup> Pérez, pp. 120-121.

<sup>884</sup> *Ibid.*, p. 120.

forte présence privée (privatisation?) n'est pas sans soulever de problèmes notamment en termes de conflits entre ces intérêts privés (des armateurs et des juristes privés) et les intérêts étatiques. Dans le cas de la prompte mainlevée par exemple, les juristes nommés en qualité d'agent, le plus souvent, ont déjà une relation professionnelle avec l'armateur. Une telle relation n'est pas anodine s'il s'agit d'opérer un arbitrage entre intérêts en présence. Un juriste international soulignera la difficulté et la différence d'approche entre le juriste agissant pour une entité non étatique et le juriste agissant pour un État. Le problème s'accroît lorsque l'on s'agit de défendre simultanément les intérêts d'un État et d'un acteur non étatique<sup>885</sup>. Il faut ajouter à cela la tendance observée de certains gouvernements de ne pas s'impliquer dans la procédure de la prompte mainlevée<sup>886</sup>. Pour un juge, l'équilibre entre intérêts de l'État du pavillon et ceux des États côtiers est de nos jours mis à mal par un certain nombre de circonstances parmi lesquelles on peut relever la forte présence des avocats privés<sup>887</sup>.

Toujours en ce qui concerne la juxtaposition d'intérêts, la présence d'un tiers financeur (dans l'arbitrage d'investissement principalement mais pas uniquement) peut entraîner aussi des conflits d'intérêts car, rappelons-le, le devoir de loyauté de l'avocat est principalement en direction de l'État représenté. Toutefois, et même s'il n'existe pas en principe de relation contractuelle entre eux, c'est le tiers-financeur qui apporte les ressources nécessaires à la conduite du procès et au paiement des honoraires de l'avocat. Une sorte de relation de fait s'instaurera entre eux. Et le tiers-financeur peut même être qualifié de «quasi-partie» à la procédure<sup>888</sup>. C'est ainsi que la majorité des accords de tiers-financement exigent que le tiers-financeur soit tenu informé des développements de l'affaire. Il peut même bénéficier d'un droit de consultation avec des choix stratégiques ou d'un droit de veto<sup>889</sup>. Ce droit de contrôle du tiers-financeur sur les décisions stratégiques du procès peut créer une certaine ambiguïté quant au destinataire du devoir de loyauté de l'avocat, de même que l'identité de la réelle partie représentée : cette loyauté est-elle due à la partie représentée, au tiers-financeur ou au deux ? Le représentant étatique peut-il agir comme représentant du tiers-financeur dans certains cas ? La difficulté s'accroît si le tiers-financeur a

---

<sup>885</sup> Philippe Sands, *International Law, the Practitioner and non-State Actors* in Chanaka Wickremasinghe, pp. 118-119.

<sup>886</sup> *Navire Louisa (Saint Vincent et les Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, arrêt, opinion individuelle de M. Cot, juge, p. 117.

<sup>887</sup> *Navire Volga» (Fédération de Russie c. Australie)*, prompte mainlevée, arrêt, Opinion dissidente de M. Shearer, juge *Ad hoc*, *TIDM Recueil 2002*, p. 66, para 19.

<sup>888</sup> Édouard Bertrand, *La relation financier-avocat* in Catherine Kessedjian, *Le financement du contentieux par un tiers, Third Party Litigation Funding*, p. 46.

<sup>889</sup> Catherine Rogers, *Ethics in International Arbitration*, OUP, Oxford, 2014, pp. 194-199.

son propre conseil qui désapprouve les choix stratégiques du juriste, représentant de la partie litigante. Par ailleurs, le tiers-financeur peut avoir accès à des données confidentielles protégées par le privilège client-avocat. Par exemple, quid des attorney-client confidences auquel le juriste est tenu vis-à-vis de son client<sup>890</sup>? Le problème s'intensifie (ou se simplifie) si le cabinet d'avocat est aussi le tiers-financeur<sup>891</sup>. D'une part, ledit cabinet mettra tout en œuvre pour remporter le procès (et dans ce sens, le cabinet représentant et l'État représenté ont des intérêts convergents) mais il peut se poser des problèmes: «For example, if an arbitrator were a partner at a law firm that received significant financing from a funder based on a portfolio of the firm's cases, that arbitrator would have a disclosable potential conflict of interest»<sup>892</sup>.

## **B. Honoraires d'avocats et perception de leur légitimité**

Contrairement aux juristes, travaillant dans l'administration étatique et qui bénéficient d'une rémunération garantie, les juristes privés sont rémunérés en fonction du travail accompli. En règle générale, les honoraires de ces derniers sont plus élevés, comparativement à la rémunération des juristes, fonctionnaires publics. C'est ainsi que, dans l'affaire *Methanex Corporation v. United States of America*, le montant des frais légaux réclamés par les USA (qui étaient représentés par des employés gouvernementaux) était quatre fois inférieur aux frais réclamés par le demandeur (qui était représenté par des juristes du cabinet Baker & McKenzie)<sup>893</sup>. Cet état de fait poussera un tribunal à considérer que les honoraires des juristes privés constituent des «charges financières excessives»<sup>894</sup>. Beaucoup de critiques concernant leur présence aux côtés d'États litigants se focalisent sur ces honoraires élevés (et leur impact sur le coût de la justice internationale) qui peuvent être considérés comme un facteur important dans la perception de leur légitimité. Certes, la recherche du profit est une composante essentielle de l'activité de ces juristes comme l'a souligné le tribunal arbitral

---

<sup>890</sup> Ibid., pp. 197-199.

<sup>891</sup> International Council For Commercial Arbitration, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, April 2018*, Report N° 4, p. 36.

<sup>892</sup> Ibid., p. 91.

<sup>893</sup> «The Tribunal assesses that amount in the sum claimed by the USA, namely US \$ 2,989,423.76, which the Tribunal deems to be reasonable in the circumstances within the meaning of Article 38(e) of the UNCITRAL Rules. It is also far inferior to the sum claimed by Methanex in respect of its own legal costs, namely US \$ 11- 12 million», *Methanex Corporation v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part V, para 12*.

<sup>894</sup> OMC, *Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Rapport Du Groupe Spécial*, p. 328.

dans l'affaire *SGS SA v. Islamic Republic of Pakistan*, en affirmant que les intérêts professionnels des juristes sont engagés dans le procès international<sup>895</sup>. Toutefois, est-ce pour autant que l'on devrait parler de commercialisation de leur activité (1)? Dans un second temps, nous analyserons les différents mécanismes permettant aux gouvernements de financer les honoraires de ces juristes (2).

### 1. *Vers une commercialisation de l'activité des juristes internationaux?*

De façon générale, les informations relatives aux coûts générés par le système de règlement des différends internationaux sont marquées du sceau de l'opacité (voire de la confidentialité). Dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, par exemple, les décisions finales contenant des déclarations sur les coûts ne sont pas toujours accessibles. Jeffery Commission, qui a mené une étude portant sur 138 décisions arbitrales intervenues entre 2011 et 2015, est arrivé à la conclusion selon laquelle les données relatives aux coûts de 93 de ces décisions ne sont pas disponibles pour l'une des raisons suivantes: la décision elle-même n'est pas accessible au public, la décision est publique mais ne contient pas de données sur les coûts ou enfin, certains éléments seulement des informations relatives aux coûts sont inclus dans la décision finale<sup>896</sup>. Dans une affaire entre Philip Morris et l'Australie, la décision finale du tribunal arbitral ne contenait pas d'informations relatives aux coûts<sup>897</sup>. Sous demande insistante de l'opinion (notamment de Investment Arbitration Reporter) et conformément à la liberté d'information, le gouvernement australien va finalement accepter de publier ces informations qui révèlent que, même si le tribunal arbitral s'est prononcé en faveur de l'Australie, une partie importante des frais légaux de cet État n'a pas été remboursée<sup>898</sup>. Cette confidentialité s'étend aussi aux montants des honoraires des avocats et juristes intervenant dans le procès international. Ce constat a aussi été dressé par le groupe de travail de la CNUDCI travaillant sur les possibles réformes à apporter au système de règlement des différends entre investisseurs et États: «Although private law firms participate in the preparation of the parties'

---

<sup>895</sup> Société Générale de surveillance SA v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case (No. ARB/01/13), Decision on disqualification of Arbitrator (19 december 2002), ICSID Reports, Volume 8, pp. 404-405.

<sup>896</sup> Jeffery Commission, «The duration and costs of ICSID and UNCITRAL investment treaty arbitrations», Funding in Focus Report Three, Vannin Capital (July 2016), p. 10.

<sup>897</sup> *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Final Award Regarding Costs*, 8 July 2017.

<sup>898</sup> Jarrod Hepburn, Final costs details are released in Philip Morris v. Australia following request by IAREporter, 21 mars 2019, disponible sous <<https://www.iareporter.com/articles/final-costs-details-are-released-in-philip-morris-v-australia-following-request-by-iareporter/>> (20/07/2020).



written submissions to a panel or the Appellate Body, there is lack of information on the cost of such representation. States usually do not reveal how much was spent on a specific case. Moreover, some States have internalized the cost for undertaking dispute settlement within WTO, which makes it even more difficult to assess the party costs»<sup>899</sup>.

En dépit de cette difficulté majeure, l'on s'accorde à dire que la justice internationale est de plus en plus coûteuse. L'affaire Yukos c. Russie a atteint des montants impressionnants<sup>900</sup>. En plus de l'impact financier des décisions juridictionnelles, il faut aussi mentionner les frais de procédure exorbitants. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne l'arbitrage d'investissement avec des frais de procédure avoisinant USD 8 millions par affaire<sup>901</sup>. Selon une étude de la CCI, les coûts supportés par les parties en vue de présenter leurs dossiers (ce qui inclut en grande partie les frais d'avocats) représentent 80% environ du coût global de la procédure<sup>902</sup>. La CPA rajoute que dans certaines affaires d'investissements, les frais d'avocats et d'experts peuvent représenter environ 90% du coût total de la procédure<sup>903</sup>. Ces proportions sont considérables et il importe de se pencher sur cette question des coûts d'autant plus que ceux-ci ont une influence sur la perception de légitimité du régime de règlement des différends investisseurs-États<sup>904</sup> et peuvent même porter atteinte au développement de certains pays comme l'ont constaté les États et organisations internationales impliqués dans les discussions de la CNUDCI<sup>905</sup>.

<sup>899</sup> UNCITRAL Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – cost and duration*, A/CN.9/WG.III/WP.153, 29 October–2 November 2018, p. 15, para 75.

<sup>900</sup> A titre illustratif, la Russie a été condamnée à payer plus de USD 50 milliards à la Compagnie Yukos, voir PCA case No. AA 227, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. The Russian Federation*, Final award, 18 July 2014.

<sup>901</sup> Commission, *How much does an ICSID Arbitration cost? A snapshot of the last five years*, Kluwer Arbitration Blog, February 29, 2016.

<sup>902</sup> OECD, *Investor-State Dispute Settlement, Public Consultation: 16 May-9 July 2012*, p. 18, disponible sous <<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>> (20/07/2020), voir aussi Peter Herbel, *Le financement de l'arbitrage par appel d'offres-L'exemple du choix de l'avocat: quel avocat? à quel prix?* in Walid Ben Hamida et Thomas Clay (dir.), *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso Editions, Issy-les-Moulineaux, 2013, p. 77.

<sup>903</sup> Dirk Pulkowski, *Powerpoint presentation made at the Joint CIDS-UNCITRAL Expert Group Meeting (Geneva, 2–3 March 2017)*, cité par UNCTAD, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) – cost and duration*, Note by the Secretariat, Thirty-sixth session, Vienna, 29 October–2 November 2018, A/CN.9/WG.III/WP.153, p. 5

<sup>904</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>905</sup> «High costs of ISDS paid with public funds were difficult to justify for developing States, whose financial resources were scarce. In that context, it was stated that such costs and

Les coûts du procès international se répartissent en deux catégories : les frais des parties et les frais du tribunal arbitral. Les frais des parties comprennent les honoraires d'avocats, les frais des experts et des témoins tandis que les frais du tribunal comprennent les frais des arbitres et de l'institution arbitrale<sup>906</sup>. En ce qui concerne le cas spécifique des organes judiciaires (comme la CIJ ou le TIDM), les frais des membres du tribunal ne sont pas couverts par les parties litigantes. Dans cette analyse économique, l'objectif sera d'évaluer l'impact financier du juriste dans le cadre de la justice internationale : Peut-on parler de commercialisation de l'activité des juristes internationaux ? La commercialisation («marketization») implique l'idée d'une activité essentiellement orientée vers la recherche du profit. Certes, l'activité juridique n'est pas désintéressée mais est-ce pour autant qu'il faut conclure à une commercialisation de l'activité de ces juristes, c'est-à-dire une activité principalement orientée vers la recherche du profit plutôt que vers la défense des intérêts de la partie représentée et, accessoirement, de ceux de la justice internationale ? Pour répondre à cette question, nous examinerons les techniques de fixation des honoraires de ces experts en droit de même que le phénomène du financement des procédures internationales par des tiers-financiers. «En matière d'avocats ... les honoraires facturés sont globalement élevés»<sup>907</sup>. Ce constat est-il justifié ? Comment est-ce que ces honoraires sont fixés ?

Au niveau international, les honoraires d'avocats sont fixés de manière libre. C'est le principe de la liberté économique qui s'applique. Au niveau national, certains pays ont adopté, durant de nombreuses années, un système de fixation des honoraires des juristes<sup>908</sup>. Toutefois, ce système a été abandonné au profit de la liberté de fixation des honoraires. Même fixés de manière libre, ces honoraires doivent être raisonnables. La nécessité des honoraires raisonnables se retrouve au niveau national<sup>909</sup>. Elle a aussi été reprise par la plupart des textes in-

---

awards made against those States could compete with urgent developmental needs. It was added that responding to an ISDS claim posed a disproportionately heavy burden on the officials of smaller States», UNCTAD, Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fourth session (Vienna, 27 November–1 December 2017), A/CN.9/930/Rev.1, p. 7.

<sup>906</sup> Pour une étude exhaustive des coûts dans le domaine de l'arbitrage d'investissement, voir le récent ouvrage de Susan Franck, *Arbitration Costs, Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration*, OUP, Oxford, 2019, 368p.

<sup>907</sup> Herbel, p. 78 ; Christopher Hodges *and al.*, *The Costs and Funding of Civil Litigation, A Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 88.

<sup>908</sup> Hodges, pp. 16-17.

<sup>909</sup> Les autorités nationales apportent des précisions additionnelles sur ce caractère raisonnable. Ainsi, la fédération suisse des avocats (FSA) affirme que «Les honoraires sont convenus librement entre l'avocat et son client. Il sera généralement tenu compte de la valeur

ternationaux se rapportant à l'activité des avocats-conseils. Selon le principe 10 des principes internationaux de déontologie de la profession juridique, «L'avocat a droit à des honoraires *raisonnables* pour son travail et s'abstiendra d'appliquer des honoraires extravagants. L'avocat s'abstiendra d'engendrer du travail superflu» (c'est nous qui mettons en italiques)<sup>910</sup>. Le commentaire de ce principe précise que le «caractère raisonnable est normalement déterminé en fonction de la nature de la mission, de sa difficulté, du montant impliqué, de l'ampleur du travail à accomplir et d'autres critères adaptés. L'avocat s'efforcera de parvenir à une résolution du litige du client dans un souci d'efficacité des coûts»<sup>911</sup>. Ce commentaire, plutôt que de clarifier le principe, renforce le flou qui entoure celui-ci. Cela peut être analysé comme un argument en faveur de la liberté de fixation des honoraires de l'avocat. La Charte des Principes Essentiels de l'Avocat Européen n'apporte pas plus de précision quant à la fixation des honoraires de l'avocat. Elle prône une délicatesse dans la fixation de ceux-ci, c'est-à-dire qu'ils «doivent être entièrement expliqués au client, être justes et raisonnables, dans le respect des droits et des règles professionnelles auxquelles l'avocat est tenu. Bien que les codes professionnels (et le principe (c) de la Charte) soulignent l'importance d'éviter des conflits d'intérêts entre un avocat et son client, la question des honoraires de l'avocat présente un tel danger. Par conséquent, le principe implique la nécessité de règles professionnelles pour veiller à ne pas porter en compte des montants excessifs au client»<sup>912</sup>. Le code de déontologie subordonne la détermination de ces honoraires au respect de la loi et des règles déontologiques auxquelles l'avocat est soumis<sup>913</sup>. C'est une sorte de renvoi aux règles nationales de détermination des honoraires.

Au plan international, les États souhaitant s'attacher les services d'un avocat disposent de plusieurs options. Ils peuvent décider de recourir aux procédures de passation des marchés publics, notamment un appel d'offres général<sup>914</sup> ou res-

---

litigieuse et des intérêts en cause. Les taux horaires varient selon la difficulté et l'urgence de l'affaire», <<https://www.sav-fsa.ch/fr/anwaltssuche/honorar.html>> (20/07/2020). Le Barreau de Luxembourg renchérit en affirmant que les honoraires «sont librement fixés mais doivent tenir compte des critères légaux et réglementaires de fixation des honoraires», <<https://www.barreau.lu/votre-avocat/les-honoraires>> (20/07/2020).

<sup>910</sup> *Les principes internationaux de déontologie de la profession juridique*, Adoptés par l'Association internationale du barreau (AIB), du 28 mai 2011.

<sup>911</sup> Ibid.

<sup>912</sup> Commentaire du principe (f) de La Charte des Principes Essentiels de l'Avocat Européen.

<sup>913</sup> Principe 3.4 du Code de Déontologie de l'Avocat Européen.

<sup>914</sup> Par exemple, en 2017, le Brésil avait lancé un appel d'offre en vue du recrutement d'un cabinet d'avocat aux fins d'assistance dans le cadre des règlements de différends à l'OMC. Cet appel d'offre avait établi une limite financière de l'ordre de US\$ 752, 754. 20, selon la modalité du moins disant, <<https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/Del>

treint<sup>915</sup>, et même de négociations directes avec des cabinets déterminés<sup>916</sup>. Il peut aussi arriver que l'engagement d'un juriste international ou d'un cabinet d'avocat ne soit pas soumis aux règles de passation des marchés publics<sup>917</sup>. Le mandat de certains cabinets peut même être continu comme ce fut le cas du cabinet Thomas & Partners qui avait un <continuing retainer> avec l'État du Mexique pour toutes questions concernant l'OMC et l'ALENA<sup>918</sup>. L'appel d'offre permet d'introduire une concurrence entre les études d'avocats de même de d'apporter de la transparence dans le processus de sélection. Toutefois,

---

brasomc/pt-br/file/20170601-Bidding%20Process%20N 1-2017.pdf> (20/07/2020). Au début de l'année 2016, l'Inde aussi avait lancé un appel d'offre en vue d'une représentation par une étude d'avocat dans le cadre des différends d'investissement, <<https://ilsquare.org/2016/01/24/government-of-india-is-inviting-proposals-for-engagement-of-law-firms-for-investor-state-disputes/>> (20/07/2020). D'autres pays ont aussi opté pour cette modalité à l'exemple de la république populaire de Chine ou encore de la Lituanie, voir Sharpe, p. 47, note 21.

<sup>915</sup> C'est le cas du Costa Rica qui, en vue de recruter le cabinet chargé de sa représentation dans des affaires d'investissement, a opté pour l'offre la moins disante après avoir préalablement sélectionné quelques cabinets. a retenu le cabinet le moins disant, «Documents published on the website of Costa Rica's ministry of finance shed light on how the state chooses external counsel. For each tender, the ministry of foreign trade drew up a list of seven or eight vetted international firms, tallying their successes and failures in other treaty cases on behalf of states and investors. It also supplied an estimate of the value of the contract. Recommended firms were invited to make bids – but the list differed for each case ... Only four firms put in bids. Allen & Overy's was the highest, at just under US\$ 2.37 million, followed by Baker Botts at US\$ 1.75 million. Two firms came in below the ministry's target – White & Case bidding US\$ 1.57 million and Sidley making the winning bid of just under US\$ 1.15 million», voir Sebastian Parry, *Baker Botts and Sidley Pick Up Costa Rica Cases*, GAR, 26 July 2013.

<sup>916</sup> C'est le cas du Liban, Nayla Comair-Obeid et Ziad Obeid, *Lebanon*, GAR, cité par Sharpe, p. 47, note 20.

<sup>917</sup> C'est le cas notamment de l'Ukraine. «Arrangements for the defence of Ukraine in investment arbitration are determined by the Ministry of Justice of Ukraine on a claim-by-claim basis. Services of internal and/or external counsel may be used for these purposes. The Law of Ukraine «On Public Procurements» No. 922-VIII dated 25 December 2015, which entered into force on 1 April 2016, regulates the public procurement of legal services connected with the representation of Ukraine in international juridical bodies. In particular, the Law stipulates that such services may be procured in accordance with special negotiation procedure (ie, after negotiations with one or several participants) under the decision of the Cabinet of Ministers of Ukraine or the National Security and Defence Council of Ukraine – or through the two-stage competitive dialogue procedure. General procurement process may also apply» voir Tatyana Slipachuk et Sayenko Kharenko, *Ukraine*, GAR, 7 September 2017.

<sup>918</sup> Société Générale de surveillance SA v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case (No. ARB/01/13), Decision on disqualification of Arbitrator (19 december 2002), ICSID Reports, Volume 8, p. 398.

cette concurrence n'a malheureusement pas influé sur les prix pratiqués qui demeurent assez élevés.

Compte tenu du caractère opaque entourant les informations relatives aux montants des honoraires d'avocats et conseils, nous donnerons un aperçu de ceux-ci, dans les lignes suivantes, en s'appuyant sur les quelques études qui ont analysé la question des honoraires. Ceux-ci varient considérablement d'une juridiction à une autre. Devant l'OMC, par exemple, les honoraires d'avocats s'établissent entre CHF 400,000 to CHF 600,000 selon un auteur<sup>919</sup>. Pour un autre, ces honoraires varient de USD 250,000 à USD 750,000 pour la phase du groupe spécial<sup>920</sup>. Un dernier auteur affirme que ces coûts légaux peuvent facilement atteindre USD 10 millions<sup>921</sup>.

Devant les tribunaux d'investissement, ces honoraires sont, globalement, beaucoup plus élevés. Dans l'affaire CDC v. Seychelles par exemple, certains cabinets avaient proposé leurs services à l'État du Seychelles pour des honoraires de USD 400-600/heure. Ce qui, l'avis du procureur Général de la République de Seychelles, M. Anthony Fernando, aurait épuisé le budget de son département en quelques semaines<sup>922</sup>. L'examen de l'affaire Yukos c. Russie nous permet d'avoir une idée sur les montants facturés par les cabinets d'avocats. En l'espèce, les demandeurs étaient représentés par des juristes du cabinet Sherman & Sterling LLP et la Russie était représentée par les cabinets Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP et Baker Botts LLP. S'agissant du cabinet Sherman & Sterling LLP, les frais horaires des assistants juridiques s'établissaient entre USD 160 et 200 (dans la phase 1) et USD 205 et 250 (dans la phase 2). Pour les avocats et conseils, ces horaires s'établissaient entre USD 235 et 995 (phase 1) et USD 290 et 1065 (phase 2)<sup>923</sup>. En ce qui concerne les cabinets ayant représenté la Russie, les montants des honoraires se décomposent comme suit: Pour

<sup>919</sup> Niall Meagher, *Representing Developing Countries before the WTO: The Role of the Advisory Centre on WTO Law (ACWL)*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies (RSCAS) Working Paper 2015/02, p. 8, disponible sous <[http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35747/RSCAS\\_PP\\_2015\\_02.pdf;sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35747/RSCAS_PP_2015_02.pdf;sequence=1)> (20/07/2020).

<sup>920</sup> Joubin-Bret, p. 8.

<sup>921</sup> Mauritius Nagelmueller, *Dispute Finance For Sovereigns In WTO Disputes – Access To Justice For Developing Countries*, (12 Septembre 2017), disponible sous <<http://worldtrade.law.typepad.com/ielpblog/2017/09/dispute-finance-for-sovereigns-in-wto-disputes-access-to-justice-for-developing-countries.html>> (20/07/2020).

<sup>922</sup> Selon un entretien téléphonique réalisé par Eric Gottwald, le 25 mars 2005, voir Eric Gottwald, *Leveling the Playing Field: Is it Time for Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration?* » in American University International Law Review 22, no. 2 (2007), p. 262.

<sup>923</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. The Russian Federation*, p. 569.

les associés, le montant horaire s'établissait entre USD 700 et 900, les collaborateurs, entre USD 300 et 625 et pour les stagiaires et assistants juridiques, entre USD 125 et 225 (phase 1). Dans la seconde phase, les montants horaires s'établissaient entre USD 775 et 950 pour les associés, entre USD 375 et 675 pour les collaborateurs et entre USD 150-275 pour les stagiaires et assistants juridiques<sup>924</sup>.

S'agissant toujours des coûts des prestations juridiques, certains auteurs esquivent la question de savoir si ces coûts sont élevés et affirment qu'il est plus «économique», pour les États n'étant pas fréquemment engagés dans le procès international, de recourir aux prestations de ces experts juridiques lorsque le besoin se fait sentir plutôt que mettre en place une équipe permanente dédiée à cette fin (encore que la faisabilité d'un tel projet soit discutable)<sup>925</sup>.

Il faut souligner le fait que ces montants élevés ont aussi un lien avec la durée de la procédure: plus la procédure s'étend dans la durée et plus les honoraires seront importants. Ainsi la réduction des frais légaux supportés par les parties passe(ra)it par une réduction de la durée de la procédure comme l'ont suggéré certains auteurs<sup>926</sup>. Ces montants assez élevés ont poussé les États à penser à des solutions alternatives. Ainsi, certaines organisations internationales ont instauré un système de panels d'avocats recommandés<sup>927</sup>. Dans un tel cas de figure, l'organisation négocie préalablement des honoraires d'avocats, généralement en dessous du prix du marché, et établit une liste d'avocats à la disposition des États, généralement en développement. C'est le cas de l'ACWL et de la FASJ (Facilité Africaine de Soutien Juridique).

L'ACWL a une double mission: elle offre des services de conseil juridique à des États impliqués ou pas dans un contentieux international et dispose d'un panel d'avocats pour les situations où elle ne peut pas répondre à la demande des États<sup>928</sup>. Lorsqu'elle offre des services de conseil à des gouvernements, cette

---

<sup>924</sup> Ibid, pp. 572-573.

<sup>925</sup> Pearlman, p. 406.

<sup>926</sup> Catherine Titi *et al.*, *Excessive Costs & Insufficient Recoverability of Cost Awards*, Academic Forum on ISDS, 14 March 2019, disponible sous <[https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/1\\_Costs\\_-\\_WG1.pdf](https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/1_Costs_-_WG1.pdf)> (20/07/2020); David Gaukrodger and Kathryn Gordon, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, OECD Working Papers on International Investment No. 2012/3, p. 20.

<sup>927</sup> Un auteur va proposer ce système afin de baisser le coût de l'arbitrage d'investissement, voir Somarajah, p. 409.

<sup>928</sup> Depuis 2015, il est désormais possible de recourir au panel d'avocats en dehors de toute procédure contentieuse, voir le Rapport d'activité 2016 de l'ACWL, p. 15, disponible sous <[http://www.acwl.ch/download/dd/reports\\_ops/Final\\_Report\\_on\\_Operations\\_2016\\_website.pdf](http://www.acwl.ch/download/dd/reports_ops/Final_Report_on_Operations_2016_website.pdf)> (20/07/2020).

organisation pratique des tarifs spéciaux<sup>929</sup>. Ceux-ci varient suivant la nature contentieuse ou non de la procédure, suivant que l'État concerné est membre de l'ACWL ou non et aussi suivant le groupe d'appartenance (A, B ou C) de l'État concerné. Dans le cadre d'une procédure contentieuse de l'ORD par exemple, l'ACWL facturera USD 25, USD 100, USD 150 ou USD 200 par heure de travail, suivant que l'État-membre de l'ACWL est un pays moins avancé, un pays de catégorie C, de catégorie B ou de catégorie A. Pour un État non-membre, le tarif horaire varie de USD 250, USD 300 et USD 350 pour un pays de catégorie C, B ou A<sup>930</sup>. Un auteur va résumer la situation de la façon suivante: Le montant maximum facturé par l'ACWL pour un plaignant ou un défendeur pour des consultations, une procédure de groupe spécial et une procédure d'appel s'élève entre CHF 138 000 (environ USD 135 000) et CHF 177 000 (USD 172 000), selon la catégorie de pays demandeur; Pour les Pays les Moins Avancés (PMA), ce montant est de 34 000 francs suisses (environ USD 33 000).

Lorsque plusieurs États recourent simultanément aux services de l'organisation, celle-ci ne peut donner suite à toutes ces sollicitations sans courir le risque de générer des conflits d'intérêts. Dans un pareil cas de figure, elle offre ses services au premier État l'ayant contacté et le(s) second(s) est (sont) prié(s) de se tourner vers cette liste d'avocats qui comptait, pour l'année 2019, 32 études d'avocats et 4 juristes de haut niveau<sup>931</sup>. Cette organisation peut aussi offrir ses services à plusieurs États, dans la même affaire, à la condition que ceux-ci aient des «objectifs compatibles»<sup>932</sup>. Compte tenu des prix assez bas facturés par l'ACWL, celle-ci se charge de payer la différence entre l'honoraire convenu avec le cabinet d'avocat et le prix qui aurait été pratiqué par cette organisation si elle avait accepté de conseiller les États concernés<sup>933</sup>. Ce faisant, ces derniers ne sont pas discriminés et l'organisation s'évite un éventuel conflit d'intérêt.

<sup>929</sup> Voir l'Annexe IV de l'Accord établissant l'ACWL, disponible sous <[http://www.acwl.ch/download/basic\\_documents/agreement\\_establishing\\_the\\_ACWL/Agreement\\_estab\\_ACWL.pdf](http://www.acwl.ch/download/basic_documents/agreement_establishing_the_ACWL/Agreement_estab_ACWL.pdf)> (20/07/2020).

<sup>930</sup> Ibid.

<sup>931</sup> Voir l'appendice II du Rapport d'activité 2019 de l'ACWL, disponible sous <[https://www.acwl.ch/download/dd/reports\\_ops/Report-on-Operations-2019-website.pdf](https://www.acwl.ch/download/dd/reports_ops/Report-on-Operations-2019-website.pdf)> (20/07/2020).

<sup>932</sup> «The ACWL can provide direct support to two or more parties involved in the same proceeding when they have compatible objectives. When parties pursuing incompatible objectives request the services of the ACWL on the same matter, however, the ACWL's lawyers can assist only the party that first requested the ACWL's services. In these cases, the ACWL provides support to the other party through external counsel» Rapport d'activité 2019 de l'ACWL, p. 24.

<sup>933</sup> Voir l'Annexe IV de l'Accord établissant l'ACWL, disponible sous <[http://www.acwl.ch/download/basic\\_documents/agreement\\_establishing\\_the\\_ACWL/Agreement\\_estab\\_ACWL.pdf](http://www.acwl.ch/download/basic_documents/agreement_establishing_the_ACWL/Agreement_estab_ACWL.pdf)> (20/07/2020).

Les États ont eu ainsi recours à cette liste d'avocats dans 08 affaires. Ceux-ci sont listés à l'appendice 1 du Rapport d'activités 2019 de l'ACWL. Il s'agit notamment de la Thaïlande<sup>934</sup>, de la Colombie<sup>935</sup>, du Pérou<sup>936</sup>, de la République Dominicaine<sup>937</sup>, de la Turquie<sup>938</sup>, du Venezuela<sup>939</sup>, de l'Équateur<sup>940</sup>.

La Facilité Africaine de Soutien Juridique (FASJ) vise, entre autres objectifs, à apporter un soutien juridique aux États notamment au travers de l'établissement d'une liste de cabinets d'avocats avec des tarifs préalablement négociés<sup>941</sup>.

Il faut enfin mentionner l'existence de services *pro bono* proposés par presque tous les cabinets internationaux tels Volterra Fierra<sup>942</sup>, Shearman Sterling<sup>943</sup>,

---

<sup>934</sup> Il s'agit de l'affaire *Turquie – Droits additionnels sur les importations de machines et appareils pour le conditionnement de l'air en provenance de Thaïlande* (DS573).

<sup>935</sup> Il s'agit des affaires *Colombie – Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures* (DS461), *Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée* (DS366) et *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement* (DS246).

<sup>936</sup> Il s'agit des affaires *Pérou – Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles* (DS457) et *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement* (DS246).

<sup>937</sup> Il s'agit des affaires *République dominicaine – Mesures de sauvegarde visant les importations de sacs en polypropylène et de tissu tubulaire* (DS415, DS416, DS417, DS418) et *République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur* (DS302).

<sup>938</sup> Il s'agit de l'affaire *Turquie – Mesures affectant l'importation de riz* (DS336).

<sup>939</sup> Il s'agit de l'affaire *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement* (DS246)

<sup>940</sup> *Ibid.*

<sup>941</sup> L'une des activités de cette organisation internationale est «la création et la mise à jour d'une liste de cabinets juridiques et d'experts disponibles, pour représenter les PMR dans les litiges et la négociation de transactions commerciales complexes, sur la base de tarifs préalablement négociés» <<https://www.afdb.org/fr/topics-and-sectors/initiatives-partnerships/african-legal-support-facility/areas-of-intervention/>> (20/07/2020).

<sup>942</sup> «We regularly take on meritorious pro bono public international law work. Our pro bono clients come from all over the world. Our commitment to client service and excellence extends equally to our pro bono practice. Our pro bono practice focuses exclusively on public international law. It includes contentious and non-contentious work», <<http://www.volterrafierra.com/our-work/pro-bono/>> (20/07/2020).

<sup>943</sup> «Shearman & Sterling achieved high rankings in The American Lawyer's latest Pro Bono Survey. The firm received the top ranking in breadth of commitment, as measured by the percentage of U.S.-based lawyers who performed more than 20 hours of pro bono work in 2016. In the last survey, the firm was ranked third in this category. The firm also performed well in national pro bono (measuring the average number of pro bono hours per U.S.-based lawyer in 2016 and the percentage of U.S.-based lawyers who performed more than 20 hours of pro bono work), rising from number 15 to eight. In the International Pro Bono category, which measures pro bono work performed by non-U.S. lawyers, the firm continued its posi-



White and Case<sup>944</sup>, Allen & Overy<sup>945</sup>. Ces services sont destinés aux clients défavorisés; ce qui inclut évidemment les États faibles ou en développement.

L'analyse des honoraires d'avocats dans le contentieux international ne saurait être complète sans l'examen de la pratique des tribunaux en matière d'allocation des coûts. Cet examen nous permettra d'avoir une idée du montant des frais légaux déboursés par les parties car, en cas de victoire, la partie gagnante demande généralement le remboursement desdits frais. A titre illustratif, dans l'affaire Yukos, la partie demanderesse a estimé que ses frais de représentation et d'assistance juridique s'élèvent à 80 millions USD environ et la partie défenderesse parle de USD 27 millions<sup>946</sup>. En fin de compte, le Tribunal a condamné la partie défenderesse (la Fédération de Russie) à payer USD 60 millions à la partie demanderesse, soit 75 % des frais de représentation et d'assistance juridiques engagés par cette dernière<sup>947</sup>.

Il y a deux tendances en la matière d'allocation des coûts. Les tribunaux peuvent décider que chaque partie assume ses propres frais (ce qui est qualifié de «Pay Your Own Way») ou que la partie perdante puisse supporter une partie des frais de la partie gagnante («Costs Follow the Event»). De façon traditionnelle, les tribunaux internationaux appliquent le principe suivant lequel chaque partie assume ses propres frais. Ce qui semble être la conséquence logique du principe de libre représentation des parties. Ce principe est la règle établie par le statut de la CIJ à l'article 64 de son Statut; disposition qui est complétée par les articles 95 et 97 du Règlement CIJ<sup>948</sup>. Cette règle semble n'avoir pas été longuement débattue lors des réunions préparatoires comme celle du comité des juristes de 1920<sup>949</sup> ou lors de la première assemblée de la Ligue des Nations<sup>950</sup>. La CPJI a été confrontée, en plusieurs occasions, à des litigants qui voulaient que leurs frais soient remboursés par la partie adverse mais elle a toujours réaffirmé ce principe<sup>951</sup>. La CIJ a aussi été confrontée à de telles demandes et a

---

tive trajectory – rising seven places to number 33», <<https://www.shearman.com/news-and-events/news/2017/07/ranked-among-top-pro-bono-law-firms>> (20/07/2020).

<sup>944</sup> <<https://www.whitecase.com/global-citizenship/our-pro-bono-practice>> (20/07/2020).

<sup>945</sup> <<http://www.allenoverly.com/corporate-responsibility/probono-community/justice/Pages/Accessing-free-legal-advice.aspx>> (20/07/2020).

<sup>946</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. The Russian Federation*, pp. 575-576.

<sup>947</sup> *Ibid.*, p. 577.

<sup>948</sup> Ce dernier article fait l'objet de plusieurs modifications, voir Carlos Esposito, *Article 64 in Zimmermann et al.*, pp. 1599-1600.

<sup>949</sup> Procès-Verbaux des séances du Comité Consultatif des Juristes de 1920, pp. 594 et 651.

<sup>950</sup> Hudson, CPJI, 210.

<sup>951</sup> *Statut juridique du Groenland oriental*, arrêt du 5 avril 1933, Série A/B, N° 53, p. 74; *Appel contre une sentence du Tribunal Arbitral Mixte Hungaro-Tchécoslovaque* (Université

toujours réaffirmé le même principe. Ainsi, dans l'affaire *Demande de réformation du jugement no 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, la Cour affirme que l'application de ce principe n'a pas à être motivée ni justifiée. Plutôt, c'est l'exception à ce principe qui doit faire l'objet d'une motivation expresse. Ainsi, un jugement ne saurait être attaqué pour insuffisance de motifs s'agissant de l'application du principe «Pay Your Own Way»<sup>952</sup>. Un tel principe a encore été rappelé dans l'affaire *Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c. Nigeria)*<sup>953</sup> ainsi que dans l'affaire Ahmadou Sadio Diallo<sup>954</sup>.

Toutefois, les tribunaux mixtes (en matière d'arbitrage d'investissement notamment) semblent se départir de cette règle. Plus spécifiquement, la convention CIRDI affirme la libre discrétion du tribunal dans la répartition des coûts. Cette règle est consacrée à l'article 61 al. 2 de la Convention CIRDI selon lequel «Dans le cas d'une procédure d'arbitrage le Tribunal fixe, sauf accord contraire des parties, le montant des dépenses exposées par elles pour les besoins de la procédure et décide des modalités de répartition et de paiement desdites dépenses, des honoraires et frais des membres du Tribunal et des redevances dues pour l'utilisation des services du Centre. Cette décision fait partie intégrante de la sentence». De son côté, le CNUDCI prône le principe selon lequel la partie qui succombe doit payer les frais de la partie victorieuse. Selon l'article 42 al. 1 du Règlement d'arbitrage CNUDCI, «Les frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie ou des parties qui succombent. Toutefois, le tribunal arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce».

Cependant, la pratique des tribunaux ICSID en matière d'allocations des coûts n'est pas uniforme. Ces tribunaux ont en effet décidé que la partie perdante

---

Peter Pazmany c/État Tchèque (Slovaquie), arrêt du 15 décembre 1933, Série A/B, n° 61, p. 208; Affaire Pajzs, Csaky, Esterhazy, Arrêt du 16 décembre 1936, Série A/B, N° 68, p. 65; CPJI, Affaire du Vapeur Wimbledon, p. 33; Affaire relative de Chorzow (Allemagne/Pologne), Série A, N° 17, pp. 102-103

<sup>952</sup> *Demande de réformation du jugement no 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1973, p. 166, para 98.*

<sup>953</sup> *Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c. Nigeria), exceptions préliminaires (Nigeria c. Cameroun), arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 31, para 18.*

<sup>954</sup> *Ahamadou Sadio Diallo (République de Guinée/République démocratique du Congo), Compensation due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée, jugement du 19 juin 2012, para 58-60.*

paie les coûts de la partie gagnante, en totalité<sup>955</sup> ou au prorata<sup>956</sup>. Ce pouvoir discrétionnaire en matière d'allocation des couts de la procédure a été rappelé encore dans l'affaire *Togo Electricité Et Gdf-Suez Energie Services c. La République Togolaise* en ces termes «A la différence d'une procédure de conciliation, les frais encourus pendant une procédure d'arbitrage ne sont pas d'office partagés entre les parties. Au contraire, le tribunal doit décider des modalités de répartition et de paiement»<sup>957</sup>.

Le comportement procédural des parties peut aussi justifier une certaine allocation des coûts de la procédure par le tribunal<sup>958</sup>. Cela est notamment vrai lorsqu'il s'agit de sanctionner le comportement inapproprié du représentant de l'une des parties litigantes. Les tribunaux CNUDCI, peuvent de façon exceptionnelle, répartir les frais entres les différentes parties, conformément à leur pouvoir discrétionnaire<sup>959</sup>.

Ces coûts généralement élevés ont poussé plusieurs États à réfléchir à la possibilité de mettre sur pied des structures offrant des services de conseil, d'assistance et de représentation juridiques aux gouvernements engagés dans des procédures de règlements des différends, notamment en matière d'investissement. Cette volonté de transposer l'exemple plutôt réussi de l'ACWL au droit des investissements remonte aux années 2000 sous l'initiative notamment de la CNUDCI<sup>960</sup>. Plus tard, cette volonté se délocalisera au niveau régional avec notamment l'initiative lancée conjointement par la Banque Interaméricaine de Développement Bank et l'Organisation des États Américains, ou encore l'initiative lance par les chefs d'États de l'Union des Nations Sud-Américaines ou enfin l'initiative tri-

<sup>955</sup> *Scimitar v. Bangladesh*, Award, 4 May 1994, para 30-32; *Genin v. Estonia*, *Decision on Supplementation and Rectification*, 4 Avril 2002, para 20-21; *CDC v. Seychelles*, *Decision on Annulment*, 29 Juin 2005, para 90; *Telenor v. Hongrie*, Award, 13 Septembre 2006, para 107; *ADC v. Hongrie*, Award, 2 Octobre 2006, para 531,533.

<sup>956</sup> Voir entre autres *AGIP v. Congo*, Award, 30 November 1979, 1 ICSID Reports 329; *Wena Hotels v. Egypt*, Award, 8 Decembre 2000, para 130; *MINE v. Guinea*, 6 January 1988, 4 ICSID Reports 76.

<sup>957</sup> *Togo Electricité Et Gdf-Suez Energie Services c. La République Togolaise*, Affaire CIRDI N° Arb/06/07, Décision En Annulation, 06 Septembre 2011, para 257.

<sup>958</sup> Sur ce point, voir Christophe Schreuer *et al.*, *The ICSID Convention, A Commentary*, 2è ed., CUP, Cambridge, pp. 1230-1240.

<sup>959</sup> «It is well established that an UNCITRAL tribunal such as the present one has the unfettered discretion to fix and to decide in what proportion the costs for legal representation and assistance of the parties shall be borne by the Parties», *Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. The Russian Federation*, p. 575.

<sup>960</sup> Robert W. Schwieder, *Lessons for a Future Advisory Center on international Investment Law*, in *Columbia FDI Perspective* N° 241, 17 December 2018.

partite entre l'Australie-Nouvelle Zélande et l'Association des Nations Asiatiques du Sud-Est<sup>961</sup>.

L'établissement d'un Centre consultatif en droit des investissements fait partie des domaines d'action identifiés par le groupe de travail conjoint du Centre International pour le Commerce et le développement Durable et du Forum Économique Mondial<sup>962</sup>. Cette question a récemment fait l'objet d'une étude du Columbia Center on Sustainable Investment pour le compte du Ministère des affaires étrangères des Pays-Bas<sup>963</sup> et est actuellement discutée au sein du Groupe de Travail III de la CNDUDCI dont le mandat porte sur les possibles réformes à apporter au système de règlement des différends investisseurs-États<sup>964</sup> ainsi que par plusieurs auteurs<sup>965</sup>. Toutefois, si le principe est généralement accepté, les opinions ne s'accordent pas quant aux moyens de mettre en oeuvre un tel centre. Plusieurs auteurs optent pour un modèle calqué sur l'ACWL c'est-à-dire, un centre <international> dédié à cette mission consultative. Mais, Umirdinov Alisher va souligner les obstacles à la transposition de l'ACWL au domaine des investissements<sup>966</sup>. La première est une différence de nature entre les deux systèmes. L'OMC est un système multilatéral fondé sur un ensemble de règles et fonctionnant avec un mécanisme centralisé de règlement des différends entre États tandis que le régime d'investissement international est fragmenté et comprend plus de 3 000 accords internationaux d'investissement conclus avec plusieurs instances institutionnelles et *ad hoc*. Deuxièmement et contrairement à l'OMC dont l'ORD dispose d'un siège permanent à Genève, le règlement des différends relatifs aux investissements se caractérise par une dispersion géographique qui peut

---

<sup>961</sup> Voir Joubin-Bret, pp. 4-7, pour une exposition détaillée de toutes ces initiatives.

<sup>962</sup> Karl P. Sauvant, *The Evolving International Investment Law and Policy Regime: Ways Forward*. E15 Task Force on Investment Policy – Policy Options Paper. E15 Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2016, pp. 31-33.

<sup>963</sup> Lise Johnson and Brooke Guven, *Securing Adequate Legal Defense in Proceedings under International Investment Agreements: A Scoping Study*, Prepared by the Columbia Center on Sustainable Investment November 2019, 165p.

<sup>964</sup> UNCTAD, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS)*, Note by the Secretariat, Thirty-sixth session, Vienna, 29 October – 2 November 2018, A/CN.9/WG.III/WP.149, p. 13.

<sup>965</sup> Robert W. Schwieder, *Legal Aid and Investment Treaty Disputes: Lessons Learned from the Advisory Centre on WTO Law and Investment Experiences* in *Journal of World Investment and Trade*, vol. 19, issue 4, pp. 628-666; Gottwald, *Leveling the Playing Field: Is it Time for Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration?*; Karl P. Sauvant et Federico Ortino, *Improving the International Investment Law and Policy Regime: Options for the Future*, 2013, pp. 119-122.

<sup>966</sup> Umirdinov Alisher, *The Case for an Advisory Center on International Investment Law*, Columbia FDI Perspective No. 175, 6 June 2016.

avoir une incidence sur l'efficacité des juristes d'un tel centre. Troisièmement, et contrairement aux différends soumis à l'ORD qui ne se prêtent pas à de longues et coûteuses enquêtes, les affaires d'investissement nécessitent, en règle générale, beaucoup de temps et d'argent. En moyenne, les coûts moyens d'une affaire soumise à l'ORD de l'OMC varient entre USD 600 000 et USD 700 000, tandis que les coûts moyens d'un arbitrage d'investissement s'élèvent à plus de USD 10 millions, soit plus que le budget annuel de l'ACWL.

Compte tenu de toutes ces difficultés, il va proposer de régionaliser le modèle de l'ACWL, c'est-à-dire, «to transplant the ACWL model into investment arbitration, but with regional offices in the main investment dispute hubs»<sup>967</sup>. Ainsi, les bureaux régionaux dans les principaux centres de règlement des différends relatifs aux investissements auraient les principales fonctions tandis qu'un centre consultatif en matière de différends d'investissement se chargerait du renforcement des capacités des juristes nationaux ainsi que de l'assistance aux pays hôtes dans la défense des affaires d'investissement. Toutefois, certains auteurs doutent de l'efficacité d'une telle solution et cela, pour des raisons logistiques et financières<sup>968</sup>. En effet, la multiplication des bureaux régionaux engendrerait des coûts additionnels de fonctionnement de même que des défis de coordination entre ces différents bureaux.

Ces raisons, couplées à l'échec des initiatives régionales passées, nous poussent à privilégier l'établissement d'un Centre purement international dont les principales missions peuvent se résumer en deux axes qui sont le renforcement des capacités des juristes gouvernementaux et le soutien aux États engagés dans des procédures de règlements des différends d'investissements<sup>969</sup>.

S'agissant toujours des coûts assez importants qu'occasionne le procès international, certaines parties litigantes recourent de plus en plus à des sources externes de financement comme l'a révélé par une étude menée en 2014 par le groupe de travail sur le financement par les tiers du Conseil International pour l'Arbitrage Commercial (ICCA) et l'Université Queen Mary<sup>970</sup>. Même les États ont recours à ces tiers-financiers.

---

<sup>967</sup> Ibid.

<sup>968</sup> Schwieder, *Legal Aid and Investment Treaty Disputes: Lessons Learned from the Advisory Centre on WTO Law and Investment Experiences*, pp. 660-661.

<sup>969</sup> La question de l'impact qu'un tel centre consultative en droit des investissements pourrait avoir sur l'activité des conseils a fait l'objet d'un récent article, voir Rimdolsom Jonathan Kabre et Andreas R. Ziegler, *Counsel and the Reforms of ISDS*, in Katia Fach Gomez (ed), *Private Actors in International Investment Law*, European Yearbook of International Economic Law (special issue), Springer 2021 (forthcoming).

<sup>970</sup> Anna Joubin-Bret, *Establishing an International Advisory Centre on Investment Disputes?* pp. 3-4.

## 2. *Le financement des honoraires d'avocats par des sources externes*

Il est de plus en plus courant de voir les parties litigantes, dans le procès international, faire appel à des parties et mécanismes en vue du paiement de tout ou partie de leurs frais légaux, lesquels incluent les honoraires d'avocats. Nous étudierons principalement deux : le financement par une tierce-partie (a) et par les fonds existants au niveau des tribunaux internationaux (b).

### a. *Les tiers financeurs*

Le tiers-financement n'est pas facile à définir<sup>971</sup>. Et même les tiers-financeurs n'arrivent pas à s'accorder sur une définition de ce phénomène<sup>972</sup>; cela serait dû à plusieurs raisons<sup>973</sup>. On pourrait toutefois le définir comme étant mécanisme par lequel «une personne (généralement une entreprise dont le métier est le financement, mais cette qualification n'est pas nécessaire) offre un service qui consiste dans le paiement de tout ou partie des frais du procès d'une autre personne, moyennant une rémunération. Celle-ci est généralement fonction de l'issue de la procédure»<sup>974</sup>. Ce mécanisme présente une efficacité certaine car permettant de lever toute contrainte budgétaire qui aurait pu empêcher le règlement d'une situation litigieuse. C'est ainsi qu'il peut permettre de payer, par exemple, les honoraires des juristes embauchés pour aider les parties litigantes. Même s'il est utilisé, dans sa grande majorité, par les litigants non étatiques (investisseurs notamment), l'on note que certains États ont recouru à ce mécanisme de financement de litige par les tiers-financeurs. Par exemple, l'Uruguay a recouru au tiers-financement dans son différend avec Philip Morris<sup>975</sup>. En l'espèce, cet État a eu recours à «*The Campaign for Tobacco-Free Kids*», fondée par la Fondation

<sup>971</sup> Plusieurs propositions ont été faites dans ce sens. Une synthèse de celles-ci est à retrouver dans le rapport de l'International Council For Commercial Arbitration, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, April 2018*, Report N° 4, pp. 46-50. Ledit comité a identifié les éléments constitutifs du tiers-financement» 1) a person or entity that is not a party to the dispute; 2) the provision of financing or material support; and 3) remuneration that is either dependent on the outcome of the dispute, or is given as a grant or in return for a premium», Ibid, p. 51.

<sup>972</sup> Voir M. Scherer, et A. Goldsmith «*Third-Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders' Perspectives*», 2 RDA/IBLJ (2012) pp. 209-210, disponible sous <<https://www.transnational-dispute-management.com/news/20120312.pdf>> (20/07/2020).

<sup>973</sup> International Council for Commercial Arbitration, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, April 2018*, Report N° 4, p. 46.

<sup>974</sup> Catherine Kessedjian, *Le financement du contentieux par un tiers, Third Party Litigation Funding*, ed. Panthéon Assas, Paris, 2012, p. 11.

<sup>975</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016.

Bloomberg pour le financement de ses frais légaux<sup>976</sup>. L'Australie a aussi recouru à ce mode particulier de financement<sup>977</sup>.

Toutefois, l'apparition de ce nouvel acteur (le tiers-financier), aux côtés des litigants, n'est pas sans conséquences dont l'une est la «pression exercée sur le défendeur pour transiger», qualifié aussi de *deep pocket phenomenon*<sup>978</sup>: le financeur espère obtenir un retour sur son investissement, car il n'est pas forcément altruiste. Celui-ci cherchera à financer les litiges pouvant lui rapporter le plus de profits: un objectif de rentabilité plutôt que la recherche de la justice (ou le rétablissement des droits). Il se crée ainsi une relation tripartite entre le tiers-financier, la partie litigante (un État dans notre cas d'étude) et l'avocat-agent et/ou conseil (une situation qui présente des similitudes avec celle la procédure de la prompte mainlevée avec l'armateur, l'État du pavillon et l'avocat-agent). L'extension de la relation contractuelle n'est pas sans soulever des questionnements notamment en cas d'intérêts divergents entre ces acteurs<sup>979</sup>. Il peut même arriver que le cabinet d'avocat fasse office de tiers-financier en finançant une partie des frais de la procédure: les honoraires conditionnels ou «contingency fees». Dans ce cas, le juriste s'associe à la partie litigante en conditionnant le

<sup>976</sup> Brooks W. Daly et Sarah Melikiah, *Access to Justice in Dispute Resolution, Financial Assistance in International Arbitration* in Krista Nadakavukaren Schefer (ed.), *Poverty and the International Economic Legal System*, Cambridge University System, Cambridge, 2013, pp. 217-218, 222-223; Luke Eric Peterson, *Uruguay hires law firm and secures outside funding to defend against Philip Morris claim; not the first time an NGO offers financial support for arbitration costs*, Investment Arbitration Report, 20 October 2010, <<https://www.iareporter.com/articles/uruguay-hires-law-firm-and-secures-outside-funding-to-defend-against-philip-morris-claim-not-the-first-time-an-ngo-offers-financial-support-for-arbitration-costs/>> (20/07/2020).

<sup>977</sup> *Philip Morris v. Australia*, PCA case 2012-12.

<sup>978</sup> Bertrand, p. 46.

<sup>979</sup> «The most common structure of a third-party funding arrangement is one that clearly demarcates the duties the law firm owes to the claimant and those (if any) owed to the funder. The claimant and the funder enter into an arrangement under which the funder provides the claimant with capital in order to finance the legal fees and costs associated with the arbitration. Under this structure, the claimant's lawyer advises and owes duties only to the claimant (the funder typically having taken separate advice from its own external counsel). In reality, however, the relationships between funders and law firms are often more complex. It may be for example that the client entered into the funding arrangement as a result of the law firm's introduction to or relationship with the funder. It may even be that the law firm relies upon the funder for financing across a portfolio of matters, which can make it more difficult to avoid or manage perceived conflicts of interest where a disagreement arises between the funder and one of the funded clients in the portfolio» International Council for Commercial Arbitration, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, April 2018*, Report N° 4, p. 30; voir aussi Supra, IIe partie, chapitre 1, Section 2, A) 2.

versement d'une partie des honoraires à l'issue du procès. Au niveau national, ce type de financement est soumis à un traitement différencié : certains pays l'interdisent, d'autres l'acceptent en le soumettant à un certain nombre de conditions et un troisième groupe de pays autorisent les <contingency fees><sup>980</sup>. Au niveau européen, le code de déontologie interdit les honoraires conditionnels aussi appelés *pacta de quota litis*. Ainsi, le principe 3.3.1 du texte européen affirme que «L'avocat ne peut pas fixer ses honoraires sur la base d'un pacte «de quota litis». Un tel pacte est défini à l'alinéa 2 comme étant une «convention passée entre l'avocat et son client, avant la conclusion définitive d'une affaire intéressant ce client, par laquelle le client s'engage à verser à l'avocat une part du résultat de l'affaire, que celle-ci consiste en une somme d'argent ou en tout autre bien ou valeur». Toutefois, devant les tribunaux internationaux, ces honoraires ne font pas l'objet d'une interdiction formelle. Ce qui laisse à penser que ceux-ci peuvent être utilisés pour rémunérer le juriste. D'ailleurs, le texte européen autorise exceptionnellement la convention *pacta de quota litis* dans le cas où celle-ci «est admise par l'autorité compétente dont dépend l'avocat»<sup>981</sup>.

*b. Les fonds prévus par les tribunaux internationaux*

Le financement des frais des États litigants est une préoccupation des tribunaux internationaux. C'est ainsi que plusieurs d'entre eux, ont mis sur pied des fonds spéciaux visant à aider les gouvernements dans ce sens.

Le fonds d'assistance financière de la Cour permanente d'arbitrage. Ce fonds a été créé en octobre 1994, dans le but «d'aider les pays en développement à s'acquitter d'une partie des frais occasionnés par l'arbitrage international ou par les autres procédures de règlement des différends proposées par la CPA»<sup>982</sup>. Ce fonds est ouvert aux États dits <qualifiés>, c'est-à-dire «les Parties contractantes à la Convention de 1899 ou de 1907 qui : ont conclu un compromis visant à régler un ou plusieurs différends, actuels ou futurs, au moyen de l'un des modes proposés par la Cour permanente d'arbitrage et, au moment où la demande d'assistance financière est formulée, sont inscrites sur la liste des bénéficiaires de l'aide du Comité d'Aide au Développement («DAC List of Aid Recipients») de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE)»<sup>983</sup>.

Il a été utilisé dans 08 affaires : 02 différends relatifs aux traités d'investissement <investment treaty disputes>, 03 litiges fondés sur les contrats <contract-based

---

<sup>980</sup> Rogers, pp. 130-131.

<sup>981</sup> Principe 3.3.3 du Code de Déontologie de l'avocat européen.

<sup>982</sup> <<https://pca-cpa.org/fr/about/structure/faf/>> (20/07/2020).

<sup>983</sup> <<https://pca-cpa.org/fr/about/structure/faf/>> (20/07/2020).



disputes», 02 différends interétatiques, un différend intra étatique<sup>984</sup>. Dans la majorité des cas, le montant alloué tourne autour de €100.000 avec le plus grand montant alloué qui était de €750.000<sup>985</sup>.

Devant la CII, il existe aussi un tel fonds: il s'agit du Fonds d'affectation spéciale du Secrétaire général devant aider les États à soumettre leurs différends à la Cour internationale de Justice. Celui-ci est «ouvert aux États dans toutes les hypothèses où la compétence de la Cour (ou la recevabilité de la requête) ne fait pas ou plus l'objet d'une contestation de leur part; ce fonds a également pour objet d'aider les États parties à un différend à exécuter l'arrêt rendu par la Cour»<sup>986</sup>.

Le TIDM dispose aussi de son Fonds d'Affectation Spéciale destiné à couvrir les coûts supportés par les États litigants tels «les honoraires des avocats, les frais de voyage et d'hébergement de leur délégation lors des audiences publiques à Hambourg»<sup>987</sup>.

En plus de l'ACWL, le secrétariat de l'OMC peut mettre à la disposition de tout pays en développement, qui en fait la demande un expert juridique qualifié des services de coopération technique de l'OMC<sup>988</sup>. Une telle aide vise à réduire les coûts de frais juridiques. De plus, ledit secrétariat pourra organiser «des stages de formation spéciaux à l'intention des Membres intéressés, qui porteront sur les présentes procédures et les pratiques de règlement des différends, de manière à permettre aux experts des Membres d'être mieux informés en la matière»<sup>989</sup>.

## Conclusion du chapitre I de la deuxième partie

Ce chapitre s'est focalisé sur l'examen de la légitimité des avocats-conseils, agissant en qualité de mandants d'États litigants. Cet examen s'inscrit dans le contexte général de critiques voire de remise en cause du système de règlement des différends internationaux. Cette remise en cause affecte aussi les avocats et

---

<sup>984</sup> Joubin-Bret, p. 6.

<sup>985</sup> Ibid.

<sup>986</sup> <<https://www.icj-cij.org/fr/assistance-financiere-aux-parties>> (20/07/2020).

<sup>987</sup> <<https://www.itlos.org/fr/le-tribunal/assistance-financiere-aux-parties/>> (20/07/2020).

<sup>988</sup> Article 27 al. 2 du Mémoire d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends de l'OMC.

<sup>989</sup> Article 27 al. 3 du Mémoire d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends de l'OMC. Un auteur estime toutefois que l'exigence d'impartialité limite la valeur de l'action de l'expert juridique de l'OMC, sans oublier le risque de ne pas avoir suffisamment de temps à consacrer à la représentation des intérêts des États en développement, Isaac Alden (ed.), *Encyclopedia of International Law, Judicial and Legal Systems of the World, International Judicial System*, p. 119.

conseils car l'action de ceux-ci n'a pas manqué de susciter des critiques dont certaines peuvent être qualifiées d'accusations d'illégitimité. Nous avons opté pour une définition simple de la légitimité qui est entendue ici dans le sens de la justification et de l'acceptation d'une autorité. Cette justification peut être normative ou sociologique. Notre approche de légitimité s'est voulue essentiellement sociologique car l'approche sociologique, contrairement à l'approche normative, se fonde essentiellement sur des facteurs qui influencent la perception de la légitimité. Comment est-ce que la légitimité de ces juristes «privés» a été perçue par les tribunaux et cours internationaux devant lesquels ces juristes interviennent ?

Il faut rappeler que les justificatifs traditionnels, qui sont classés en trois catégories (source, procédure, et résultats) aboutissent à des résultats assez mitigés. Du point de vue de la source, la légitimité de ces acteurs provient de la volonté étatique qui est, par ailleurs, la principale source de légitimité en droit international. Du point de vue de la procédure, il est généralement entendu que l'autorité peut être légitimée si la décision finale est le résultat d'une procédure équitable et adéquate. Dans ce sens, l'expertise des juristes peut permettre de rétablir l'égalité entre parties litigantes en permettant aux États ne disposant pas de ressources humaines adéquates de pouvoir participer «pleinement» à la procédure. Leur indépendance est aussi un justificatif de leur autorité car ceux-ci, contrairement aux employés gouvernementaux dont l'apport peut être considérablement limité par des rivalités entre départements gouvernementaux, peuvent apporter un regard indépendant et neutre sur l'affaire en question. Du point de vue des résultats, la légitimité d'un acteur dépend de la façon dont celui-ci s'acquitte de la fonction qui lui est assignée et tient compte des éléments tels que la bonne exécution de la mission à lui confiée, sa contribution à l'atteinte des objectifs assignés au tribunal devant lequel il intervient, sa contribution au développement du droit international. Toutefois, ces critères normatifs s'avèrent insuffisants pour justifier l'autorité de ces avocats et conseils. Par exemple, et même si les tribunaux étatiques bénéficient du consentement des États, la question de leur légitimité continue de se poser. Des critères additionnels sont nécessaires alors. D'où le recours à la légitimité sociologique.

L'approche sociologique est une approche «empirique» qui souligne la réelle perception qu'ont les tribunaux de l'autorité de ces juristes. L'examen des décisions des tribunaux internationaux de même que des opinions individuelles, dissidentes ou séparées des membres des juridictions internationales nous a permis d'identifier trois facteurs influençant la perception de légitimité. Ce sont la proximité d'avec l'État représenté, le montant de leurs honoraires et la clarté des règles régissant leur responsabilité.

La proximité entre le juriste et l'État représenté pourrait s'expliquer comme suit: plus le juriste est proche de l'État qu'il représente et plus sa légitimité est perçue comme justifiée, notamment par les tribunaux internationaux. Cette proximité peut notamment être mesurée par le lien de nationalité ou par l'exercice de hautes fonctions au niveau de l'État représenté. C'est cette proximité qui permettrait au représentant de contribuer à la défense des intérêts de l'État représenté. Dans le cas contraire, les intérêts de ce dernier peuvent entrer en conflit avec d'autres intérêts avec lesquels le représentant est plus proche. La défense des intérêts étatiques suppose au préalable que le juriste privé puisse les comprendre. Cette compréhension n'est pas aisée quand on sait que l'intérêt de l'État litigant n'est pas facile à cerner et que celui-ci peut évoluer en cours de procès. La défense des intérêts étatiques suppose aussi la prise en compte de certaines spécificités étatiques telles que le statut de *repeat player* de l'État litigant qui oblige à prêter une attention particulière aux arguments invoqués par celui-ci compte tenu de la probabilité que ceux-ci soient invoqués contre celui-ci dans le cadre d'une autre affaire. Il faut aussi souligner le rôle des plaidoiries étatiques dans le développement du droit international. Il peut aussi arriver que les intérêts personnels du juriste privé entrent en conflit avec les intérêts de l'État pour le compte duquel il intervient: c'est le problème des conflits d'intérêts impliquant l'avocat-agent ou conseil et qui peut prendre plusieurs formes. Il peut s'agir ainsi de l'exercice simultané de plusieurs fonctions. Dans le cadre de l'arbitrage, le juriste peut représenter un État litigant et occuper les fonctions d'arbitre dans une autre affaire. Le problème surgit lorsque deux affaires soulèvent les mêmes questions juridiques car, même s'il n'existe pas de règle de précédent devant les tribunaux internationaux, ceux-ci s'appuient très souvent sur les décisions déjà rendues: les précédents *de facto*. De même, l'intervention du juriste dans le cadre d'un procès et contre un ancien mandant (un État litigant par exemple) peut aussi générer des conflits. En effet, une trop longue période pourrait nuire aux intérêts des juristes en leur empêchant d'offrir leurs services à d'autres. A contrario, l'action dudit juriste contre son ancien mandant pourrait influencer négativement sur les intérêts de celui-ci car les informations qui ont été transmises aux avocats peuvent être utilisées par ces derniers contre l'État concerné sitôt l'affaire en question close. Le conflit d'intérêt peut aussi concerner des intérêts notamment ceux d'un tiers financeur ou de la partie privée dans le cadre de la procédure de prompt de mainlevée où, en rappel, le juriste représente simultanément des intérêts publics et privés.

Le second facteur influençant la perception de légitimité est le montant des honoraires de ces juristes: le fait que leur rémunération soit élevée induit l'idée d'une commercialisation de leur activité et cela, d'autant plus que ces honoraires représentent une part importante du coût global de la justice internatio-

nale. Certes, la recherche du profit est une composante essentielle de leur activité. Toutefois, ce profit ne doit pas se traduire en une charge financière excessive à supporter par les États sollicitant leurs services, auquel cas, on parlera de commercialisation de l'activité juridique au plan international. Il faut rappeler que ces honoraires sont fixés librement. Les quelques textes (de *soft Law*) qui existent entre la matière retiennent le principe des honoraires raisonnables sans pour autant expliciter tous les aspects de cette notion d'honoraires raisonnables. Concrètement, les États souhaitant s'attacher les services d'un avocat disposent de plusieurs options : appel d'offres général ou restreint, négociations directes avec des cabinets déterminés, etc. Face au coût élevé des prestations d'avocats, plusieurs solutions ont été proposées dont la plus importante est l'instauration du Centre Consultatif sur la Législation de l'OMC qui offre des services de conseil juridique aux États en développement, impliqués dans des procédures devant l'ORD de l'OMC, à des tarifs bas. Dans les cas où ce Centre ne pourrait offrir ses services aux États demandeurs, celui-ci dispose d'une liste de cabinets d'avocats avec lesquels des tarifs spéciaux ont été négociés afin de permettre à ces États demandeurs de bénéficier de l'assistance juridique. Conscient du coût de leurs honoraires, certains cabinets proposent des services *pro bono* pour les clients défavorisés, ce qui inclut évidemment les États faibles ou en développement. Au titre des solutions au coût élevés des honoraires d'avocats, il faut aussi mentionner l'utilisation du tiers-financement qui est un mécanisme par lequel une personne offre un service consistant à payer la totalité ou une partie des frais du procès d'une autre personne, moyennant une rémunération qui est généralement liée à l'issue de la procédure. Certains cabinets d'avocats peuvent même faire office de tiers-financeurs en conditionnant notamment le versement d'une partie de leurs honoraires à l'issue du procès : les honoraires conditionnels ou *contingency fees*. Ces honoraires sont diversement appréciés au niveau national mais en l'absence d'une interdiction formelle, on peut penser qu'ils peuvent être utilisés devant les tribunaux. Il existe aussi les différents fonds disponibles au niveau des tribunaux internationaux et qui visent à permettre aux États dans le besoin à supporter tout ou partie des frais occasionnés par le procès international.

Le chapitre suivant sera consacré à l'examen d'un autre facteur essentiel dans la justification de l'autorité des avocats-conseils : leur responsabilité dans le cadre du procès international.

## Chapitre II: Quelle responsabilité pour le juriste privé intervenant dans le cadre du procès international ?

Peut-on parler d'une responsabilité du juriste privé intervenant devant les tribunaux internationaux ? Être responsable suppose préalablement que l'on soit capable. En d'autres termes, la responsabilité ne vaut que pour les personnes dotées d'une capacité: les sujets de droit. D'ailleurs, la responsabilité est définie comme le fait qu'un «sujet (soit) comptable de son action»<sup>990</sup>. Transposée au droit international, la responsabilité ne vaudrait que pour les sujets de droit international<sup>991</sup>; c'est-à-dire, les États<sup>992</sup> et les organisations internationales<sup>993</sup>. On peut donc s'interroger sur la «possibilité» pour un juriste privé, acteur non étatique et ne possédant pas la qualité de sujet de droit international, d'assumer une quelconque responsabilité internationale. En effet, la question-même du statut de l'individu en droit international demeure controversée car l'individu a, pendant longtemps, été considéré comme un objet, et non un sujet, du droit international. De plus, s'agissant responsabilité internationale des acteurs non étatiques, celle-ci s'est essentiellement développée sous l'aspect pénal même si, certains auteurs commencent à s'interroger sur une possible responsabilité civile de l'individu en droit international. Un auteur commentant le projet de la Commission de Droit International sur la responsabilité internationale constate que celui-ci «ne s'est pas fait l'écho des importantes transformations que connaît aujourd'hui le droit international en ce qui concerne les personnes privées, y compris leur place dans le contexte des règles et obligations secondaires. Les normes en vigueur montrent que cet aspect de la responsabilité internationale de l'État

<sup>990</sup> Salmon, p. 994. Dans le même sens, un autre auteur estime que la responsabilité suppose l'existence d'un sujet de droit, voir Kdhir, *infra*.

<sup>991</sup> Kdhir, *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de Justice*, p. 297; Jean-Pierre Queneudec, *La responsabilité internationale de l'État pour les fautes personnelles de ses agents*, LGDJ, Paris, 1966, p. 3.

<sup>992</sup> La responsabilité internationale est l'«obligation incombant, selon le droit international, à l'État auquel est imputable un acte ou une omission contraire à ses obligations internationales, d'en fournir réparation à l'État qui en a été victime en lui-même ou dans la personne ou les biens de ses ressortissants», Jules Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, Paris, 1959, p. 541.

<sup>993</sup> La responsabilité internationale d'une organisation internationale est définie comme étant la «conséquence, rapport juridique résultant d'un fait internationalement illicite attribuable à une organisation internationale», Salmon, p. 997.

ne peut plus être ignoré. Une autre remarque est que ni le projet principal ni celui sur la responsabilité pour risque n'ont touché aux questions de responsabilité (hormis la responsabilité pénale) de l'individu lui-même d'après le droit international»<sup>994</sup>.

### **Section préliminaire: Responsibility, liability or accountability?**

Une précision terminologique s'impose d'emblée. Le terme responsabilité est traduit en anglais par <responsibility>, <liability> et <accountability>. Ces trois termes n'ont pas la même signification en droit international. Ainsi, le terme *responsibility* se réfère à la violation d'une obligation primaire tandis que le terme *liability* renvoie à l'obligation secondaire, c'est-à-dire les conséquences découlant de la violation d'une obligation primaire. Nous reviendrons plus loin sur le terme *accountability*. Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État ont envisagé celle-ci sous le double sens de responsibility et de liability. En effet, cette commission va subordonner la responsabilité internationale de l'État à l'existence d'un fait qui viole une obligation internationale, sans préciser s'il s'agit d'une obligation primaire ou secondaire. D'ailleurs, l'article 12 des articles de la CDI ne distingue pas suivant l'origine ou la nature de cette obligation<sup>995</sup>. Le TIDM va reprocher à cette Commission de Droit International (CDI) d'avoir donné au terme responsibility, le sens de conséquences d'un manquement à l'obligation primaire (c'est-à-dire *liability*)<sup>996</sup>. Nous verrons, dans un premier temps, que les règles de la responsabilité internationale de l'État pour les actes accomplis par ses agents ne sont pas adaptées à la situation des juristes privés (A). Ensuite, nous proposerons d'envisager cette responsabilité des avocats et conseils sous l'angle de la reddition de compte ou <accountability> (B).

---

<sup>994</sup> Roucouas, p. 330; Simone Gorski, *Individuals in International Law* in Rudiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 5, p. 147; Roucouas, p. 322; Gorski, p. 155; James Crawford, *State Responsibility, the General Part*, CUP, Cambridge, 2013, pp. 81-82.

<sup>995</sup> Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, Introduction, texte et commentaires*, pp. 149-156.

<sup>996</sup> *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif, 1<sup>er</sup> février 2011, TIDM Recueil 2011, p. 31, para 66.*

### A. Juristes intervenant dans le procès international et la règle de l'attribution à l'État des actes accomplis par ses organes et autres représentants

Au niveau international, il existe le principe de l'attribution à l'État de tout comportement d'un organe ou agent dudit État. C'est ce que la CIJ a rappelé dans son avis consultatif du 29 avril 1999<sup>997</sup>. Cette règle a même une portée coutumière<sup>998</sup>. Il ne s'agit pas d'une responsabilité pour faute, car l'acte ou le comportement incriminé peut être conforme au droit interne, mais plutôt d'une responsabilité découlant d'un comportement illicite au regard du droit international. Ce comportement peut prendre la forme d'une commission ou d'une omission<sup>999</sup>. Ce principe a encore été rappelé à l'occasion de l'arbitrage entre la Croatie et la Slovénie, organisé sous les auspices de la CPA<sup>1000</sup>. En l'espèce, le représentant de l'État slovène a eu des communications *ex parte* avec l'un des membres du tribunal arbitral. Plus exactement, Son Excellence Madame Simona Drenik, conseil juridique et membre du cabinet au ministère des affaires étrangères de la Slovénie, agissait comme agent dudit État. Toutefois, des échanges téléphoniques eurent lieu entre ce représentant étatique et l'un des membres du tribunal arbitral, Dr Jernej Sekolec, au sujet notamment de la procédure arbitrale. Suite à la diffusion de ces échanges par les presses croate et slovène, les deux personnes concernées (l'agent et l'arbitre fautifs) se retirèrent de la procédure. La Croatie va alors demander la cessation de la procédure arbitrale compte tenu de ces manquements éthiques. Mais la Slovénie va estimer que ces manquements étaient le fait de personnes agissant de leur propre volonté, sans l'autorisation du gouvernement slovène et que l'agent fautif a excédé son autorité. En d'autres termes, cet État refusait de se voir attribuer les agissements de son représentant. «The Tribunal recalls that Ms. Drenik was Agent of Slovenia in the present proceedings. The conversations she had with Dr. Sekolec cannot, un-

<sup>997</sup> «Selon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État. Cette règle, qui revêt un caractère coutumier, trouve son expression à l'article 6 du projet d'articles sur la responsabilité des États» *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif; CIJ Recueil 1999*, p. 87.

<sup>998</sup> Elle est aussi confirmée par la doctrine. Selon Calvo, «C'est un principe universellement admis, et ne comportant aucune réserve dans son application extraterritoriale, que le gouvernement assume, en fait comme en droit, la responsabilité de tous les actes des agents qui le représentent et auxquels il a délégué une partie des pouvoirs qui lui appartiennent en propre», Calvo, p. 170.

<sup>999</sup> Kdhir, p. 298-299.

<sup>1000</sup> *Arbitration Between the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia (Croatia v. Slovenia)*, Partial Award, PCA case 2012-4, 30 June 2016.

der any reasonable interpretation, be considered <private> conversations from the perspective of attribution. Ms. Drenik was at the time acting in her capacity as Agent for her country ; the Tribunal is therefore satisfied that the breaches evidenced by the aforementioned conversations are attributable to Slovenia»<sup>1001</sup>.

L'attribution à l'État de la responsabilité<sup>1002</sup> pour les actes commis par un de ses représentants a été prévue dans les travaux de la Commission de Droit International (CDI) sur la responsabilité des États sous deux articles. D'une part, une attribution à l'État de la responsabilité pour un fait internationalement illicite ou plus exactement pour le comportement d'une personne ou d'une entité qui exerce des prérogatives de puissance publique. Selon la CDI, «Le comportement d'une personne ou d'une entité qui n'est pas un organe de l'État ... mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international»<sup>1003</sup>. La formulation de cet article est suffisamment large pour y inclure les juristes (avocat-agent plus précisément) qui exercent une prérogative de puissance publique qui est la représentation des intérêts étatiques devant un tribunal international. En effet, ces juristes privés ne font pas partie de la catégorie traditionnelle des organes étatiques (couverts par l'article 4) mais cela est inopérant pour l'application de l'article 5<sup>1004</sup>. Comme le rappelle le commentaire de cet article, «Le terme générique «entité» traduit la grande diversité des organismes qui, bien que n'étant pas des organes de l'État, peuvent être habilités par le droit interne à exercer des prérogatives de puissance publique. Il peut s'agir d'entreprises publiques, d'entités parapubliques, d'institutions publiques diverses, voire, dans certains cas particuliers, de sociétés privées, pour autant que, dans le cas d'espèce, l'entité est habilitée par le droit interne à exercer des fonctions à caractère public normalement exercées par des organes de l'État et que son

---

<sup>1001</sup> Ibid., p. 52, para 210.

<sup>1002</sup> Cette commission utilise le terme <responsabilité> de façon large en y incluant aussi bien l'obligation primaire (responsibility) que secondaire (liability), voir Salmon, p. 994.

<sup>1003</sup> Article 5 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de ladite session. Ce rapport, qui contient en outre des commentaires sur les projets d'articles, est reproduit dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*. Le texte reproduit ci-dessus est repris de l'annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, p. 109, disponible sous <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf)> (20/07/2020).

<sup>1004</sup> Ibid., pp. 97-98.



comportement se rapporte à l'exercice des prérogatives de puissance publique en cause»<sup>1005</sup>.

D'autre part et lorsque le juriste privé n'exerce pas directement une prérogative de puissance publique mais assiste plutôt l'État litigant, sa situation est couverte par l'article 8 aux termes duquel «Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État»<sup>1006</sup>. Ici, l'élément important est le lien existant entre l'État et la personne en question: si la dernière agit sous la direction ou le contrôle du premier, alors il devra assumer la responsabilité des actions de ladite personne. «En règle générale, le comportement de personnes ou d'entités privées n'est pas attribuable à l'État d'après le droit international. Des circonstances peuvent cependant survenir où un tel comportement est néanmoins attribuable à l'État, parce qu'il existe une relation de fait entre la personne ou l'entité ayant ce comportement et l'État. L'article 8 traite de deux circonstances de ce type. La première est celle où des personnes privées agissent sur les instructions de l'État lorsqu'elles mènent le comportement illicite. La seconde est une situation à caractère plus général, où des personnes privées agissent sur les directives ou sous le contrôle de l'État»<sup>1007</sup>. Nous pensons que ces juristes peuvent être assimilés aux organes étatiques, au moins pour la durée de leur mandat dans le cadre du procès international.

Ces deux articles semblent dénier aux représentants étatiques une quelconque responsabilité pour les actes posés au niveau international. En contrepartie, et cela est notamment vrai pour les fonctionnaires et autres agents publics de l'État, le droit administratif local aménage des mécanismes permettant au gouvernement d'engager la responsabilité et, en cas de besoin, de sanctionner un fonctionnaire n'ayant pas fait preuve de diligence dans l'exercice de sa mission de service public. Quid du cas des juristes privés, agissant pour le compte d'entités étatiques au plan international et n'entretenant pas avec celles-ci, des rapports similaires à ceux des agents publics qui sont soumis au droit administratif?

D'ailleurs, la CDI va laisser entr'ouverte la question de la responsabilité individuelle. En effet, et selon l'article 58 des articles adoptés par la CDI sur la responsabilité de l'État, «les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute

---

<sup>1005</sup> Ibid., p. 97.

<sup>1006</sup> Ibid., p. 109

<sup>1007</sup> Ibid.

personne qui agit pour le compte d'un État»<sup>1008</sup>. Le commentaire dudit article est suffisamment explicite à ce sujet lorsqu'il affirme que «Le principe selon lequel les individus, y compris les agents de l'État, peuvent être responsables d'après le droit international a été établi au lendemain de la Seconde Guerre mondiale ... Jusqu'à présent, ce principe s'est appliqué dans le domaine de la responsabilité pénale, mais il n'est pas exclu que des faits nouveaux puissent se reproduire dans celui de la responsabilité civile individuelle»<sup>1009</sup>.

C'est peut-être cette attribution de responsabilité qui a poussé un certain nombre de juges à considérer qu'il appartient à l'État mandataire d'organiser la représentation de ses intérêts à ses risques et périls<sup>1010</sup>. Toutefois, nous estimons que la responsabilité de ces juristes privés ne saurait être laissée à la libre discrétion des États litigants. Si la responsabilité des États litigants, dont certains ne maîtrisent pas toujours les règles du procès international, peut être engagée pour les actes et comportements de leurs représentants, *quid* du cas des juristes privés, maîtrisant les règles du jeu et bénéficiant de pouvoirs procéduraux assez étendus ? Il faut rappeler que, devant certains tribunaux internationaux, ces juristes se vantent de bénéficier d'un avantage important, compte tenu de leur connaissance des règles du jeu et de leur savoir-faire. De plus, un certain nombre d'auteurs rejettent, dans le cas spécifique des juristes privés agissant au nom et/ou pour le compte d'États devant les juridictions internationales, cette théorie de la responsabilité de l'État du fait de l'acte commis par une personne contrôlée par l'État ou agissant sous ses directives. Ainsi, Stephan Wilske estime que l'avocat-conseil devrait engager sa responsabilité personnelle, au moins pour les cas où il outrepasserait son mandat de représentation étatique<sup>1011</sup>. De même, Kdhir s'insurge contre l'idée selon laquelle la responsabilité personnelle de l'agent est «absorbée» par l'État pour le compte duquel le premier a

---

<sup>1008</sup> James Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, Introduction, texte et commentaires*, Pedone, Paris, p. 370.

<sup>1009</sup> Ibid., pp. 370-371 ; voir aussi Roucouas, p. 321.

<sup>1010</sup> *Affaire du Grand Prince (Belize c. France)*, déclaration de M. Cot, juge *ad hoc*, p. 53, para. 15.

<sup>1011</sup> «The idea that counsel is simply an agent and may hide behind his client is also of no great help. At least in a situation where counsel's conduct is not covered by his power of agency, he or she faces individual liability for such conduct ... Also, considering counsel simply as agent of his or her client ignores the fact that admitted lawyers regularly consider themselves and are considered as organs or facilitators of justice. This does not completely change when they appear in the international arena. Thus, counsel may not be equated with a simple agent», Stephan Wilske, «Sanctions against Counsel in International Arbitration – Possible, Desirable or Conceptual Confusion?» in *Contemporary Arabian Asian Journal*, vol. 8, n° 2, 2015, p. 164.

agi<sup>1012</sup>. Cette remise en cause de la responsabilité internationale intervient dans un contexte où «le fait internationalement illicite n'est plus le privilège de l'État»<sup>1013</sup>. Nous sommes aussi d'avis que, sous certaines conditions, le représentant étatique (et l'agent-avocat et/ou conseil) puisse engager sa responsabilité personnelle. Celle-ci doit être engagée sous l'angle de la reddition de compte (responsabilité professionnelle?) ou accountability.

## **B. La responsabilité des juristes sous l'angle de la redevabilité (accountability)**

Le recours à des acteurs non étatiques pour l'exercice des prérogatives de puissance publique prend de l'ampleur en droit international. Et les règles de la responsabilité internationale ne sont pas toujours adaptées au cas de ces acteurs comme nous l'avons vu avec l'exemple des juristes agissant pour le compte des États litigants. Pour combler ce manque, plusieurs propositions ont émergé et tendent à assurer une certaine reddition de compte de ces acteurs. La plus importante d'entre elles est celle qui est généralement qualifiée de Droit Administratif Global (DAG). Celui-ci s'est, en effet, développé dans un contexte international marqué par une impression de recul de l'autorité effective de l'État avec comme corollaire, l'exercice des fonctions régaliennes de l'État par une multitude de nouveaux participants, essentiellement des entités internationales non-intergouvernementales et des entités infra étatiques collaborant entre elles au-delà des frontières et un déficit de <redevabilité> de ces nouveaux participants quant à l'exercice de l'autorité publique<sup>1014</sup>. Le DAG suggère alors d'utiliser les normes et techniques de droit administratif, en particulier celles liées à la transparence, à la participation, à la responsabilité et à la révision, pour les appliquer à la situation de ces acteurs transnationaux. En d'autres termes, cette branche émergente du droit veut étendre le champ d'application du droit administratif national aux actions des opérateurs transnationaux affectant un État et d'autre part du développement de mécanismes administratifs d'un type nouveau et à un niveau global afin de traiter les décisions et règles prises au sein des régimes transnationaux.

---

<sup>1012</sup> «Un agent doit répondre des actes graves commis sur le territoire d'un autre État, et la reconnaissance de sa responsabilité par l'État dont il est le sujet est inopposable à l'État lésé qui doit pouvoir juger et faire purger sa peine à l'individu agissant à l'instigation de son État, même si celui-ci est disposé à assumer toutes les conséquences dommageables de son agent», Kdhir, p. 300.

<sup>1013</sup> Devers, p. 144.

<sup>1014</sup> Sur ce point, voir, en autres, Clémentine Bories (dir.), *Un droit administratif global? A Global Administrative Law?* Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011, Coll. Cahiers internationaux n° 28, Paris, Pedone, 2012.

Partant du même constat, nous proposons d'envisager la responsabilité de ces juristes sous l'angle de la reddition de compte ou *accountability*. Celui-ci n'a pas fait l'objet d'une définition unique et a même été qualifié d'insaisissable<sup>1015</sup>. Toutefois, les origines historiques de ce terme semblent faire l'objet d'un consensus. Ainsi, le terme *accountability* proviendrait du Moyen Âge lorsque le Conquérant William I avait besoin de renseignements (terres, bétail, etc.) sur le territoire qu'il venait de conquérir. Les livres du Domesday visaient donc à faire l'inventaire desdits biens, les «compter» et à transmettre ce compte au Conquérant<sup>1016</sup>. Ce terme est la traduction de l'expression «compte à rendre» ou «rendre des comptes». De même, ce terme a été utilisé au 13<sup>e</sup> siècle pour désigner les comptes à rendre à l'archevêque français Eudes de Rigaud en ce qui concerne les maisons religieuses situées dans son archevêché. Dans les deux cas, la responsabilité est entendue comme l'obligation de rendre compte à un supérieur ou à une personne ayant un intérêt légitime<sup>1017</sup>. Cette conception de la responsabilité (ou reddition de comptes) conserve encore toute son importance de nos jours.

S'agissant des juristes, la mise en jeu de cette «*accountability*» suppose la réunion de deux conditions: d'une part, il faut des règles de redevabilité, c'est-à-dire, un ensemble de règles encadrant cette responsabilité et permettant d'apprécier les actes et actions du juriste et, d'autre part, une autorité chargée de veiller au respect desdites règles et, au besoin, sanctionner leur violation. Au niveau national, ces deux conditions sont très souvent réunies en l'existence du barreau. Entre autres attributions, celui-ci est chargé de la formulation des règles de conduite applicables aux juristes ainsi que de l'exercice du pouvoir disciplinaire. Par exemple, la Fédération Suisse des Avocats (FSA) a édicté le code de déontologie s'appliquant aux avocats suisses<sup>1018</sup>. Au niveau international, la situation

---

<sup>1015</sup> «Accountability has been described as an «icon», a «hurrah-word,» and a «chameleon»; it is an elusive and much (perhaps essentially) contested concept», Mark Bovens, Robert E. Goodin et Thomas Schillemans, *Public Accountability* in Mark Bovens, Robert E. Goodin et Thomas Schillemans (eds), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, OUP, 2015, p. 2.

<sup>1016</sup> «Accounting always has a dual meaning: it is about listing and counting important «things» – possessions, debts, agreements, promises – and about providing an account concerning this count. Thus, it implies a story, based on some obligation and with some consequence in view», *ibid.*

<sup>1017</sup> *Ibid.*

<sup>1018</sup> Selon le préambule du code suisse de déontologie, «La Fédération Suisse des Avocats, vu les articles 1 et 12.10 des statuts, consciente que la loi fédérale sur la libre circulation des avocats fixe les principes de l'exercice de la profession d'avocat en Suisse, dans le but d'unifier, sur tout le territoire de la Confédération, les règles déontologiques, *édicte le présent Code de déontologie, dont les règles s'imposent à tous ses membres*» (c'est nous

n'est pas aussi claire. En effet, l'absence d'un barreau international va entraîner deux conséquences principales: l'absence d'un ensemble clair de règles de conduite pour les juristes intervenant sur la scène internationale de même que l'inexistence d'une autorité disciplinaire chargée de réguler ceux-ci. En l'absence de telles règles juridiques claires, l'on peut recourir à l'éthique pour combler ce déficit. Comme le souligne un auteur, «lorsque la nécessité d'un recours à l'éthique se manifeste, c'est souvent le signe d'une insuffisance du droit, qu'elle tienne à l'absence de règle ou à la faillite des règles existantes en raison de leur application déficiente. Certes, on ne peut exclure que le recours à l'éthique naisse spontanément de la volonté de rendre un milieu donné plus vertueux, mais en l'absence d'un besoin réel on peut penser que cela doit être fort rare»<sup>1019</sup>.

C'est ainsi que nous proposons d'examiner la question de la responsabilité du juriste sous l'angle éthique<sup>1020</sup>. Cette question, qui n'est pas nouvelle, se caractérise par une absence de clarté (comme nous le démontrerons plus loin) alors que cette clarté est un facteur influençant la perception de légitimité. Le lien entre la perception de la légitimité et la clarté des règles de responsabilité a été souligné par plusieurs auteurs<sup>1021</sup>. Il s'ensuit alors que l'on ne peut faire l'économie de

---

qui mettons en italiques). Cette Fédération va déléguer le pouvoir disciplinaire aux ordres cantonaux suisses, voir art. 31 du code suisse de déontologie.

<sup>1019</sup> Jarrosson, p. 6. Dans l'affaire de la Baie de Fundy, les agents des Etats ont prêté serment de «loyauté» au président du tribunal arbitral, voir RSA, *Decision under Article IV of the Treaty of Ghent of 1814 between the United Kingdom and the United States, relating to the Islands in the Bay of Fundy, decision of 24 November 1817*, vol. 28, pp. 5-10. Cette notion fait appel à des règles qui excèdent le seul cadre du droit et pour concerner aussi la morale et d'autres disciplines. Toutefois, il ne sera pas question, dans le cadre de cette étude, d'analyser les interactions entre le droit et la morale.

<sup>1020</sup> Beaucoup d'entre ces études ont abordé la question de la responsabilité sous l'angle éthique, Jan Paulsson, *Standards of Conduct of counsel in International Arbitration*, 3 *American Review of International Arbitration*, vol. 3, 1992, p. 214; Detlev F. Vagts, *The International Legal Profession: A Need for More Governance?* in *AJIL* vol. 90, 1996, p. 250; Rogers, *Context and Institutional structure in Attorney Discipline: Developing and Enforcement Regime for Ethics in International Arbitration*, *Stanford International Law Review*, vol. 1, 2002, p. 39; Rogers, *Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Attorney Conduct for International Arbitration* in *Michigan International Law Journal*, vol. 23, 2002, p. 341; Charles N. Brower et Stephan W. Schill, *Regulating Counsel Conduct before International Arbitral Tribunals in Making Transnational Law Work in a Global Economy: Essays in honor of Detlev Vagts*, CUP, Cambridge, 2010; Carolyn B. Lamm, Chiara Giorgetti et Hansel T. Pham, *Has the Time Come for an ICSID Code of Ethics for Counsel?* in Karl P. Sauvant (ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2009-2010*, OUP, New York, 2010, pp. 275-289; Sarvarian, Rogers, *Ethics in International Arbitration*; Horvath et Wilske.

<sup>1021</sup> Doak Bishop, «Ethics in International Arbitration» in Albert Jan van den Berg (ed.), *Arbitration Advocacy in Changing Times*, *International Council for Commercial Arbitration*

l'analyse de la responsabilité des avocats/conseils dans l'étude de leur légitimité. Une absence de clarté dans les règles éthiques et de responsabilité peut même résulter en une crise de confiance dans le système de règlement des différends internationaux<sup>1022</sup>. L'existence et la clarté des règles éthiques sont aussi importantes pour les juristes eux-mêmes car offrant plus de prévisibilité voire même de sécurité juridique. Ainsi, ceux-ci peuvent anticiper les conséquences de leurs actions<sup>1023</sup>. De plus, et du point de vue de la légitimité démocratique, la responsabilité d'un acteur est un élément important dans la justification de l'autorité de celui-ci. C'est dans ce sens que les élections sont perçues comme un moyen de reddition des comptes : un acteur qui passe par des élections est perçu comme légitime comparé à un acteur n'étant pas passé par le mécanisme électoral<sup>1024</sup>.

Après ces remarques préliminaires sur la notion-même de la responsabilité du juriste au plan international (entendue dans le sens d'une reddition de compte) et sur l'influence de celle-ci sur la perception de la légitimité de ce dernier, il convient maintenant d'analyser le régime juridique de la responsabilité des juristes agissant au plan international (Section I) et examiner la question des pouvoirs des tribunaux internationaux pour le contrôle de ceux-ci (Section II).

### **Section I : Le régime juridique de responsabilité des juristes privés est caractérisé par une absence de clarté**

A la différence des tribunaux pénaux internationaux qui ont un régime relativement clair concernant la responsabilité des juristes privés intervenant devant eux<sup>1025</sup>, les autres tribunaux internationaux (interétatiques et mixtes) se caractérisent par un régime de responsabilité des avocats pas très clair sur cette question. Cela se manifeste notamment par l'absence de règles éthiques claires (A) ainsi que par la diversité d'approche des tribunaux internationaux relativement

---

(*ICCA*) *Congress Series No. 15*, Kluwer Law International, Dordrecht, 2011, p. 383; Franck, p. 1584; Grossman, «Legitimacy and International Adjudicative Bodies», p. 153; Kumm, «The Legitimacy of International Law», p. 924.

<sup>1022</sup> Doak Bishop, «Ethics in International Arbitration», p. 383.

<sup>1023</sup> Catherine Rogers, *Ethics in International Arbitration*, OUP, Oxford, 2014, p. 101; Franck, «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration», p. 1584.

<sup>1024</sup> «One reason why national law is thought to enjoy comparatively greater legitimacy than anything decided on the international level is the idea that the core depository of legitimacy is electorally accountable institutions», Kumm, «The Legitimacy of International Law», p. 924.

<sup>1025</sup> Voir, par exemple, l'étude de Till Gut, *Counsel Misconduct before the International Criminal Court: Professional Responsibility in International Criminal Defence*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 372p.

à la question du contrôle à exercer, par ces tribunaux, sur les avocats/conseils intervenant devant eux (B).

### **A. L'absence de standards éthiques clairs encadrant la conduite des juristes privés au niveau international**

Sur la question des standards applicables aux juristes privés, il est communément admis qu'il n'existe pas un ensemble consacré de standards éthiques (1). Toutefois, cela peut être pallié par l'existence d'un corpus de règles éthiques minimales qu'il est possible de dégager par interprétation des traditions juridiques communes et qui, à notre avis, peuvent être applicables à ces experts en droit international (2).

#### *1. D'une non-consécration des normes éthiques ...*

«L'éthique judiciaire ne se définit pas simplement par des règles rigides: je doute qu'elle ne puisse jamais être définie de façon exhaustive; elle est affaire de perception et de sensibilité aux apparences, éléments que les tribunaux doivent constamment avoir présents à l'esprit pour préserver leur légitimité»<sup>1026</sup>. Cette opinion du juge Buergenthal sur l'éthique judiciaire peut être étendue au cas des juristes privés. Elle souligne la difficulté de dégager un ensemble cohérent de règles éthiques dans le cadre du procès international. Pour un auteur, «énoncer ce qui est contraire à l'éthique, c'est un peu comme dire ce qu'est un éléphant: cet animal est difficile à définir, mais quand, au cœur de la brousse, on se trouve nez à nez avec lui, on est sûr que c'en est un»<sup>1027</sup>.

A cette première difficulté définitionnelle, s'ajoute une autre difficulté, issue des différences entre cultures juridiques. Compte tenu de la diversité des traditions juridiques, certains auteurs se sont interrogés sur la raison d'être même des règles éthiques communes. Pour eux, l'éthique ne peut être dissociée de la culture et, par conséquent, il est pratiquement impossible de s'accorder ou de dégager des règles éthiques communes à plusieurs cultures. Toutefois, et même si les règles éthiques sont d'inspiration locale (de sorte qu'il puisse être périlleux de penser à leur généralisation), elles sont le plus souvent le reflet de valeurs communes à plusieurs cultures ainsi que l'a rappelé la Déclaration de Pérouse: «Les règles spécifiques de chaque barreau sont liées à ses propres traditions. Elles

---

<sup>1026</sup> Opinion dissidente de M. le Juge Buergenthal, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Ordonnance du 30 janvier 2004, CIJ, Recueil 2004*, p. 9.

<sup>1027</sup> L'éthique dans l'arbitrage, compte rendu du colloque international organisé par Francarbi, le 09 décembre 2011, <<https://francarbi.wordpress.com/2012/03/15/lethique-dans-larbitrage-compte-rendu-du-colloque-international-organise-par-francarbi-le-9-decembre-2011-a-paris-3/>> (20/07/2020).

sont adaptées à l'organisation et au domaine d'activité de la profession dans le pays considéré, ainsi qu'aux procédures judiciaires et administratives et à la législation nationale. Il n'est donc ni possible ni souhaitable de les en déraciner, ni d'essayer de généraliser des règles qui ne sont pas susceptibles de l'être. La recherche d'une base commune pour un code de déontologie communautaire doit s'inspirer de principes communs dont découlent des règles spécifiques à chacun des pays membres»<sup>1028</sup>.

Existe-il des règles éthiques auxquelles les juristes, intervenant sur la scène internationale, sont soumis ? Les règles de procédure des tribunaux internationaux ne contiennent pas de dispositions concernant l'éthique des juristes. Seule la Cour pénale internationale a adopté un code éthique applicable aux juristes intervenant devant elle. La Cour de justice de l'Union Européenne, compte tenu de l'exigence d'affiliation à un barreau national, peut aussi s'appuyer sur les règles éthiques nationales<sup>1029</sup>. Le même système a cours aussi devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1030</sup>. Devant les autres tribunaux, cette question de l'éthique des représentants des parties litigantes est pratiquement ignorée sinon insuffisamment traitée. Il faut mentionner que tous les tribunaux internationaux, devant lesquels les États interviennent, n'ont pas clarifié les règles éthiques applicables aux représentants des parties litigantes. A cette insuffisance, il faut ajouter le fait que les codes éthiques nationaux, à une exception près<sup>1031</sup>, n'ont pas une portée extranationale. Ceux-ci ne sont que d'applicabilité locale et non internationale. Certes, au niveau européen, il existe un code de conduite applicable aux avocats européens<sup>1032</sup>, qui tient compte des tendances

---

<sup>1028</sup> La Déclaration De Perugia sur les Principes Déontologiques des barreaux de la Communauté Européenne, adoptée par la Commission Consultative des barreaux de la Communauté Européenne, le 16 septembre 1977, p. 1. Une telle vision est partagée aussi par un auteur comme Sam McMullan, *Holding Counsel to Account in International Arbitration* in *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2011, pp. 493-494.

<sup>1029</sup> Sthoeger et Wood, *The International Bar*, pp. 641-642.

<sup>1030</sup> Voir notamment l'article 36 al. 4a du règlement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, du 14 novembre 2016, exigeant l'affiliation à un barreau national «Le représentant agissant pour le compte du requérant en vertu des paragraphes 2 et 3 du présent article doit être un conseil habilité à exercer dans l'une quelconque des Parties contractantes et résidant sur le territoire de l'une d'elles, ou une autre personne agréée par le président de la chambre».

<sup>1031</sup> Il s'agit du Code de Conduite Britannique qui soumet les avocats britanniques au respect des règles de conduite des tribunaux internationaux.

<sup>1032</sup> Il s'agit du Code de déontologie des avocats européens, adopté lors de la session plénière du CCBE le 28 octobre 1988 et modifié lors des sessions plénières du 28 novembre 1998, du 6 décembre 2002 et du 19 mai 2006. Le Code tient également compte des modifications aux statuts du CCBE approuvés lors de la session plénière extraordinaire du 20 août 2007.



parfois opposées entre pays civilistes et pays de Common Law sur certaines pratiques des avocats et propose un compromis acceptable entre les deux systèmes juridiques. Toutefois, les juridictions internationales ne sont pas tenues de faire application dudit code, et elles ne manquent pas de le rappeler comme ce fut le cas dans l'affaire *Fraport v. Philippines*<sup>1033</sup>. Par surabondance, les juristes intervenant sur la scène internationale ne sont pas tous affiliés à un barreau national et, par voie de conséquence, tous ne sont pas soumis à un code éthique national. En plus de cette difficulté liée à l'affiliation ou non du juriste à un barreau national, il existe aussi une autre difficulté liée à la diversité des traditions juridiques car certaines pratiques sont admises dans certains pays et interdites dans d'autres<sup>1034</sup>. Conscient de ce vide, certaines initiatives ont proposé des textes sur l'éthique des avocats-conseils au niveau international. Ainsi, les Nations Unies ont proposé les Principes de base relatifs au rôle du barreau<sup>1035</sup>. Ce texte identifie un ensemble de principes avec pour objectif d'«aider les États Membres à veiller à ce que les avocats exercent le rôle qui leur revient, devraient être pris en compte et respectés par les gouvernements dans le cadre de leur législation et de leur pratique nationales et devraient être portés à l'attention des avocats, ainsi que d'autres personnes telles que les juges, les membres du par-

---

<sup>1033</sup> «The parties have made extensive reference in their submissions to the Californian law on legal ethics; and also to the ethical rules of the Paris Bar and, following the Committee's request, to the Code of Conduct for Lawyers issued by the Council of the Bars and Law Societies of the European Union. This material is valuable to the extent that it reveals common general principles, which may guide the Committee. But none of it directly binds the Committee, as an international tribunal. Accordingly, the Committee's consideration of the matter is not, and should not be, based upon a nice reading of any particular code of professional ethics, applicable in any particular national jurisdiction. Such codes may vary in their detailed application. Rather, the Committee must consider what general principles are plainly indispensable for the fair conduct of the proceedings», *Fraport v. Philippines*, para 40-41.

<sup>1034</sup> «There are obvious difficulties in constructing a code that appropriately reflects the diversity of legal traditions. Ethical conduct prohibited in certain jurisdictions is perfectly acceptable in others. For example, while it may be appropriate for civil lawyers to discuss a case informally with judges, this is prohibited in adversarial systems. British counsel are prohibited from meeting witnesses in advance of trial, whereas it would be considered inappropriate in the United States for defense counsel not to interview a witness if there were an opportunity to do so», Kate Gibson, *Defense Counsel in International Criminal Trials* in Romano, Alter et Shany (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, p. 700.

<sup>1035</sup> Adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990, disponible sous <<https://www.odage.ch/medias/commissions/documents/Droits%20de%20l%27Homme/Basic-Principles-Frans.pdf>> (20/07/2020).

quet, les représentants du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif et le public en général»<sup>1036</sup>.

Ce texte a donc une portée nationale et ne vise pas les cas où les avocats interviennent devant les juridictions internationales. De son côté, l'Association de droit international (International Law Association) a proposé les «Principes de la Haye sur les Standards Éthiques pour les Conseils Apparaissant devant les Cours et Tribunaux Internationaux»<sup>1037</sup>. L'Association internationale du barreau a aussi proposé des textes intéressants tels le Code International d'Éthique<sup>1038</sup>, les Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international<sup>1039</sup>, Les principes internationaux de déontologie de la profession juridique<sup>1040</sup>, Les Principes Généraux pour la Profession de l'Avocat<sup>1041</sup>. Ces textes demeurent toutefois du droit souple (*soft law*), c'est-à-dire dépourvus de force contraignante. Et quand le tribunal décide de les appliquer, après avoir obtenu l'autorisation préalable des parties, leur application est rendue difficile par le caractère vague de certaines dispositions<sup>1042</sup>.

## 2. ... à l'existence d'un ensemble minimal de règles éthiques communes

N'existe-il pas des règles élémentaires applicables aux conseils, peu importe leur nationalité, leur tradition juridique ou encore leur affiliation ou non-affiliation à un barreau ? Car, l'importance desdites règles n'est plus à démontrer. En effet, certaines affaires sont gagnées ou perdues à cause du comportement des

---

<sup>1036</sup> Préambule des Principes de base relatifs au rôle du barreau.

<sup>1037</sup> Pour une vue d'ensemble des discussions ayant entouré et conduit à l'élaboration de ces principes, voir l'article de Philippe Sands, «*Interaction between Counsel and International Courts and Arbitral Tribunals: Ethical Standards for Counsel*» in Rüdiger Wolfrum and Ina Gätzschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2012, pp. 127-136.

<sup>1038</sup> Celui-ci a été d'abord adopté en 1956, puis révisé en 1988. Il contient 21 règles s'appliquant à tout juriste, d'une juridiction déterminée, dans ses rapports avec un juriste d'une autre juridiction ou en rapport avec ses activités dans une autre juridiction, disponible sous <[https://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)> (20/07/2020).

<sup>1039</sup> *Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international*, Approuvées le 25 mai 2013 par le Conseil de l'International Bar Association.

<sup>1040</sup> Les principes internationaux de déontologie de la profession juridique de l'association internationale du barreau (IBA), Adoptés par l'association internationale du barreau (IBA) 28 mai 2011, disponible sous <[https://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines](https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines)> (20/07/2020).

<sup>1041</sup> De 2006.

<sup>1042</sup> Thomas Buergenthal, «The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law», vol. 3, TDM, 2006, p. 10.

conseils intervenant dans le procès international<sup>1043</sup>. Dans ce contexte, il urge d'avoir des règles pour régir le comportement de ces conseils. Nous sommes d'avis, avec certains auteurs, qu'il existe certaines exigences minimales auxquelles sont assujettis les avocats/conseils agissant au niveau international. Dans sa note d'information sur les services juridiques, par exemple, le Secrétariat de l'OMC a constaté des similitudes en matière de normes déontologiques applicables aux avocats entre pays européens, les USA et le Japon. «Les similitudes entre les normes déontologiques des différents pays dans le domaine des services juridiques ont permis au Conseil des barreaux de la Communauté européenne (CCBE) d'adopter un code de conduite communautaire applicable à 17 pays européens. Cinq autres pays ont à cet égard le statut d'observateur. Le code a force obligatoire pour tous les hommes de loi qui se livrent à des activités transfrontières en Europe. Les associations professionnelles de juristes des États-Unis, du Japon et de la Communauté européenne (ABA, Nichibenren et CCBE) ont établi entre elles des contacts pour comparer leurs codes de conduite respectifs et n'ont pas constaté de différences notables»<sup>1044</sup>.

Selon l'AIB, il existe des «principes communs qui sont à la base de toutes les règles nationales et internationales régissant la conduite des avocats»<sup>1045</sup>. Dans le préalable de la Charte des principes essentiels de l'avocat européen, le CCBE souligne l'existence de principes qui sont communs à tous les avocats européens «Il existe des principes essentiels qui, même exprimés de manière légèrement différente dans les différents systèmes juridiques, sont communs à tous les avocats européens ... Ces principes essentiels sont l'expression de la base commune à toutes les règles nationales et internationales qui régissent la déontologie des avocats européens»<sup>1046</sup>.

Le débat portera alors sur leur identification. Certains principes se retrouvent dans tous les textes internationaux relatifs aux règles éthiques à observer par les avocats. C'est le cas entre autres du principe de l'indépendance de l'avocat dans l'exercice de son mandat de représentation<sup>1047</sup>, du principe du respect du secret

<sup>1043</sup> Government of India, Ministry of finance, Department of economic affairs, *Request for proposal for engagement of international and/or domestic law firms for representing the government of India in disputes/arbitrations under Indian bilateral investment promotion and protection agreements/comprehensive economic partnership agreements/comprehensive economic cooperation agreements*, January 2016, p. 8.

<sup>1044</sup> OMC, Note d'information du Secrétariat, *Service Juridique*, S/C/W/43, 6 juillet 1998.

<sup>1045</sup> Voir Les principes internationaux de déontologie de la profession juridique de l'association internationale du barreau.

<sup>1046</sup> <[http://www.ccbe.eu/NTCdocument/FR\\_CCBE\\_CoCpdf2\\_1382973057.pdf](http://www.ccbe.eu/NTCdocument/FR_CCBE_CoCpdf2_1382973057.pdf)> (20/07/2020).

<sup>1047</sup> Ce principe se retrouve ainsi dans la charte des principes essentiels de l'avocat européen (principe a), dans les principes internationaux de déontologie de la profession juridique de l'association internationale du barreau (principe 1), Principes de La Haye (principe 2.2)

professionnel et de la confidentialité des affaires dont il a la charge, du principe de la compétence professionnelle.

L'interprétation des traditions juridiques communes de même que la présence récurrente de certains principes dans tous les récents textes proposés permet de dégager quelques règles minimales applicables aux juristes privés. Il existe (au moins) 10 principes qui se retrouvent dans la presque totalité des textes traitant de l'éthique des juristes. Les mêmes principes éthiques se retrouvent dans les principes internationaux de déontologie de la profession juridique de l'association internationale du barreau (avec une formulation assez similaire), dans les Principes de La Haye sur les standards éthiques pour les conseils apparaissant les Cours et Tribunaux Internationaux. Ils sont «communs à la profession juridique dans le monde entier». Ils sont «issus des principes communs qui sont à la base de toutes les règles nationales et internationales régissant la conduite des avocats, notamment dans le cadre de leur relation avec leurs clients»<sup>1048</sup>. Ce sont « (a) l'indépendance et la liberté d'assurer la défense de son client; (b) le respect du secret professionnel et de la confidentialité des affaires dont il a la charge; (c) la prévention des conflits d'intérêts que ce soit entre plusieurs clients ou entre le client et lui-même; (d) la dignité, l'honneur et la probité; (e) la loyauté à l'égard de son client; (f) la délicatesse en matière d'honoraires; (g) la compétence professionnelle; (h) le respect de la confraternité; (i) le respect de l'État de droit et la contribution à une bonne administration de la justice; (j) l'autorégulation de sa profession ».

Une telle conception est partagée par certains auteurs qui affirment aussi l'existence de certains principes éthiques de base devant s'appliquer à tous ceux qui comparaissent devant une cour ou un tribunal international (même ceux qui ne sont pas membres d'un barreau national)<sup>1049</sup>. Au soutien de cet argument, ils citent Paul Reichler qui estimait que les conseils, compte tenu de leur qualité d'auxiliaire de justice (officers of the court), avaient une obligation éthique de ne pas soumettre ou permettre à leur client de soumettre de fausses preuves<sup>1050</sup>. Une telle déclaration fait écho au principe éthique de la probité selon lequel «L'avocat doit faire preuve, à tout moment, de la plus haute probité, intégrité et équité à l'égard de ses clients, des tribunaux, de ses confrères et de tous ceux avec lesquels il est amené à établir un contact professionnel»<sup>1051</sup>. La question

---

<sup>1048</sup> Les principes internationaux de déontologie de la profession juridique de l'association internationale du barreau (IBA), p. 12.

<sup>1049</sup> Stoecker et Wood, p. 644.

<sup>1050</sup> Paul. S. Reichler, *The Nicaragua case: A Response to Juge Schwebel* in AJIL, vol. 106, 2012, p. 316.

<sup>1051</sup> Principe 2 des principes internationaux de déontologie de la profession juridique de l'association Internationale du barreau (IBA), p. 18.

qui en découle est de savoir si ces règles communes sont suffisantes. Il est évident que celles-ci ne sont pas suffisantes car étant le minimum consensuel. Des règles additionnelles pourraient se greffer à ce noyau.

Ces règles éthiques laissent, toutefois, ouverte une question majeure: celle de l'identité de l'autorité chargée de veiller à l'application de ces principes et de sanctionner les écarts à ceux-ci. En plus, et comme le rappelait Les principes internationaux de déontologie des juristes professionnels, lesdits principes ne doivent pas être «utilisés comme critères d'imposition de responsabilités, de sanctions ou de mesures disciplinaires de quelque nature que ce soit»<sup>1052</sup>. La question de l'identité de l'autorité exerçant le pouvoir disciplinaire, ou plus généralement le pouvoir de régulation, sur ces juristes mérite d'être examinée. Plus exactement, nous verrons si les tribunaux internationaux bénéficient d'un pouvoir pour contrôler l'activité de ces juristes intervenant dans le procès international.

## **B. Les tribunaux internationaux peuvent-ils exercer un pouvoir disciplinaire sur les avocats et conseils intervenant devant eux?**

Au centre de l'analyse de la responsabilité de l'avocat-agent et/ou conseil, se retrouve la question du pouvoir disciplinaire à exercer à l'encontre d'un juriste, coupable d'écarts de conduite et éventuellement des sanctions à prendre. Qui doit sanctionner le juriste privé en cas d'inconduite intervenue devant une juridiction internationale? Cette question n'a pas reçu de réponse définitive. Avant de donner notre opinion sur cette question, sans doute faut-il faire l'état des lieux de cette question qui est diversement appréciée. Dans un premier temps, la pratique des tribunaux sera examinée pour savoir si ceux-ci estiment avoir le droit de sanctionner les juristes intervenant devant eux pour le compte d'États litigants. Suivant que la juridiction est interétatique (1) ou mixte (2), l'appréciation de cette question est différente. Ensuite, nous passerons en revue les autres autorités susceptibles d'exercer le pouvoir de sanction à l'encontre de juristes privés, coupables d'écarts de conduite au plan international (Section II).

### *1. Devant les tribunaux interétatiques*

Suivant que la juridiction concernée est la CIJ (a), le TIDM (b) ou encore l'ORD de l'OMC (c), cette question est appréciée différemment. De façon générale, les tribunaux interétatiques ne semblent pas se reconnaître et exercer un pouvoir disciplinaire à l'encontre des juristes. Pour un auteur, cela est certainement dû au professionnalisme des juristes qui y interviennent<sup>1053</sup>.

---

<sup>1052</sup> Ibid.

<sup>1053</sup> Vagts, p. 260.

*a. CIJ : une question globalement ignorée*

Cette juridiction a pendant longtemps connu ce qui a été qualifié de barreau invisible avec un système d'autorégulation, c'est-à-dire que les juristes intervenant devant cette cour se contrôlaient mutuellement. Pour un auteur, le peu d'écarts de conduite à souligner est un signe que ce système a bien fonctionné<sup>1054</sup>. La cour s'est penchée sur la situation des avocats-conseils dans quelques affaires. Premièrement, dans l'affaire ELSI, la cour a ordonné qu'un des conseils des États-Unis d'Amérique (M. Giuseppe Bisconti) soit considéré comme un témoin et donc, contre-interrogé. «M. Giuseppe Bisconti s'est également adressé à la Cour au nom des États-Unis ; comme il avait eu l'occasion de se référer à des points de fait dont il avait connaissance en tant qu'avocat de la société Raytheon, le président de la Chambre a accédé à une demande de l'agent de l'Italie tendant à ce que M. Bisconti soit considéré à cet égard comme témoin. M. Bisconti, qui a fait savoir à la Chambre que la société Raytheon avait levé son immunité et qu'il y avait lui-même renoncé, s'est soumis à un contre-interrogatoire conduit par M. Highet»<sup>1055</sup>.

Deuxièmement, dans l'affaire Usines des pâtes à papier sur le fleuve Uruguay, la Cour a encore critiqué la tendance de certains experts et juristes agissant en qualité de conseils plutôt que de témoins. «S'agissant des experts qui sont intervenus à l'audience en qualité de conseils, la Cour aurait trouvé plus utile que les Parties, au lieu de les inclure à ce titre dans leurs délégations respectives, les présentent en tant que témoins-experts en vertu des articles 57 et 64 du Règlement de la Cour. Elle considère en effet que les personnes déposant devant elle sur la base de leurs connaissances scientifiques ou techniques et de leur expérience personnelle devraient le faire en qualité d'experts ou de témoins, voire, dans certains cas, à ces deux titres à la fois, mais non comme conseils, afin de pouvoir répondre aux questions de la partie adverse ainsi qu'à celles de la Cour elle-même»<sup>1056</sup>.

Troisièmement, dans l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la cour a réprimandé les parties pour la production désordonnée de documents ; celle-ci est essentiellement le fait des conseils. «Considérant que la présentation, par le demandeur, d'une série de documents jusqu'à la veille de la procédure orale, et même pendant cette procédure, dans les circonstances exposées aux paragraphes 14 et 20 ci-

---

<sup>1054</sup> Crawford, *The International Bar, Essence before Existence?* p. 350.

<sup>1055</sup> *CIJ, Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Recueil 1989*, p. 15

<sup>1056</sup> *Usines des pâtes à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt CIJ, recueil 2010*, p 72, para 167.

dessus, est difficilement compatible avec le déroulement ordonné de la procédure devant la Cour et le respect du principe de l'égalité des parties»<sup>1057</sup>.

Quatrièmement, dans l'affaire de la délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn<sup>1058</sup>, il y'a eu un incident majeur: l'authenticité de 82 documents, produits par le Qatar au soutien de ses prétentions, fut contestée par l'agent du Bahreïn. Ceux-ci furent, par la suite, retirés de la procédure sans que leur authenticité ne fût établie. La Cour ne s'est malheureusement pas penchée sur cet incident qualifié de «sans précédent»<sup>1059</sup> ou encore d'incident ayant «pollué»<sup>1060</sup> la procédure et s'est juste contentée d'en faire un exposé narratif dans sa décision finale<sup>1061</sup>. L'un des juges, M. Fortier, a toutefois décidé de souligner l'incident dans son opinion individuelle et de fustiger l'attitude de la cour. «Avant de rédiger mon opinion individuelle sur Zubarah et l'île de Janan, je tiens à relever un fait important qui est survenu au cours de la procédure et qui, à mon sens, aurait dû faire l'objet d'un commentaire dans l'arrêt. La Cour ayant choisi de ne pas aborder cette question, j'ai décidé qu'il était de mon devoir de le faire. Je veux parler des quatre-vingt-deux documents qataris dont l'authenticité a été contestée avec succès par Bahreïn ... J'estime que la Cour ne devrait pas se borner à ne tenir aucun compte de cet incident sans précédent. A mon avis, ces documents ont «vicié» tout le dossier de Qatar»<sup>1062</sup>.

Il semble même que les conseils du Qatar n'aient pas été informés de cette «fraude»<sup>1063</sup>. Un auteur va souligner le rôle prépondérant joué par les juristes internationaux recrutés par le Bahreïn dans la découverte desdits documents frauduleux<sup>1064</sup>. Une telle attitude de la cour peut paraître surprenante compte tenu du fait que ces documents constituaient le socle même de la demande du Qatar et

<sup>1057</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 325, 336-337, cité par Vagts, p. 260 et par Crawford, «The International Bar, Essence before Existence?», p. 349.

<sup>1058</sup> *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, p. 40.

<sup>1059</sup> *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, opinion individuelle de M. Fortier, p. 452, para 4.

<sup>1060</sup> Audience publique tenue le jeudi 8 juin 2000, at 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Guillaume, plaidoirie de Sir Elihu Lauterpacht, para 14.

<sup>1061</sup> Cet exposé se trouve aux paragraphes 15 à 21 de la décision finale.

<sup>1062</sup> *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, opinion individuelle de M. Fortier, p. 452, paras 1, 4.

<sup>1063</sup> *Affaire du navire Louisa*, opinion individuelle de M. Cot, juge, p.114; voir aussi Crawford, «The International Bar, essence before existence?», p. 350, note 66.

<sup>1064</sup> Volterra, pp. 244-249.

aussi compte tenu des effets potentiels d'une décision entachée d'une erreur substantielle.

Un auteur, commentant cette affaire, fit la déclaration suivante: «Perhaps the Court saw itself as charged primarily with settling disputes and not with denouncing misconduct. Attempting to assume a censorial role might have come at the cost of its effectiveness in the settlement of disputes»<sup>1065</sup>. Nous pensons que, fermer les yeux sur les cas d'inconduite des représentants des parties litigantes peut avoir un impact sur l'efficacité de cette Cour. En effet, une affaire mal réglée (compte tenu des agissements des représentants des parties) n'est pas forcément terminée. Elle peut engendrer d'autres effets et, peut-être même, empirer le différend à la base de la saisine de la Cour et finalement, avoir une incidence négative sur la mission principale de la Cour. C'est, peut-être dans ce sens qu'il faut comprendre le Juge Fortier qui ajoutait que la Cour «had a duty» de faire plus qu'un simple compte rendu des échanges entre le Qatar et Bahreïn en ce qui concerne l'authenticité des 82 documents en question. Celle-ci devait aller plus loin<sup>1066</sup>.

L'inaction de la Cour, en cas de méconduite de représentants des parties litigantes, pourrait se justifier par deux raisons au moins. D'une part, il semble que les États soient réticents à soumettre leurs représentants au contrôle des cours et tribunaux internationaux devant lesquels, ils interviennent comme parties litigantes<sup>1067</sup>. D'autre part, on pourrait aisément imaginer que le système d'autorégulation est censé s'occuper de ces écarts. Toutefois, nous pensons qu'il revient à la juridiction, devant laquelle, l'avocat s'est rendu coupable d'écarts, de sanctionner ce dernier. En ce qui concerne les juges de cette Cour, il semble y avoir deux tendances en ce qui concerne le pouvoir disciplinaire de celle-ci à l'encontre des représentants et conseils des parties litigantes. D'une part, un premier groupe de juges estiment que la souveraineté étatique ne s'oppose pas au pouvoir disciplinaire que la principale Cour peut exercer sur les représentants étatiques. Toutefois, certains autres juges pensent que la souverai-

---

<sup>1065</sup> Reisman et Skinner, p. 192. Dans ce sens, l'un de ses auteurs fera la déclaration suivante: «But publicly censuring counsel can be uncomfortable for the Court to do. In the interstate dispute, a public rebuke of counsel also says something distasteful about the State that hired (or employed) the lawyers and thus presumably instructed them on the case and provided the evidence to submit. Preferring to avoid the political costs, the Court may, if pressed to engage in public censure, become imbalanced in its discipline. It may, for instance, find itself more willing to censure private lawyers for misconduct than to censure government attorneys», Christina Parajon Skinner, *Ethical Dilemmas in Interstate Disputes* in *Alabama Law Review*, vol. 68, issue 1, 2016 p.297.

<sup>1066</sup> *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, opinion individuelle de M. Fortier, p. 453, para 11.

<sup>1067</sup> Crawford, p. 350.



neté étatique ne s'arrête pas à la porte du tribunal et qu'il appartient aux États d'assurer la représentation de leurs intérêts à leurs risques et périls<sup>1068</sup>. La question des rapports entre la souveraineté étatique et l'(in)existence d'un pouvoir de contrôle des tribunaux étatiques sur les représentants des parties sera examinée plus loin.

Au total, nous retenons que la CIJ semble réticente à réguler les avocats-conseils présents devant elle et préfère laisser cette question aux juristes eux-mêmes et aux États représentés.

*b. TIDM: une approche assez timide*

Il semble qu'un barreau invisible existe aussi devant cette juridiction<sup>1069</sup>. S'agissant de la question de la responsabilité des juristes privés, ce tribunal est tout aussi réticent à se pencher sur cette question. Il faut dire que la question de la responsabilité des juristes privés est rendue complexe du fait que ceux-ci exercent le plus souvent les fonctions de représentants étatiques, notamment dans les affaires de prompt mainlevée<sup>1070</sup>. L'un des juges du TIDM a parfaitement résumé la situation: «l'agent étant le représentant de l'État souverain, est-il concevable qu'il se retrouve sous la coupe d'une juridiction dont la compétence dépend du consentement dudit État?»<sup>1071</sup>. Toutefois, le même juge dira plus loin que «lorsqu'il s'agit d'une juridiction interétatique, comme dans le cas présent, le respect de la souveraineté d'une partie trouve sa limite dans l'atteinte à l'égalité des droits – et donc à la souveraineté – de l'autre partie. L'observation vaut en particulier pour le respect des principes éthiques fondamentaux»<sup>1072</sup>. Nous sommes aussi d'avis que la souveraineté ne saurait constituer une échappatoire pour soustraire les représentants des parties au pouvoir disciplinaire du tribunal.

Malgré quelques écarts de conduite à mettre au compte des avocats-agents et/ou conseils<sup>1073</sup>, le TIDM n'a pris aucune mesure spéciale à leur encontre. L'un de ses juges dira que ce tribunal n'a «aucun pouvoir explicite»<sup>1074</sup> pour le faire. Le

---

<sup>1068</sup> Ces propos sont ceux du juge Rosalynn Higgins, d'après un entretien réalisé par Arman Sarvarian et rapporté dans son ouvrage, *Professional Ethics at the international Bar*, p. 83.

<sup>1069</sup> Eduardo Valencia-Ospina, «International Courts and Tribunals, Agents, Counsel, and Advocates» in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, para 11.

<sup>1070</sup> *Affaire du navire Louisa*, opinion individuelle de M. Cot, juge, p. 118, para 59.

<sup>1071</sup> *Ibid.*, p. 116, para 48.

<sup>1072</sup> *Ibid.*, para 49.

<sup>1073</sup> Notamment dans les affaires *Grand Prince*, *Juno trader* et *Louisa*.

<sup>1074</sup> *Affaire du navire Louisa*, opinion individuelle de M. Cot, juge, p. 118, para 56.

fait de relever l'écart de conduite s'apparente à une sanction prise à l'encontre du juriste privé car portant atteinte à l'image et à la réputation du juriste concerné<sup>1075</sup>. Cela pourrait s'apparenter à une timide approche en matière de responsabilité.

*c. OMC : une juridiction encore balbutiante sur la question*

Avec la consécration du principe de libre représentation étatique devant cette quasi-juridiction, celle-ci a pris le soin de préciser les représentants étatiques, fussent-ils agents publics ou juristes privés, nationaux ou étrangers, devaient se conformer aux règles de procédure de cette juridiction. Quid en cas de non-respect de ces règles ? La responsabilité incombe à l'État représenté ou à son représentant fautif ? Pour cette quasi-juridiction comme pour la CIJ et le TIDM, la responsabilité incombe à l'État. Et cela, même si le juriste privé ne fait pas partie de la délégation officielle de l'État litigant. A titre illustratif, dans l'affaire Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Deuxième recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends<sup>1076</sup>, le Brésil a reproché au Canada d'avoir divulgué des documents confidentiels à des juristes privés, non membres de la délégation canadienne dans le cas du présent litige<sup>1077</sup>. Le Canada a, par contre, estimé que ceux-ci, bien qu'ayant exercé des fonctions de conseillers pour le gouvernement canadien, font aussi partie de <l'équipe chargée des contentieux> du Canada, et sont aussi assujettis à un accord de confidentialité. Il ajoute qu'une telle divulgation a été faite conformément au paragraphe 13 Procédures de travail du Groupe spécial: «Les parties et tierces parties au différend ont le droit de déterminer la composition de leurs délégations. Celles-ci peuvent comprendre, en qualité de représentants du gouvernement concerné, des juristes et des conseillers privés. Les parties et les tierces parties sont responsables de tous les membres de leurs délégations et veillent à ce que tous les membres, ainsi que les autres conseillers qu'elles pourraient consulter, se conforment aux règles du Mémoire d'accord et aux Procédures de travail du Groupe spécial, particulièrement en ce qui concerne la confidentialité des délibérations. Les parties communiquent une

---

<sup>1075</sup> «Il entache la crédibilité des affirmations avancées. Si ce manquement est relevé par la juridiction concernée, il porte atteinte à la réputation des conseils responsables dans le petit monde de la justice internationale» *ibid.*, pp. 119-120, para 63.

<sup>1076</sup> OMC, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Deuxième recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, Rapport du Groupe Spécial, WT/DS46/RW/2, adopté le 26 Juillet 2001.

<sup>1077</sup> Conformément aux articles 14 et 18 du Mémoire d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends, disponible sous <[https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/28-dsu\\_f.htm](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu_f.htm)> (20/07/2020).

liste des membres de leur délégation avant la réunion avec le Groupe spécial ou au commencement de celle-ci».

Il faut peut-être ajouter que lesdits juristes étaient aussi conseils pour une compagnie d'aéronefs canadienne. Ce qui pouvait raisonnablement fonder un conflit d'intérêt<sup>1078</sup>. Pour le Groupe spécial, les juristes privés concernés font partie de la catégorie des «autres conseillers» que les parties peuvent solliciter, puisque n'étant pas membres de la délégation du Canada<sup>1079</sup>. Toutefois, ce Groupe ajoute que «le Canada *doit veiller* à ce que les conseillers qui n'étaient pas membres de sa délégation officielle respectent la confidentialité de la présente procédure»<sup>1080</sup> (c'est nous qui mettons en italiques). Ainsi donc, le Groupe Spécial se décharge de cette mission de régulation et affirme que celle-ci incombe à l'État ayant recouru aux services desdits juristes. Cette interprétation s'inscrit dans le prolongement de l'affirmation de l'Organe d'appel selon laquelle «l'obligation d'un Membre de préserver la confidentialité [d'une] procédure s'étend également aux personnes que ce Membre choisit comme représentants, conseillers et consultants»<sup>1081</sup>. Un auteur critiquant cette décision affirme qu'une telle attitude du Groupe Spécial est susceptible de faire perdre à l'OMC son autorité «morale»: celle qui pousse les États à se conformer aux décisions de cette organisation<sup>1082</sup>. Même si le Brésil ne l'a pas fait, il est plausible d'imaginer qu'un autre pays, dans la position du Brésil, aurait pu invoquer ce problème éthique (le non-respect de la confidentialité) comme argument pour refuser d'exécuter la décision de cet organe<sup>1083</sup>.

La question du pouvoir de régulation de l'ORD sur les juristes privés qui y sont admis s'est posée. En admettant les juristes privés dans le cas de ses procédures, l'OMC aurait dû prévoir des règles de conduite et contrôle pour ceux-ci compte tenu de la sensibilité des informations qui y circulent. De telles règles n'ont malheureusement pas vu le jour. Ou plus exactement, l'OMC a édicté des Règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régis-

<sup>1078</sup> American Bar Association (ABA), Section of International Law and Practice- Recommendation and Report, *Private Counsel in the WTO Dispute Settlement Proceedings* in *Journal of International and Economic Law*, vol. 2, 1999, pp. 175-177.

<sup>1079</sup> OMC, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Deuxième recours du Canada à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, para 3.8.

<sup>1080</sup> *Ibid.*, para 3.10.

<sup>1081</sup> OMC, *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, Rapport de l'Organe d'Appel, WT/DS70/AB/RW, adopté le 20 août 1999, para 141.

<sup>1082</sup> Priscila McCalley, *The Dangers of Unregulated Counsel in the WTO* in *Georgia Journal of Legal Ethics*, vol. 18, 2005, p. 984.

<sup>1083</sup> *Ibid.*

sant le règlement des différends<sup>1084</sup> qui, malheureusement, n'incluent pas les juristes dans leur champ d'application. Celles-ci s'appliquent, en effet, à «toute personne :

- a) faisant partie d'un groupe spécial;
- b) siégeant à l'Organe d'appel permanent;
- c) agissant en tant qu'arbitre conformément aux dispositions mentionnées à l'annexe «1a»; ou
- d) participant en qualité d'expert au mécanisme de règlement des différends conformément aux dispositions mentionnées à l'annexe «1b»<sup>1085</sup>. Une telle non-inclusion s'expliquerait par les racines diplomatiques de l'OMC dans le GATT<sup>1086</sup>. Toutefois, des voix s'élèvent en faveur d'une consécration de cette régulation par l'OMC. Déjà en 1999, l'American Bar Association (l'association du barreau américain) militait pour une régulation de tels juristes<sup>1087</sup>.

Dans l'affaire Thaïlande – Droits Antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne, l'on a constaté une violation des règles de confidentialité. La Thaïlande, qui tenait le cabinet juridique Hogan & Hartson L.L.P pour responsable de cette divulgation, va demander au Groupe d'Appel de prendre certaines mesures à l'encontre dudit cabinet. Celles-ci allaient de l'exclusion de tout avocat ou cabinet juridique, ayant divulgué la teneur de la communication de la Thaïlande, de la procédure d'appel à l'exigence faite à ces avocats ou cabinets juridiques de donner l'assurance qu'ils avaient détruit ou renvoyé à l'Organe d'appel toutes les copies de la communication écrite de la Thaïlande ou tous les documents écrits qui étaient fondés

---

<sup>1084</sup> Adoptées le 11 décembre 1996, WT/DSB/RC/1, disponible sous <[https://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/rc\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/rc_f.htm)> (20/07/2020).

<sup>1085</sup> Voir article IV *Règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*

<sup>1086</sup> McCalley, p. 981.

<sup>1087</sup> «Procedures for allowing private counsel to play a role should require all such lawyers to execute a statement binding him or her to adhere to a Code of Conduct developed by the WTO through the DSB Secretariat, which would prohibit unauthorized disclosure of confidential information ... Sanctions for the violation of such commitment would include removal from the pending dispute proceeding, disbarment from future WTO proceedings, and referral of the violation to the appropriate bar or other professional association for appropriate sanctions. The prestige attached to the opportunity to participate in a WTO dispute settlement proceeding would, for practical purposes, serve as a strong incentive for private counsel to conduct themselves in a manner which would insure their continued participation in the ongoing, as well as future proceedings», American Bar Association (ABA), Section of International Law and Practice- Recommendation and Report, *Private Counsel in the WTO Dispute Settlement Proceedings*, pp. 176-177.

sur cette communication ou qui s'y réfèrent<sup>1088</sup>. Toutefois, le tribunal va préférer rappeler la règle selon laquelle il appartient aux États litigants de respecter les règles de confidentialité et de s'assurer que leurs représentants, conseillers et consultants s'y conforment aussi<sup>1089</sup>. Le fait que le cabinet juridique décida de mettre fin à sa collaboration avec la Pologne ne permit pas à l'Organe d'Appel de répondre à cette demande mais la Thaïlande revint à la charge en demandant, notamment, à l'Organe d'Appel de préciser le sens de l'explication donnée par la Pologne selon laquelle cette dernière avait accepté la proposition faite par Hogan & Hartson L.L.P. en vue de cesser d'exercer auprès d'elle les fonctions de conseil juridique dans le présent appel. La Thaïlande demanda aussi à l'Organe d'Appel d'examiner quelles autres dispositions devaient être prises pour dissuader les Membres de l'OMC d'enfreindre les règles dans des affaires futures. Ces dispositions incluent-elles des sanctions à l'encontre des juristes privés, présents dans les délégations étatiques, et coupables de violation de règles de confidentialité? La question reste ouverte.

Au total, il faut retenir que l'OMC est assez balbutiante sur la question de la régulation des juristes privés. Quid dans le cas des tribunaux mixtes, et plus précisément l'arbitrage d'investissement, où les intérêts étatiques se confrontent aux intérêts privés? Comment réagissent les tribunaux sur la question de la responsabilité des avocats-agents et/ou conseils?

## 2. *Devant les tribunaux arbitraux d'investissement: diversité d'approches*

Ces tribunaux ont été, à plusieurs fois, confrontés à des cas de méconduite de juristes privés. Comment ont-ils réagi? Ont-ils invoqué la responsabilité personnelle de ceux-ci? La question de l'exclusion d'un représentant étatique sur la base de ce pouvoir inhérent n'a pas reçu de réponse définitive<sup>1090</sup>. Dans l'affaire *Hrvatska*, le tribunal a exclu le conseil représentant l'État de Slovaquie<sup>1091</sup>. Mais dans l'affaire *Romp petrol*, les arbitres, après avoir rappelé que la décision de l'affaire *Hrvatska* ne constituait pas un précédent obligatoire, ont jugé qu'il n'y avait pas lieu d'exclure le conseil en question et que l'intégrité des procédures en cours ne nécessitait pas une telle exclusion<sup>1092</sup>. Par ailleurs, lesdits arbitres ont plaidé pour une limitation de ce pouvoir qui doit, par ailleurs, être exercé de façon exceptionnelle et pour des circonstances impérieuses<sup>1093</sup>. Même avec

---

<sup>1088</sup> OMC, *Thaïlande – Droits Antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne*, p. 21, para 67.

<sup>1089</sup> *Ibid.*, p. 21, para 68.

<sup>1090</sup> Voir Ière partie, Chapitre I, Section I, § 2.

<sup>1091</sup> *Hrvatska v. Slovenia*.

<sup>1092</sup> *Romp petrol v. Romania*.

<sup>1093</sup> *Ibid.*, p. 12.

l'analyse d'autres sentences arbitrales, il n'est pas toujours évident de dégager une tendance claire des tribunaux arbitraux d'investissement (CIRDI notamment) en matière de pouvoir disciplinaire à exercer à l'encontre des avocats/conseils.

*a. L'affaire Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines*

Dans cette affaire<sup>1094</sup>, un avocat-conseil a agi contre ses anciens clients sans révéler ce lien antérieur; ce qui était susceptible de créer des conflits d'intérêts. En l'espèce, l'un des conseils de l'entreprise Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, à savoir M. Éric Schwartz du cabinet Dewey & Leboeuf, avait déjà agi pour le compte du gouvernement philippin, dans une autre affaire qui était toujours en cours devant la Chambre de Commerce Internationale (CCI)<sup>1095</sup>. Voir donc ce conseil intervenir devant le tribunal CIRDI mais, cette fois-ci, contre le gouvernement philippin n'a pas manqué de faire réagir ce dernier qui a demandé la disqualification de ce conseil au motif qu'il pourrait faire usage d'informations confidentielles reçues lorsqu'il agissait pour le compte du gouvernement philippin<sup>1096</sup>. Pour le conseil, il n'est pas intervenu pour le compte des Philippines dans un arbitrage CCI, et n'a jamais travaillé pour ce dernier; par conséquent, il estime n'avoir pas violé d'obligation éthique<sup>1097</sup>. Par ailleurs, il estime que l'Autorité de l'Aéroport International de Manille et l'État de Philippines sont deux personnes différentes et, par conséquent, il n'y a pas de conflit d'intérêt avec un ancien client<sup>1098</sup>.

Il est constant que M. Schwartz, à l'époque, juriste au cabinet FreshField Bruckhaus Deringer, est intervenu brièvement dans l'arbitrage CCI, pour le compte de l'Autorité de l'Aéroport International de Manille avant que sa participation ne soit contestée par l'autre partie litigante au motif que le cabinet FreshField Bruckhaus Deringer avait déjà agi pour le compte de la Banque Asiatique de Développement, en relation avec l'objet du litige. Finalement, le cabinet FreshField Bruckhaus Deringer s'était retiré de l'arbitrage CCI<sup>1099</sup>.

Toutefois, M. Schwartz souligne que durant son bref mandat pour l'Autorité de l'Aéroport International de Manille, (moins de trois jours ouvrables), il n'a rien

---

<sup>1094</sup> Fraport v. Philippines.

<sup>1095</sup> Il s'agit de l'affaire ICC Case No 12610: *Philippine International Air Terminals Co Inc* (<PIATCO') v *The Government of the Republic of the Philippines (acting through the Department of Transportation and Communications* (<DOTC') *and the Manila International Airport Authority*) (<MIAA') (<the ICC Arbitration').

<sup>1096</sup> Fraport v. Philippines, para 16-17.

<sup>1097</sup> Ibid., para 18.

<sup>1098</sup> Ibid, para 34.

<sup>1099</sup> Ibid, para 21-23.

fait d'autre que de lire le dossier ICC et que le cabinet n'a pas facturé de frais pour une quelconque prestation<sup>1100</sup>. Pour l'État philippin toutefois, il y a une présomption irréfragable que M. Schwartz a acquis des informations confidentielles<sup>1101</sup>.

Sur la question de la régulation, le tribunal estime ne pas avoir de «responsabilités déontologiques» sur les représentants légaux des parties litigantes encore moins le «pouvoir de se prononcer sur une allégation d'inconduite en vertu des règles professionnelles applicables. Sa préoccupation est donc limitée au bon déroulement de la procédure devant lui»<sup>1102</sup>. Une telle affirmation peut paraître surprenante étant donné le fait que la conduite de ces conseils peut affecter le bon déroulement de la procédure et même la légitimité du tribunal lui-même. De plus, l'organe arbitral a limité la portée des codes de conduites national et supranationaux qui, selon lui, ne lient pas les tribunaux internationaux<sup>1103</sup>.

*b. L'affaire Foresti v. South Africa*

Dans cette affaire<sup>1104</sup>, un avocat de l'État sud-africain, Seth Nthai SC, était soupçonné d'avoir demandé des pots de vin à la partie adverse. Les faits reprochés au juriste étaient particulièrement graves<sup>1105</sup>. Il lui était reproché d'avoir sollicité un pot-de-vin de 5 millions de rands à la partie adverse et, en contrepartie, il persuaderait «son» propre client (c'est-à-dire l'État sud-africain) de payer ses propres frais dans le cadre de la procédure d'arbitrage sans exiger leur paiement au demandeur<sup>1106</sup>. Il a aussi «divulgué, à la partie adverse, des renseignements privilégiés et confidentiels concernant la république sud-africaine, le représentant légal, le préjudice réel ou potentiel de son client»<sup>1107</sup>. Il semble avoir fait passer ses propres intérêts au détriment de ceux de la partie représentée. Face à un tel écart de conduite avéré, le tribunal n'a pas pris de mesure particulière. Il semble que le tribunal n'était pas informé des agissements du juriste en question<sup>1108</sup>. Toujours en est-il que le tribunal s'est contenté d'indiquer, dans sa décision, que ledit avocat a représenté le défendeur jusqu'au 22 décembre 2009, date à

---

<sup>1100</sup> Ibid, para 26.

<sup>1101</sup> Ibid, para 29.

<sup>1102</sup> Ibid, para 39.

<sup>1103</sup> Ibid, para 40-41.

<sup>1104</sup> *Piero Foresti & Others v. South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, Award, 4 August 2010, (Foresti v. South Africa).

<sup>1105</sup> Ceux-ci sont résumés des paragraphes 31 à 36.

<sup>1106</sup> Ibid, para 31.

<sup>1107</sup> Ibid.

<sup>1108</sup> Sarvarian, p. 17.

laquelle, l'organe arbitral a été informé que M. Nthai avait été retiré en tant que représentant de l'Afrique du Sud<sup>1109</sup>.

Cette affaire ne restera pas en l'état car les autorités nationales sud-africaines se saisiront de l'affaire avec, à la clé, une radiation des barreaux de Pretoria et de Johannesburg<sup>1110</sup>.

*c. L'affaire Pope & Talbot v. Canada (arbitrage CNUDCI)*

Dans l'affaire *Pope & Talbot v. Canada*, réglée selon les règles d'arbitrage CNUDCI, le représentant du demandeur, M. Barry Appleton, a rendu public des documents que les représentants du défendeur avaient, par inadvertance, envoyés au tribunal et au demandeur alors que ces documents étaient censés être confidentiels. Les représentants du défendeur ne se sont rendu compte de l'erreur que lorsque les documents en question sont apparus et ont été discutés par ledit conseil dans la presse. Ce dernier a reconnu être à l'origine de cette fuite, contrairement aux règles procédurales qui exigeaient la confidentialité des soumissions des parties. Pour le tribunal, ces agissements étaient soit une « violation intentionnelle » de l'ordonnance de procédure N° 1 dudit tribunal ou un « mépris total » de cette ordonnance<sup>1111</sup>. Toutefois, l'organe arbitral, plutôt que de sanctionner directement le conseil indélicat, a condamné le demandeur à verser la somme de 10'000 US\$ au défendeur tout en formulant le souhait que le conseil en cause assumera personnellement le paiement de cette somme, due compte tenu de ses agissements. « The Tribunal accordingly directs the Investor to pay to the Respondent the sum of US\$ 10,000 no later than October 11, 2000. 12. In so directing, the Tribunal expresses the wish that Mr. Appleton will recognize that it is his conduct which has resulted in this direction being made against the Investor and, consequently, that he will voluntarily personally assume those costs »<sup>1112</sup>. De plus, le tribunal espère que « Mr. Appleton will make the present Decision public, as he has all of the Tribunal's previous Awards, Decisions and Orders »<sup>1113</sup>. Pour un auteur, cette démarche est efficace puisqu'elle portera atteinte à la réputation dudit conseil : « A public rebuke of this sort could be an effective deterrent as well as meaningful punishment, particularly for private attorneys whose reputation wins and keeps their high-paying clients »<sup>1114</sup>. L'effi-

---

<sup>1109</sup> *Foresti v. South Africa*, para 6.

<sup>1110</sup> *Infra* Section II, A, 1.

<sup>1111</sup> *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, UNCITRAL Arbitration Rules, Decision on Confidentiality, (27 September 2000), para 8.

<sup>1112</sup> *Ibid.*, paras 11-12.

<sup>1113</sup> *Ibid.*, para 13.

<sup>1114</sup> Christina Parajon Skinner, *Ethical Dilemmas in Inter-State Disputes* in *Alabama Law Review*, vol. 68, issue 1, 2016, p. 297.



cacité d'une telle sanction (que l'on pourrait qualifier d'indirecte) peut prêter à confusion. Pourquoi ne pas sanctionner directement le conseil et se borner à formuler des souhaits?

*d. L'affaire Libanaco Holdings Co vs Turkey*

Dans cette affaire, le tribunal estime que l'affirmation selon laquelle le défendeur et son conseil ont eu accès à des documents confidentiels n'est pas fondée. Il ajoute que si une telle affirmation était fondée, il se réserve le droit de considérer d'autres solutions à l'exception de l'exclusion des preuves ou informations obtenues de façon illégale. Lesdites solutions incluent-elles l'exclusion du conseil ayant eu accès auxdits documents<sup>1115</sup>? La question reste ouverte.

*e. Le point de vue de la doctrine*

Cette question du pouvoir disciplinaire du tribunal arbitral sur les représentants des parties (ce qui inclut les représentants étatiques) est une question controversée. L'intérêt de la prise en compte de la doctrine dans cette analyse est dû au fait que beaucoup d'auteurs ont exercé à plusieurs reprises les fonctions d'arbitres dans les affaires d'investissement.

Pendant longtemps, beaucoup d'auteurs étaient opposés à la dévolution d'un quelconque pouvoir disciplinaire, sur les représentants des parties litigantes, à l'organe arbitral. Dans ce sens, un auteur dira que la mission de l'arbitre est de résoudre un différend entre deux parties et non de surveiller la conduite de leurs représentants<sup>1116</sup>. Un autre ajoutera que la compétence des arbitres se limite aux parties litigantes et ne s'étend pas à leurs représentants «The party representatives do not submit themselves personally to the jurisdiction of the arbitration tribunal. They are not a party to the proceedings and cannot be made a party to (side-) proceedings without their consent and, indeed, probably also of the parties as the masters of the arbitration agreement»<sup>1117</sup>.

Toutefois, avec la multiplication des écarts de conduite dont sont coupables les représentants des parties sans oublier la prolifération des tactiques guerrières qui peuvent facilement agacer le tribunal, de plus en plus de voix s'élèvent en faveur de la reconnaissance d'un pouvoir de régulation au tribunal arbitral. Schwebel

---

<sup>1115</sup> *Libanaco Holdings Co vs Republic of Turkey*, ICSID Case No. Arb/06/8, Decision on Preliminary Issues, 23 June 2008, p. 40, para. 80.

<sup>1116</sup> Paulsson, p. 215.

<sup>1117</sup> Felix Dasser, *A Critical Analysis of the IBA Guidelines on Party Representation*, in Christoph Müller et al. (eds), *New Developments In International Commercial Arbitration*, Schulthess, Zurich, 2014, p. 84; Ugo Draetta, *Counsel As Client's First Enemy In Arbitration?* JurisNet, New York, 2014, p. 115.

pense que les tribunaux devraient être dotés du pouvoir de sanctionner les parties ou leurs conseils qui multiplient ou abusent des tactiques guerrières<sup>1118</sup>. Selon Wilske, accepter que le tribunal arbitral puisse sanctionner les parties pour mauvaise conduite, mais ne puisse pas sanctionner leurs conseils en cas de faute de ceux-ci alors qu'ils maîtrisent le mieux les subtilités de la procédure est illogique<sup>1119</sup>. Pour lui, la compétence du tribunal arbitral devrait s'étendre aux juristes. La même tendance s'observe lorsqu'on analyse les récents textes adoptés tels que les Lignes directrices de l'AIB sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international<sup>1120</sup> ainsi que les règles d'arbitrage de la LCIA<sup>1121</sup> qui permettent au tribunal de sanctionner un représentant d'une partie en cas de méconduite.

Au total, nous retenons que les tribunaux sont assez réticents à sanctionner les juristes privés agissant pour le compte d'acteurs étatiques. Ils préfèrent en attribuer à l'État la responsabilité. Tout au plus, ils ont réprimandé quelques avocats indélicats ou imposé dans sanctions financières à l'État représenté (une sorte de sanction indirecte) tout en laissant à celui-ci, le soin d'apprécier l'opportunité de se retourner contre le juriste concerné.

## **Section II: Quelle place pour les tribunaux internationaux dans la régulation des avocats et conseils?**

Avant d'analyser la place que les tribunaux internationaux devraient, à notre avis, jouer dans la régulation des juristes privés intervenant dans le procès international (B), nous examinerons la question de savoir si une autre autorité est en mesure d'exercer un contrôle disciplinaire sur ces juristes (A), pour ne pas que ceux-ci opèrent dans un *no man's land* éthique suivant l'expression d'un auteur<sup>1122</sup>.

---

<sup>1118</sup> Stephen M. Schwebel, *In Defense of Bilateral Investment Treaties* in *Arbitration International*, vol. 31, n° 2, 2015, p. 191.

<sup>1119</sup> Stephan Wilske, « *Sanctions against Counsel in International Arbitration – Possible, Desirable or Conceptual Confusion?* » p. 163.

<sup>1120</sup> Article 26 des *Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international*, Approuvées le 25 mai 2013 par le Conseil de l'International Bar Association.

<sup>1121</sup> Article 18 para 6 des LCIA Arbitration Rules, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2014.

<sup>1122</sup> Rogers, « *Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration*, pp. 341-342.

### **A. A l'exception des tribunaux internationaux, existe-il des autorités pouvant réguler les avocats et conseils du procès international?**

En dehors des tribunaux internationaux, plusieurs autres autorités ont été proposées pour la régulation des juristes intervenant au niveau international. Il s'agirait ainsi du barreau d'origine de l'avocat, des tribunaux nationaux de l'État d'origine du juriste, des juridictions nationales du siège de l'arbitrage, des tribunaux du lieu d'exécution de la sentence arbitrale, de l'institution arbitrale dont les règles régissent l'arbitrage<sup>1123</sup>, d'un système d'autorégulation par les avocats eux-mêmes<sup>1124</sup> ou encore un conseil mondial d'éthique en matière d'arbitrage. Cette dernière proposition a été faite par le président de l'Association Suisse d'Arbitrage, M. Elliott Geisinger<sup>1125</sup>. Certaines d'entre ces propositions sont limitées au seul cadre de l'arbitrage. Nous allons en discuter précisément les deux qui nous semblent les plus pertinentes. Le barreau d'origine de l'avocat (1) et les tribunaux nationaux de l'État représenté (2).

#### *1. Le barreau d'origine de l'avocat*

Le barreau d'origine de l'avocat, coupable de méconduite, apparaît comme l'autorité naturelle de contrôle de ce dernier. C'est auprès de celui-là que celui-ci est affilié. Le barreau possède la compétence d'édicter des règles éthiques applicables à ses membres et aussi la capacité de prendre des mesures disciplinaires en cas de faute. Dans l'affaire *Foresti vs. South Africa*, l'inconduite du juriste a fait l'objet de poursuites au niveau local, suite à une plainte du Procureur Général de l'État Sud-africain. L'identité de nationalité entre l'État représenté et l'avocat fautif, a certainement facilité de telles poursuites. C'est ainsi qu'un comité disciplinaire fut mis en place pour enquêter sur la conduite dudit avocat. Après les investigations, l'avocat fut reconnu coupable de tentative de corruption, de manque de diligence dans la défense des intérêts de l'État sud-africain :

«He corruptly, improperly and dishonestly attempted to procure payment of a sum of R5 million to himself in consideration for advising and persuading his own client to pay its own costs in the arbitration proceedings should the claimants discontinue the arbitration proceedings; he placed his own personal financial interest

---

<sup>1123</sup> Charles (<Chip>) B. Rosenberg, M. Imad Khan, <*Who Should Regulate Counsel Conduct in International Arbitration?*>, Kluwer Arbitration Blog, April 18 2016, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/04/18/who-should-regulate-counsel-conduct-in-international-arbitration/>> (20/07/2020).

<sup>1124</sup> Pour James Crawford, la proposition d'autorégulation semble réaliste compte tenu de l'opposition manifeste des États à la régulation des juristes intervenant pour leur compte, Crawford, *The International Bar, Essence before Existence?* p. 350.

<sup>1125</sup> Elliott Geisinger, <President's Message: Counsel Ethics in International Arbitration – Could One Take Things a Step Further?> *ASA Bulletin*, vol. 32, issue 3, 2014, p. 455.

above the interests of his client, to the actual or potential prejudice of his client; he established a relationship with Marcenaro, a representative of the claimants, which compromised the legitimate expectation of Nthai's client that his advice with respect to the conduct of the arbitration proceedings would be honest and independent; he entered into and engaged in settlement discussions with a representative of the claimants, without any authority to do so, and with a view to advancing his own personal financial interests rather than the interests of his client; he disclosed privileged and confidential client – legal representative information to the opposing party, to the actual or potential prejudice of his client; he betrayed the confidence which his client and his instructing attorney had placed in him to honestly, objectively and independently advance its interests in the arbitration proceedings»<sup>1126</sup>.

En conséquence, il fut radié des barreaux de Pretoria et de Johannesburg. Il s'agit d'une sanction extrême et assez rare. Toutefois, laisser au barreau d'origine, la charge de la discipline de l'avocat n'est pas sans difficulté. Il faut rappeler que, tout d'abord, certains tribunaux internationaux rejettent l'idée d'une régulation par les organismes nationaux. Un tribunal CIRDI qualifiera cette solution <d'inacceptable> car pouvant déboucher sur des incohérences ou de l'arbitraire<sup>1127</sup>.

Une seconde difficulté est relative à la confidentialité. En effet, les parties devant les juridictions internationales sont astreintes à une obligation de confidentialité. Cette obligation pourrait pousser la partie, désavantagée par l'attitude de l'avocat en question, à y réfléchir à plusieurs fois avant de décider d'alerter le barreau national relativement à un écart de conduite et aussi, aux faits et documents à révéler au barreau national. Peut-être que la juridiction internationale serait mieux indiquée, dans ce sens, pour saisir le barreau national.

«In practice, the relevant question would be whether a Taiwanese attorney would report opposing counsel qualified in Japan to the Japanese Bar Association when the seat of arbitration is Singapore and the applicable law is the law of New York. Even if an attorney exposed to guerrilla warfare would in fact decide to report opposing counsel to his or her bar association, counsel must be mindful of a duty of confidentiality when reporting, because documents to substantiate such complaint may be confidential. In all likelihood, bar associations will rarely be able to do anything in a timely manner to manage this problem»<sup>1128</sup>.

---

<sup>1126</sup> Voir le Rapport du comité disciplinaire dans l'affaire Seth Nthai, 06 avril 2010, para 24, disponible sous <<https://constitutionallyspeaking.co.za/report-of-the-disciplinary-committee-in-adv-seth-nthai-case/>> (20/07/2020).

<sup>1127</sup> Hrvastka Elektropriveda, para 23.

<sup>1128</sup> Wilske, Sanctions against Counsel in International Arbitration – Possible, Desirable or Conceptual Confusion? p. 152.

Une troisième difficulté est relative au moment de la saisine. En effet, le barreau national peut difficilement agir en temps utile compte tenu du fait que les faits se déroulent devant une autre instance (le tribunal international). La plupart du temps, le barreau est saisi après la clôture de la procédure devant l'instance internationale. Dans ce sens, un tribunal arbitral a estimé que confier la régulation des juristes intervenant devant les tribunaux internationaux aux organes nationaux de régulation peut perturber la procédure internationale<sup>1129</sup>. Si un temps trop long s'écoule entre les faits incriminés et leur examen par l'autorité nationale, il peut se poser la question de l'utilité dudit examen sans oublier que l'écoulement du temps peut affecter la preuve à apporter. Cela peut aussi entraîner des délais et/ou des coûts supplémentaires. Il faut aussi faire remarquer que le contrôle différencié par le barreau national peut fonder aussi une tactique guerrière à savoir multiplier les écarts au niveau international pour remporter le procès (la fin justifie les moyens) et ensuite faire face à une hypothétique sanction par le barreau d'origine.

La quatrième difficulté est liée au fait que les juristes agissant au niveau international ne sont pas tous affiliés à un barreau national. Il y a donc un risque de soustraire une partie importante de conseils à une quelconque régulation si le pouvoir disciplinaire devait être assumé par le barreau local.

D'un point de vue concurrentiel, cette solution comporte un double risque, à savoir celui de diluer les exigences éthiques nationales afin de permettre aux juristes locaux de pouvoir avoir une plus grande marge de manœuvre au niveau international<sup>1130</sup> et le risque de traitement inégalitaire car certains États pourraient sanctionner leurs juristes pour certaines conduites contraires à l'éthique au niveau local mais qui, seraient saluées, par d'autres États. «Moreover, reporting warnings to national disciplinary authorities can impact counsel's standing and ability to obtain further employment. This is particularly problematic if defense counsel have received warnings for acts that would not breach their own national ethical standards. Accusations of unprofessional conduct «are easily formed and hard to dismiss.» There are regrettably several examples of allegations being carelessly leveled at defense counsel that ultimately were found to have no basis»<sup>1131</sup>.

Certes, les barreaux nationaux doivent être associés au contrôle des juristes intervenant devant les instances internationales, toutefois, il ne nous semble pas judicieux de confier à ces barreaux, la responsabilité exclusive de ce contrôle.

---

<sup>1129</sup> Hrvatska v. Slovenia, para 23.

<sup>1130</sup> McCalley, p. 984.

<sup>1131</sup> Gibson, p. 703; voir aussi Carolyn B. Lamm, Chiara Giorgetti et Hansel T. Pham, *Has the Time Come for an ICSID Code of Ethics for Counsel?* pp. 281-284.

Devant la CPI par exemple, les autorités nationales peuvent nommer l'un des membres du conseil de discipline chargé d'examiner et, au besoin, sanctionner les fautes commises par les juristes (article 36 al. 5 du code de conduite professionnelle des conseils). La collaboration entre le barreau national et le Comité de Discipline peut aussi prendre la forme de consultation ou de communication (article 38 al. 2 dudit code).

## 2. *Les tribunaux nationaux de l'État représenté*

Les tribunaux internationaux sont assez réticents à engager la responsabilité personnelle des avocats/conseils. Ils préfèrent laisser cette tâche à l'État représenté, au travers notamment de ses tribunaux nationaux. Prenons un cas théorique : Un avocat anglais, agissant pour le compte de l'État burkinabè, s'est rendu coupable d'écarts de conduite dans le cadre d'un arbitrage d'investissement, contre un investisseur chinois. Ledit arbitrage était organisé sous les auspices de la CPA, avec application du Règlement CNUDCI. L'autorité arbitrale décide de ne pas se pencher sur la conduite du juriste mais préfère laisser cette question aux juridictions de l'État représenté, c'est-à-dire, aux tribunaux burkinabè. Comment ces derniers se sentiraient ?

Il se peut que les tribunaux nationaux soient réticents à se pencher sur des allégations d'inconduite commis par un juriste, provenant peut-être d'une culture juridique différente, commis devant un autre tribunal (international).

De plus, l'on peut s'interroger sur la capacité de certains États à exercer un quelconque pouvoir disciplinaire sur un juriste étranger (notamment s'il provient d'une grande étude d'avocats multinationale) alors même que ceux-ci, par manque de ressources nationales qualifiées, ont justement fait appel à de tels juristes étrangers pour assurer la défense de leurs intérêts.

En outre, une telle régulation pourrait interférer avec la procédure devant la juridiction internationale sans oublier les possibles délais additionnels et coûts supplémentaires<sup>1132</sup>. Dans l'affaire Yukos, par exemple, lorsque les tribunaux américains ont été saisis d'une requête de discovery, ils ont préféré ne pas l'accorder en estimant justement que cela pourrait interférer avec l'appel interjeté devant la Cour d'appel de La Haye<sup>1133</sup>. Il faut ajouter à cela la question de la confidentialité si la cour nationale doit prendre connaissance des pièces de procédure de la juridiction internationale supposées confidentielles<sup>1134</sup>.

---

<sup>1132</sup> William S. J. Rowley, *Guerrilla Tactics and Developing Issues in Guerrilla Tactics In International Arbitration*, pp. 20, 24.

<sup>1133</sup> *Supra*, pp. 145-146.

<sup>1134</sup> Wilske, p. 151.

Par ailleurs, les tribunaux internationaux estiment ne pas être liés par les actes des autorités nationales. Ainsi, le Comité, dans l'affaire *Fraport v. Philippines*, soulignait l'inapplicabilité, au plan international, des actes et décisions des autorités nationales<sup>1135</sup>.

Exceptionnellement, les tribunaux américains se sont prononcés à plusieurs fois sur des cas d'inconduite de conseils devant des tribunaux internationaux. Dans un cas, par exemple, un tribunal s'est estimé compétent et a condamné l'avocat William B. Flynn et le cabinet d'avocats *McCabe & Flynn, LLP*, au paiement d'une amende financière (20,000 USD)<sup>1136</sup>. Dans une autre affaire, un autre tribunal a affirmé manquer de pouvoirs inhérents pour apprécier la question du contrôle de l'avocat, soupçonné d'inconduite au niveau international<sup>1137</sup>. Certes, ces cas ne concernent pas des affaires impliquant des États mais ils sont assez révélateurs de l'attention portée par les tribunaux nationaux aux agissements de juristes devant les instances internationales. Cette solution semble davantage soulever de questions que d'apporter de réponses au problème du contrôle de l'avocat au plan international.

Il ressort clairement que la question de la régulation des juristes privés au niveau international demeure irrésolue. Les règles éthiques ne sont pas assez claires même s'il est possible de dégager quelques règles minimales notamment par interprétation des traditions juridiques communes. La question de l'autorité chargée d'exercer le pouvoir disciplinaire demeure encore débattue car aucune autorité ne se dégage clairement parmi les multiples propositions faites. Il faut ajouter à cela, l'absence de coordination entre ces différentes autorités. Toutefois, nous estimons que les tribunaux internationaux demeurent la meilleure option pour la régulation des juristes, malgré l'apparente opposition des États à cet effet. En plus de leur pouvoir à cet effet, nous pensons qu'une régulation par les tribunaux internationaux résoudrait plusieurs problèmes pratiques et contribuerait à renforcer leur légitimité.

## **B. Responsabilité des juristes privés et pouvoirs inhérents des tribunaux internationaux**

Comme nous l'avons vu plus haut (voir première partie, chapitre 1, section I, B, 1), les tribunaux internationaux bénéficient de pouvoirs inhérents pour leur permettre de mener à bien la mission juridictionnelle. Dans cette partie, nous dé-

---

<sup>1135</sup> *Fraport v. Philippines*, para 40-41.

<sup>1136</sup> *Landmark Ventures, Inc. v. Stephanie Cohen, and the International Chamber of Commerce*, No. 13 Civ. 9044 (JGK) (S.D.N.Y. Nov. 25, 2014), cité par Wilske, p. 151.

<sup>1137</sup> *Positive Software Solutions, Inc. v. New Century Mortgage Corporation v. Ophelia F. Camina*, No. 09-10355, under IV (5th Cir., Sept. 13, 2010), cité par Wilske, p. 151.

montrons que ces pouvoirs incluent le pouvoir disciplinaire à l'encontre des représentants des parties litigantes intervenant devant eux.

*1. Les pouvoirs inhérents incluent-ils le pouvoir disciplinaire ?*

Nous pensons que les pouvoirs inhérents incluent la possibilité d'édicter des règles de conduite applicables aux conseils intervenant devant ces juridictions. Par exemple, les Instructions de Procédure, édictées par la CIJ, contiennent des dispositions relatives aux juristes privés, non seulement en ce qui concerne l'identité des personnes susceptibles d'être retenues en qualité de représentants des États, mais aussi s'agissant de toutes ces règles encadrant la procédure, notamment les pièces de procédures, les plaidoiries et s'appliquant de façon indirecte aux avocats-conseils.

D'ailleurs, une telle vision est corroborée par les récents textes relatifs à la conduite des conseils intervenant au niveau international. Ainsi, le préambule des Principes de La Haye affirme que «les cours et tribunaux internationaux ont un pouvoir inhérent et un devoir de mener la procédure devant eux de manière à assurer que les parties sont traitées équitablement et équitablement et peuvent décider d'atteindre cet objectif en prenant des décisions procédurales ou autres concernant le rôle et la conduite des avocats» (c'est nous qui traduisons)<sup>1138</sup>.

Dans le même ordre d'idée, l'article 26 des Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international liste certaines sanctions que le tribunal peut prendre en cas de méconduite avérée d'un avocat.

«Si le Tribunal Arbitral, après en avoir informé les Parties et leur avoir donné une occasion raisonnable d'être entendues, constate que le Représentant d'une Partie a commis une Violation, le Tribunal Arbitral peut, selon les cas :

- (a) admonester ce Représentant d'une Partie ;
- (b) en tirer les conclusions qui s'imposent dans son appréciation de la preuve invoquée raisonnables quant à l'évaluation des preuves visées ou des arguments juridiques avancés par ce Représentant d'une Partie ;
- (c) prendre en compte la Violation commise par ce Représentant d'une Partie dans la répartition des coûts de l'arbitrage en indiquant au besoin comment et dans quelle mesure cette Violation a conduit le Tribunal à une répartition différente de ces coûts ;
- (d) prendre toute autre mesure appropriée afin de préserver l'équité et l'intégrité de la procédure»<sup>1139</sup>.

---

<sup>1138</sup> Préambule des Principes de La Haye.

<sup>1139</sup> *Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international*.



Les règles d'arbitrage de la LCIA abondent aussi dans le même sens, notamment l'article 18.6 of LCIA arbitration Rules qui propose une liste de sanctions que le tribunal arbitral peut prendre à l'encontre du représentant d'une partie litigante, après avoir consulté les parties litigantes et avoir donné audit représentant une opportunité de s'expliquer sur son comportement incriminé. Même si ces textes sont non-contraignants, on peut affirmer qu'il y'a un début de formalisation d'un pouvoir disciplinaire sur les juristes privés, au bénéfice des tribunaux internationaux.

A titre de comparaison, les juridictions supranationales européennes (Cour de justice de l'Union Européenne et Cour européenne des droits de l'homme) bénéficient d'un tel pouvoir disciplinaire sur les représentants des litigants ; ce qui inclut aussi les représentants étatiques puisque les États peuvent initier des procédures ou être atraits devant ces juridictions. Ainsi, aux termes des alinéas 1 et 2 de l'article 55 du Règlement CJUE<sup>1140</sup>:

«1. Si la Cour estime que le comportement d'un agent, conseil ou avocat devant la Cour est incompatible avec la dignité de la Cour ou avec les exigences d'une bonne administration de la justice, ou que cet agent, conseil ou avocat use des droits qu'il tient de ses fonctions à des fins autres que celles pour lesquelles ces droits lui sont reconnus, elle en informe l'intéressé. Si la Cour en informe les autorités compétentes dont relève l'intéressé, une copie de la lettre adressée à ces autorités est transmise à ce dernier.

2. Pour les mêmes motifs, la Cour peut, à tout moment, l'intéressé et l'avocat général entendus, décider d'exclure, par ordonnance motivée, un agent, un conseil ou un avocat de la procédure. Cette ordonnance est immédiatement exécutoire ...»

Le tribunal international a aussi été qualifié de <maître de la procédure et gardien de l'intégrité judiciaire>. C'est pourquoi celui-ci est tenu de soulever d'office tout moyen affectant l'intégrité judiciaire ou la bonne administration de la justice<sup>1141</sup>.

Il semblerait que la qualité d'État litigant, bénéficiant de la souveraineté, soit un obstacle à l'exercice d'un quelconque pouvoir disciplinaire du tribunal sur le représentant étatique<sup>1142</sup>. La souveraineté introduirait donc une certaine inégalité procédurale entre parties litigantes en différenciant entre litigants étatiques et liti-

---

<sup>1140</sup> Règlement De Procédure Du Tribunal du 4 mars 2015 (JO 2015, L 105, p. 1), modifié le (1) 13 juillet 2016 (JO 2016, L 217, p. 71) (2) 13 juillet 2016 (JO 2016, L 217, p. 72) (3) 13 juillet 2016 (JO 2016, L 217, p. 73) (4) 31 juillet 2018 (JO 2018, L 240, p. 67) (ci-après Règlement CJUE).

<sup>1141</sup> Navire «Norstar» (Panama c. Italie), Exceptions Préliminaires, arrêt, Opinion individuelle de MM.Wolfrum et Attard, Juges, TIDM, Recueil 2016, p. 7.

<sup>1142</sup> Il règne comme une sorte de sentiment d'impunité découlant de la souveraineté étatique qui est réclamé par certains États et qui est souligné par Volterra, pp. 239-240.

gants non étatiques. Ainsi, le tribunal international serait en mesure d'exercer le pouvoir disciplinaire sur les litigants non étatiques<sup>1143</sup> et non sur les États litigants. Le consentement de l'État à la compétence du tribunal inclut-il le fait d'être soumis à la discipline dudit tribunal comme un litigant ordinaire ou bien comporte-t-il une réserve sur la question du contrôle des représentants étatiques ?

La réponse à cette question suppose la clarification de la notion de souveraineté dans le contexte du règlement des différends internationaux. Plus précisément, il importe de comprendre quelle peut être l'influence de la souveraineté sur l'étendue et l'exercice des pouvoirs d'un tribunal international. Contrairement au droit supranational qui transcende les souverainetés étatiques car bénéficiant d'une délégation de souveraineté, le droit international s'applique plutôt entre les États souverains. Comme l'a rappelé le président de la CIJ, le droit international « ne requiert pas de délégation de souveraineté, mais confirme directement cette dernière »<sup>1144</sup>. Il apparaît ainsi comme un droit de coordination entre États souverains plutôt que de subordination comme l'est le droit national<sup>1145</sup>. Toutefois, toute limitation de la liberté ou de l'indépendance des États n'est pas forcément synonyme d'atteinte à la souveraineté étatique. Dans ce sens, la CPJI se refusait « à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État ... Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État »<sup>1146</sup>. C'est aussi l'opinion du juge Anzilotti pour qui « les limitations de la liberté d'un État, qu'elles dérivent du Droit international commun ou d'engagements contractés, n'affectent, aucunement, en tant que telles son indépendance »<sup>1147</sup>.

Devant les tribunaux internationaux, la souveraineté des États signifie que ceux-ci, à la différence des personnes privées, ne peuvent être attirés devant un tribunal international sans leur consentement<sup>1148</sup>. Une fois ce consentement donné,

---

<sup>1143</sup> Cela pourrait expliquer pourquoi le pouvoir disciplinaire des juridictions pénales internationales sur les parties litigantes, n'est pas contesté.

<sup>1144</sup> Discours de Son Exc. M. Abdulqawi Ahmed Yusuf, Président de la Cour internationale De Justice, devant l'Académie Royale de Belgique, *La justice supranationale : forces, défis et le rôle croissant de la Cour internationale de Justice*, 12 novembre 2018, p. 2.

<sup>1145</sup> Mohamed Bedjaoui, *Droit international, Bilan et perspectives*, Pedone, Paris, 1991, p. 2.

<sup>1146</sup> CPJI, Affaire du Vapeur Wimbledon, p. 25.

<sup>1147</sup> CPJI, Affaire du Régime Douanier Austro-Allemand, arrêt du 5 septembre 1931, Série A/B, N° 41, Opinion individuelle de M. Anzilotti, p. 58.

<sup>1148</sup> Voir par exemple, les articles 35 et 36 du Statut CIJ ; *Concessions Mavromatis en Palestine, arrêt N° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 16 ; *Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943 (question préliminaire), Arrêt du 15 juin 1954, C.I.J. Recueil 1954*, p. 32.

nous pensons que la souveraineté étatique ne peut être invoquée pour se soustraire au pouvoir disciplinaire d'une juridiction internationale. Certes, la mission de défense de l'intérêt public fait de l'État, un litigant qu'il faut distinguer des autres litigants non étatiques. Toutefois, cette spécificité ne saurait être invoquée pour se soustraire au contrôle de la juridiction internationale. Un tout autre raisonnement pourrait conduire à l'impossibilité pour le tribunal de s'acquitter de sa mission de règlement de différends, surtout si les protagonistes possèdent tous la qualité d'État. De plus, les tribunaux internationaux possèdent des pouvoirs procéduraux leur permettant d'examiner les demandes des parties litigantes et d'y donner une suite, favorable ou non<sup>1149</sup>. Ainsi, le Règlement CIJ confère à la Cour le pouvoir de rendre les « ordonnances nécessaires pour fixer notamment le nombre et l'ordre des pièces de procédure ainsi que les délais pour leur présentation »<sup>1150</sup>. Elle peut aussi ordonner la jonction de procédures<sup>1151</sup>, décider de la production de document nouveau après la clôture de la procédure écrite<sup>1152</sup>, etc. Si la souveraineté étatique s'accommode de ces pouvoirs procéduraux du tribunal international, comment en serait-il autrement en ce qui concerne le pouvoir disciplinaire sur les représentants des parties? De même, la spécificité de l'État litigant ne peut être opposable au tribunal ou aux autres parties litigantes: devant celui-ci, c'est le principe de l'égalité des parties qui s'applique:

«Si cette asymétrie dans la position respective des agents et des avocats et conseils se conçoit pour l'exigence de qualification des représentants de l'État devant certaines juridictions, il n'en est pas de même une fois le procès engagé. Car le principe dominant devient celui de la stricte égalité entre les parties. Lorsqu'il s'agit d'une juridiction interétatique, comme dans le cas présent, le respect de la souveraineté d'une partie trouve sa limite dans l'atteinte à l'égalité des droits – et donc à la souveraineté – de l'autre partie. L'observation vaut en particulier pour le respect des principes éthiques fondamentaux. Au demeurant, je n'ai pas connaissance d'une déclaration quelconque par laquelle un État souverain affirmerait pouvoir s'affranchir de ces règles fondamentales»<sup>1153</sup>.

En outre, la CPI estime que l'immunité dont jouissent les hautes personnalités étatiques, et qui constituent une manifestation de la souveraineté, ne peut faire obstacle à l'exercice de sa compétence. A cet effet, l'article 27 du Statut de Rome affirme s'appliquer «à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle»<sup>1154</sup>. La qualité officielle est celle de chef d'État ou

<sup>1149</sup> Sarvarian, p. 25.

<sup>1150</sup> Article 44 al. 1 du Règlement CIJ.

<sup>1151</sup> Article 47 du Règlement CIJ.

<sup>1152</sup> Article 56 al. 2 du Règlement CIJ.

<sup>1153</sup> Navire «Louisa», opinion individuelle de M. Cot, juge, p. 116, para. 49.

<sup>1154</sup> Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, Fait à Rome le 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1er Juillet 2002, R.S. 0.312.1.

de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État. Ainsi, on se rend compte que le voile de la souveraineté qui, pendant longtemps, garantissait l'immunité aux représentants étatiques tant en ce qui concerne l'exercice de la compétence d'un tribunal international que de ses pouvoirs procéduraux est fragilisé et commence à se déchirer. Sans doute faudrait-il procéder à une redéfinition des contours de la notion de souveraineté pour la faire coïncider avec les évolutions récentes du droit international.

Une autre question serait de savoir si les tribunaux (et les juges qui siègent dans ces tribunaux) ont l'expertise pour pouvoir exercer ce pouvoir disciplinaire sur les juristes. Sur cette question, certains auteurs soulignent le manque d'expérience des juges internationaux dans la gestion des questions éthiques des avocats-conseils. En effet, les juges internationaux proviennent généralement des milieux universitaires (professeurs d'université notamment) et/ou gouvernementaux (ministère des affaires étrangères ou ministère de la justice). En conséquence, il peut se poser la question de leur «capacité» à exercer un pouvoir disciplinaire sur les avocats-conseils.

«Regarding expertise, there are multiple layers to the question of whether international judges are practically capable of regulating the ethical conduct of counsel. One layer is that the qualification requirements for international judges do not require them to have practised themselves as counsel or to be conversant with the professional ethics of counsel, which is surely a basic requirement. Consequently, there are many judges and arbitrators with professional backgrounds in academia, diplomacy, or government without any expertise in counsel ethics. This is not only important in principle but also carries the grave danger of a miscarriage of justice towards a counsel who may suffer serious professional consequences from an adverse finding by an incompetent judge—in many courts (e.g. investment arbitral tribunals) without recourse of appeal»<sup>1155</sup>.

On ne saurait invoquer le fait que certains juges n'aient pas, antérieurement exercé la profession d'avocat comme obstacle à l'exercice du pouvoir disciplinaire des tribunaux internationaux sur les avocats et conseils. En rappel et à titre de comparaison, les juges nationaux qui contrôlent les avocats (dans les situations graves ne pouvant être gérées par le barreau telles que les cas de crimes) n'ont pas tous exercé les fonctions d'avocat. De plus, il faut aussi rappeler que certains membres des tribunaux internationaux exercent (ou ont exercé) aussi les fonctions d'avocats/conseil.

Que faire concrètement, en cas d'allégation de comportement non éthique ? Tout d'abord, il faut d'abord établir le bien-fondé, ou non, de cette allégation en me-

---

<sup>1155</sup> Sarvarian, p. 24; Volterra, pp. 241-242.

nant des investigations. Ceci est notamment vrai si le comportement non éthique s'est déroulé n'est pas intervenu devant le tribunal international notamment dans la phase de rassemblement des éléments de preuve, d'élaboration des différentes pièces de la procédure (mémoires, contre-mémoires) pour les cas de fraude dans l'administration des éléments de preuve ou de soumission des pièces de procédure au tribunal. S'agissant des cas d'inconduite intervenus devant les juges eux-mêmes, comme ce fut le cas dans l'affaire Louisa, nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de mener encore des enquêtes supplémentaires car les faits se sont déroulés devant les membres du tribunal international. Il se pose la question des ressources institutionnelles pour mener de telles enquêtes voire même de la capacité, pour les tribunaux internationaux, de mener de telles enquêtes. Selon un auteur, la CIJ est à la fois, une cour de première instance et une cour suprême et il est rare que les cours suprêmes déterminent elles-mêmes les faits<sup>1156</sup>. Certains auteurs proposent de déléguer cette tâche ou de constituer des missions d'établissement de faits pour les cas graves, un peu à l'image de ce qui est fait au niveau des Nations Unies<sup>1157</sup>. Toutefois, cela risque de rallonger la procédure et d'engendrer des coûts supplémentaires.

Ensuite, et lorsque le manquement éthique ou la faute est établie, des sanctions sont nécessaires. Il peut s'agir d'un rappel à l'ordre pour des fautes mineures ou d'une dénonciation encore appelée <naming and shaming>. Cette dernière sanction n'est pas sans conséquence pour le tribunal comme le souligne un auteur

«But publicly censuring counsel can be uncomfortable for the Court to do. In the inter-state dispute, a public rebuke of counsel also says something distasteful about the State that hired (or employed) the lawyers and thus presumably instructed them on the case and provided the evidence to submit. Preferring to avoid the political costs, the Court may, if pressed to engage in public censure, become imbalanced in its discipline. It may, for instance, find itself more willing to censure private lawyers for misconduct than to censure government attorneys»<sup>1158</sup>.

Les tribunaux peuvent aussi utiliser les sanctions financières notamment en matière d'investissement<sup>1159</sup>. Cette pratique est déjà utilisée mais nous pensons que la sanction financière doit être administrée au juriste coupable et non à la partie qu'il représente comme ce fut le cas dans l'affaire Pope Talbot c. Canada. Les tribunaux d'investissements se sont déjà quelque peu engagés dans une régle-

<sup>1156</sup> Cité par Christina P., Skinner, *Ethical Dilemmas in Inter-State Disputes*, p. 296.

<sup>1157</sup> Ibid.

<sup>1158</sup> Ibid., p. 297.

<sup>1159</sup> Mohebbi, M., and Asgharian, M., *The Role of Arbitrators in Effective Time and Cost Reduction*, in *Transnational Dispute Management*, Vol. 15, issue 4, pp. 8-9; Browne, O. E. and Price, R., *Saving Time and Money by Sanctioning Bad Behavior*, in *Transnational Dispute Management* Vol. 15, issue 4.

mentation indirecte des avocats et conseils au travers notamment des mesures visant à limiter la durée et le coût de la procédure telles la limitation de la longueur des soumissions écrites des parties litigantes, la prévention ou le découragement de demandes excessives de production documentaire ou encore la répartition ou l'allocation des frais de la procédure en sanctionnant notamment les réclamations abusives ou fantaisistes. Cette répartition tient compte d'un certain nombre de facteurs parmi lesquels le comportement des parties (mauvaise foi ou comportement dilatoire des parties)<sup>1160</sup>.

## 2. *De la nécessité d'une régulation des juristes privés par les tribunaux internationaux pour une meilleure légitimation de l'autorité ces juristes*

Pourquoi pensons-nous que les tribunaux internationaux sont les mieux placés pour réguler la conduite des juristes internationaux ? Tout d'abord, parce que les tribunaux internationaux sont, dans leur majorité, des acteurs <publics> internationaux. Même les tribunaux arbitraux mixtes tels les tribunaux d'arbitrage CIRDI sont adossés à des institutions publiques comme la Banque Mondiale<sup>1161</sup>. Une régulation <publique> selon l'expression de Stephan Schill (c'est-à-dire par un acteur public) aurait l'avantage d'être perçue, aux yeux de l'opinion publique, comme protégeant <l'intérêt public> de la communauté internationale dans l'administration de la justice plutôt que <l'intérêt privé> des juristes internationaux<sup>1162</sup>.

Ensuite, parce que cela pourrait aussi contribuer à favoriser la perception de la légitimité des juristes, exerçant l'autorité publique. Il faut souligner que l'un des objectifs des tribunaux internationaux, c'est justement la légitimation des institutions, organes et normes faisant partie intégrante du régime dans lequel lesdits tribunaux opèrent (légitimité externe). L'atteinte de cet objectif passe nécessairement par la légitimité-même des tribunaux aux yeux de leurs acteurs-clés (légitimité interne)<sup>1163</sup>. Les juristes privés contribuent donc à rehausser l'image des tribunaux, leur légitimité interne. Et cela par plusieurs manières. D'abord, en permettant au tribunal de remplir les missions qui lui sont assi-

---

<sup>1160</sup> UNCITRAL, Academic Forum on ISDS, Working Group 1, *Excessive Costs & Insufficient Recoverability of Cost Awards*, March 2019.

<sup>1161</sup> D'ailleurs, un tribunal arbitral ICSID va se considérer comme un <organe judiciaire régi par le droit international public> (c'est nous qui traduisons), voir *Hrvatska v. Slovenia*, para. 33.

<sup>1162</sup> Stephan Schill, <*The Case for Public Regulation of Professional Ethics for Counsel in International Arbitration*>, *Kluwer Arbitration Blog*, July 7 2017, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/07/case-public-regulation-professional-ethics-counsel-international-arbitration>, (20/02/2018).

<sup>1163</sup> Shany, <Assessing the Effectiveness of International Courts>, pp. 44-46.

gnées. Selon un auteur, les juridictions internationales «doivent pouvoir compter sur l'éminente contribution des avocats qui se présentent à la barre pour accomplir leur mission»<sup>1164</sup>. Ensuite, et en permettant une meilleure représentation des États litigants, ces juristes contribuent aussi à accroître la confiance desdits États à l'égard de ces autorités juridictionnelles internationales. Enfin, en faisant partie de cette communauté juridique internationale au sein de laquelle les juges sont choisis. La présence-même ou l'action d'un juriste devant les tribunaux internationaux peut contribuer à légitimer ou délégitimer ceux-ci. Dans l'affaire *Hrvatska*, le tribunal soulignait l'influence de la présence d'un juriste sur la légitimité même du tribunal arbitral: «although the Respondent in this case was free to select its legal team as it saw fit prior to the constitution of the Tribunal, it was not entitled subsequently amend the composition of its legal team in such a fashion as to imperil the Tribunal's status or legitimacy»<sup>1165</sup>.

Les avocats-conseils ont, à plusieurs reprises, été désignés comme arbitres dans le cadre de procédures arbitrales: «The appointment of senior jurists with a reputation for high moral standards to serve on an international court strengthens its legitimacy in a number of ways. First, it enhances the image of the court for justice and professionalism and provides additional justifications to support its authority. Moreover, in circumstances where judges served before their appointment to the international court on other courts (be they national or international in nature), the ability of the court in question to present itself as an extension of other legitimate judicial bodies is strengthened. Finally, appointment of prominent judges could harness their own personal charisma to support the court's authority»<sup>1166</sup>.

Inversement, la capacité de légitimation des tribunaux internationaux pourrait être étendue au cas des juristes internationaux car ces derniers font partie du régime dans lequel opèrent les tribunaux internationaux. Ces juristes sont en effet considérés comme organe ou auxiliaire de justice (<officer of the court> en anglais). Pour le juge Cot, cette qualification d'auxiliaire de justice peut être considéré comme étant un principe général du droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>1167</sup>.

Par ailleurs, et selon certains auteurs, une telle régulation se justifierait par le fait que les avocats/conseils ont une relation que l'on pourrait qualifier de <quasi-

<sup>1164</sup> Grand prince (*Belize c. France*), déclaration de M. Cot, juge ad hoc, para 12; Voir aussi Sarvarian, *Professional Ethics at the International Bar*, p. 10; Sthoeger et Wood, pp. 643-644.

<sup>1165</sup> *Hrvatska v. Slovenia*, para 26.

<sup>1166</sup> Shany, <Assessing the Effectiveness of International Courts> p. 147.

<sup>1167</sup> Navire «Louisa», opinion individuelle de M. Cot, juge, p. 116, para 47.

contractuelle» avec la cour. En effet, c'est l'avocat qui connaît mieux les règles en comparaison avec les parties litigantes et, de façon volontaire et éclairée, accepte d'agir pour le compte de ses clients. Dans de telles conditions, accepter le fait que le tribunal puisse sanctionner les parties litigantes pour mauvaise conduite sans que ce pouvoir de sanction ne puisse s'étendre aux personnes maîtrisant le mieux ces règles, c'est-à-dire les juristes, peut sembler illogique<sup>1168</sup>. Sarvarian abonde dans le même sens quand il affirme que la conduite de ces avocats ne concerne pas seulement les intérêts juridiques des parties, mais aussi la capacité de la juridiction internationale à s'acquitter efficacement de ses fonctions judiciaires<sup>1169</sup>. Dans ce sens, un auteur rappelle que les juristes, intervenant au niveau international, ne sont pas seulement au service des gouvernements, mais aussi de la société internationale et qu'ils doivent, tenir aussi compte des intérêts à long terme de la société internationale : ils sont au service de la justice et non du pouvoir<sup>1170</sup>.

En outre, les tribunaux internationaux nous semblent les mieux placés pour contrôler l'action des juristes privés compte tenu de la nécessité de sauvegarder les intérêts de la communauté internationale (théorie de la fonction publique des tribunaux internationaux)<sup>1171</sup>. En effet, les agissements des avocats-conseils (tactiques guerrières notamment) peuvent conduire à des décisions de justice entachées d'irrégularités. Ce risque a été souligné par certains juges. Ainsi, dans l'affaire dite Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, le juge Fortier fera la déclaration suivante : « Si je dois accepter, et je le fais, la renonciation de Qatar à ces documents et ses excuses, je ne puis pour ma part considérer ses thèses sans penser *au tort qui aurait été causé à l'administration de la justice internationale, voire à l'autorité même de la Cour*, si la mise en cause par Bahreïn de l'authenticité de ces documents n'avait en fin de compte conduit Qatar à informer la Cour qu'il avait « décidé de ne pas tenir compte, aux fins de la présente affaire, des quatre-vingt-deux documents contestés » (c'est nous qui mettons en italiques)<sup>1172</sup>.

Dans l'affaire du Navire Louisa, il a semblé au juge Cot que « les conseils de Saint-Vincent aient *tenté sciemment d'induire le Tribunal en erreur. De plus, ils ont gravement déséquilibré les débats et porté atteinte au principe de l'égalité*

---

<sup>1168</sup> Stephan Wilske, « Sanctions against Counsel in International Arbitration – Possible, Desirable or Conceptual Confusion ? » p. 163.

<sup>1169</sup> Sarvarian, p. 10.

<sup>1170</sup> Philipp Allott, *State Responsibility and the Unmaking of International Law*, in the Harvard Journal of International Law, vol. 29, 1988, p. 24.

<sup>1171</sup> Brown, pp. 842-845.

<sup>1172</sup> *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, opinion individuelle de M. Fortier, p. 452, para 6.



*entre les Parties*» (c'est nous qui mettons en italiques)<sup>1173</sup>. Certes, il existe certes des mécanismes de révisions des décisions de justice entachées d'irrégularités substantielles mais l'écoulement du temps peut rendre difficile voir obsoleter une quelconque révision d'une décision.

Une décision, entachée d'irrégularité, peut aussi affecter le développement du droit international. Même s'il n'existe pas de règle de précédent en droit international, les tribunaux ont l'habitude de s'inspirer ou de s'appuyer sur les décisions rendues par d'autres juridictions sur des points spécifiques de droit. Dans de telles conditions, la nécessité d'assurer un développement uniforme du droit international peut commander de contrôler (et au besoin sanctionner) ceux qui utilisent et invoquent ledit droit au soutien des prétentions étatiques.

«Tribunals are becoming more formalized and predictable adjudicatory bodies. What has followed is a greater incidence in the publication of arbitral awards. This has led to the citation of, and reliance on, previous awards by arbitral tribunals. Therefore, today, arbitration is said to set a <persuasive precedent> not binding per se, but a persuasive guide to subsequent tribunals considering an analogous issue. This persuasive precedent is a further reason why counsel should be compelled to act ethically vis-à-vis the arbitral tribunal. Now, unscrupulous counsel may not only affect the right of access to justice by a party to the dispute, but such conduct that leads to the production of a bad decision by an arbitrator could have wider ramifications on a subsequent arbitral tribunal that applies that award»<sup>1174</sup>.

Enfin, une régulation par les instances juridictionnelles internationales contribuerait à résoudre beaucoup de problèmes pratiques dont l'un des plus importants est le problème de confidentialité. En effet, tous les tribunaux internationaux connaissent la confidentialité de leurs procédures (soumissions des parties, preuves apportées, etc.). Confier à une autre institution la responsabilité de réguler les juristes privés, pour des actions étant intervenues devant les tribunaux internationaux, pourrait entraîner des problèmes de confidentialité. Cependant, la question de la confidentialité n'aurait pas lieu de se poser si le pouvoir disciplinaire est assumé par le tribunal international lui-même. Cela présente l'avantage aussi de pouvoir apporter la sanction adéquate en <temps utile>.

Par ailleurs, une régulation publique permettrait de rétablir une égalité de fait entre juristes privés intervenant au niveau international. Pour rappel, tous ne sont pas affiliés à des barreaux nationaux et ceux qui le sont, peuvent être soumis à des règles qui diffèrent suivant les pays et peuvent même s'opposer. La

---

<sup>1173</sup> Navire «Louisa», Opinion individuelle de M. Cot, Juge, p. 121, para 72.

<sup>1174</sup> McMullan, *Holding Counsel to Account in International Arbitration*, p. 497.

régulation publique offrirait l'avantage d'uniformiser les règles de conduite et de les appliquer de façon égale, à tous les juristes<sup>1175</sup>.

Il existe toutefois un risque de fragmentation compte tenu de la diversité des juridictions internationales. Toutefois, nous pensons qu'il s'agit d'un risque assez limité. Par exemple, la CIJ a instauré l'exigence pour ses anciens membres d'observer une période de 3 ans avant de pouvoir en qualité d'agent ou de conseil d'une partie litigante. Une telle exigence a été reprise par le TIDM<sup>1176</sup>, la CJUE<sup>1177</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme (pour une période deux ans et non trois ans)<sup>1178</sup> de même que par les Principes de La Haye<sup>1179</sup>. Nous sommes d'avis que les bonnes pratiques seront échangées par les juridictions et l'on pourra certainement assister à une uniformisation, par le bas, des pratiques juridictionnelles concernant la régulation des avocats-conseils.

## **Conclusion du chapitre II de la deuxième partie**

Quelle est la responsabilité de l'avocat pour les actes accomplis dans le cadre du procès international ? C'est la question à laquelle nous avons tenté de répondre dans ce chapitre. La responsabilité est aussi un facteur influençant la perception que les tribunaux internationaux ont de la légitimité des juristes privés. Traditionnellement, la responsabilité internationale ne vaut que pour les sujets de droit international, c'est-à-dire, les États et les organisations internationales. Les juristes privés sont donc frappés d'une irresponsabilité de principe. Ce principe s'est quelque peu assoupli car la responsabilité des acteurs non étatiques s'est développée principalement sous l'aspect pénal. Le droit international connaît le principe de l'attribution à l'État de tout comportement de son organe ou agent, principe ayant été codifié dans les travaux de la Commission de Droit International (CDI) sur la responsabilité des États. Compte tenu de ce principe, les règles concernant la responsabilité internationale ne sont pas adaptées au cas des juristes, agissant comme mandataires d'États litigants.

Nous pensons et proposons d'analyser la situation de ces juristes sous l'angle de la reddition de compte. La mise en jeu de cette reddition de compte suppose la

---

<sup>1175</sup> Sarvarian, p. 17.

<sup>1176</sup> Article 9 al. 2 du Code de Conduite des Membres et des Anciens Membres de la Cour de justice de l'Union Européenne, Journal officiel de l'Union Européenne, C483 du 23 décembre 2016.

<sup>1177</sup> Article 6 al. 2 du Code de Conduite de la CJUE, article 4 du Statut de la CJUE, article 3 al. 2 du Règlement CJUE.

<sup>1178</sup> Article 4 al. 2 du Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme, entré en vigueur le 14 novembre 2016.

<sup>1179</sup> Principe 4.3.4 des Principes de La Haye.

réunion de deux conditions: d'une part, il faut un ensemble de règles, normes encadrant cette responsabilité et permettant d'apprécier les actes et actions du juriste et, d'autre part, une autorité chargée de veiller au respect desdites règles et, au besoin, sanctionner leur violation. L'absence d'un barreau international va compliquer quelque peu l'analyse car entraînant deux conséquences principales: l'absence d'un ensemble clair de règles de conduite pour les juristes intervenant sur la scène internationale de même que l'inexistence d'une autorité disciplinaire chargée de réguler ceux-ci. Le régime de responsabilité de ces juristes est caractérisé par une absence de clarté qui se manifeste notamment par l'absence de règles éthiques claires ainsi que par la diversité d'approche des tribunaux internationaux relativement à la question du contrôle à exercer sur les avocats/conseils intervenant devant eux.

En ce qui concerne les normes éthiques, nous avons démontré que même s'il n'existe pas un ensemble clair de règles éthiques applicables aux avocats et conseils, il est néanmoins possible de dégager des principes éthiques communs notamment par interprétation des traditions juridiques communes. Relativement à la question du pouvoir disciplinaire des tribunaux internationaux sur les avocats/conseils intervenant devant eux, il faut retenir que ces tribunaux adoptent des approches différentes. De façon générale, les tribunaux interétatiques comme la CIJ, l'ORD de l'OMC et le TIDM refusent d'assumer un pouvoir disciplinaire. Plutôt, ils estiment que cette discipline doit être exercée par les États pour le compte desquels, ces juristes interviennent. En ce qui concerne les tribunaux d'investissements, cette question est diversement appréciée. En effet, beaucoup d'entre eux, estiment qu'il n'est pas de leur responsabilité de faire la police aux juristes privés. D'autres ont imposé des sanctions indirectes notamment en condamnant l'État représenté à payer une amende financière pour le comportement inapproprié de son juriste. Exceptionnellement, des tribunaux ont enfin exclu des juristes de la procédure arbitrale. Mais cette exclusion n'a pas été faite sur la base d'un pouvoir disciplinaire exprès mais plutôt sur le fondement d'un pouvoir inhérent visant à préserver l'intégrité de la procédure arbitrale.

En dépit de la réticence des juridictions internationales à exercer ce pouvoir de contrôle, nous pensons qu'elles demeurent les autorités les mieux placées pour exercer ledit pouvoir car elles bénéficient des pouvoirs suffisants pour cela. Ce pouvoir disciplinaire provient des pouvoirs inhérents des tribunaux internationaux. Par surabondance, l'exercice d'un tel pouvoir disciplinaire par les tribunaux internationaux aurait un effet positif sur la légitimité de ces experts en droit, ou plutôt sur la perception de leur légitimité et permettrait de régler plusieurs problèmes qui se poseraient si un tel pouvoir était exercé par une autorité différente. Les autres autorités (par exemple, le barreau d'origine de l'avocat, les

tribunaux nationaux de l'État d'origine du juriste ou encore les tribunaux de l'État représenté, les juridictions nationales du siège de l'arbitrage, etc.) ne sont pas en marge car un contrôle efficace de l'action des juristes privés au plan international passe nécessairement par une collaboration entre ces différentes autorités tant internationales que nationales. Cette collaboration est nécessaire aussi bien pour définir les règles de responsabilité ainsi que pour assurer l'efficacité des mesures disciplinaires prises surtout si celles-ci doivent aussi être exécutées au niveau local. Certes la multiplicité des cours et tribunaux internationaux aurait pu susciter la crainte de pratiques non concordantes mais nous pensons que celle-ci n'est pas fondée. Au contraire, l'on pourrait assister à une sorte d'harmonisation des pratiques des différents tribunaux internationaux.

## Conclusion de la deuxième partie

La première partie s'est attachée à délimiter le cadre légal au sein duquel l'action des avocats et conseils se déroule ainsi qu'à identifier les différentes fonctions qu'ils peuvent exercer. Dans la deuxième partie, la question de la légitimité de leur action fut analysée. Plus exactement, l'objectif de cette partie était de répondre à la question suivante : Comment la légitimité de ces avocats-conseils a-t-elle été perçue par les tribunaux devant lesquels ceux-ci interviennent ? Dans le premier chapitre, nous avons précisé la notion de légitimité dans le contexte du procès international puis discuté deux facteurs essentiels qui influencent la perception de la légitimité de ces juristes. Nous avons opté pour une définition simple de la légitimité qui est entendue ici dans le sens de la justification et de l'acceptation d'une autorité. Notre approche de légitimité s'est voulue essentiellement sociologique et s'est, essentiellement, fondée sur des facteurs qui influencent la perception de la légitimité. Ces facteurs sont la proximité avec l'État représenté et le montant de leurs honoraires. Cette proximité peut notamment être mesurée par le lien de nationalité ou par l'exercice de hautes fonctions au niveau de l'État représenté. C'est cette proximité qui permettrait au représentant de contribuer à la défense des intérêts de l'État représenté. Dans le cas contraire, les intérêts de ce dernier peuvent être en conflit avec d'autres intérêts avec lesquels le représentant est plus proche.

Le second facteur influençant la perception de légitimité est le montant des honoraires de ces juristes : le fait que leur rémunération soit élevée induit l'idée d'une commercialisation de leur activité et cela, d'autant plus que ces honoraires représentent une part importante du goût global de la justice internationale. Ces honoraires sont fixés de manière libre et les États ont mis en place un certain nombre de mécanismes afin soit de réduire le montant de ces honoraires (établissement de l'ACWL, par exemple), soit de financer leur paiement par d'autres sources (tiers financeurs ou fonds d'assistance financière).

Le second chapitre s'est focalisé sur un aspect important de cette légitimité qui est la responsabilité de ces juristes dans le procès international. Les règles de la responsabilité internationale ne sont pas adaptées à la situation des avocats et conseils compte tenu du principe de l'attribution à l'État des actes et comportements de ses organes et agents. Plutôt, cette responsabilité doit être appréhendée sous l'angle de la reddition de compte dont la mise en œuvre suppose la réunion

de deux conditions: d'une part, il faut un ensemble de règles, normes encadrant cette responsabilité et permettant d'apprécier les actes et actions du juriste et, d'autre part, une autorité chargée de veiller au respect desdites règles et, au besoin, sanctionner leur violation. Ces deux conditions sont réunies car il existe d'une part, un minimum de principes éthiques communs et, d'autre part, les pouvoirs inhérents des tribunaux internationaux incluent le pouvoir disciplinaire sur les représentants des parties litigants (donc sur les avocats et conseils).

## Conclusion générale

Les juristes privés jouent un rôle incontournable dans le règlement des différends impliquant les États litigants et notre analyse a tenté d'en explorer les contours ainsi que les enjeux. Celle-ci s'est construite autour d'une démarche binaire. Dans un premier temps, elle a porté sur la légalité du rôle des juristes privés dans le procès international: Quel est le cadre juridique au sein duquel ceux-ci agissent? Qui peut être qualifié de juriste privé dans le procès international? Dans la première partie de notre travail, nous avons constaté que l'absence d'un texte international contenant des éléments de définition rend la réponse à cette question difficile. La difficulté se renforce avec l'inexistence d'un barreau international. Nous avons vu que les tribunaux internationaux ont, dans leur majorité, opté pour une définition fonctionnelle qui met l'accent sur l'exercice de la fonction d'avocat plutôt que le titulaire de cette fonction. Cette définition large inclut donc les avocats, c'est-à-dire les juristes étant affiliés à un barreau national, les conseils et autres juristes ne possédant pas la qualité d'avocat et/ou travaillant dans un cabinet juridique et même les professeurs d'universités intervenant devant les tribunaux internationaux (**Première partie, Chapitre I, Section préliminaire**).

L'action de ces juristes s'organise autour de la libre représentation étatique, principe cardinal des relations internationales et qui bénéficie d'une double consécration tant conventionnelle que coutumière. Ce principe n'a toutefois pas de portée absolue car il existe des incompatibilités que les gouvernements doivent respecter dans le choix de leurs représentants (**Première partie, Chapitre I, Section 1**). Par surabondance, les tribunaux internationaux disposent d'un pouvoir inhérent leur permettant d'écarter toute menace à l'intégrité de la procédure; ce qui peut inclure l'exclusion d'un représentant étatique dont la présence est susceptible de compromettre cette intégrité (**Première partie, Chapitre I, Section 2**).

En ce qui concerne les fonctions, le juriste peut assumer des fonctions de représentant étatique ou assister l'État litigant. Le premier rôle ne transparaît pas à première vue lorsqu'on examine les textes internationaux qui affirment que l'État litigant est représenté par un agent. Toutefois, une analyse de la pratique des tribunaux et des États litigants confirme l'interprétation selon laquelle les juristes privés peuvent jouer ce rôle. Dans le cadre de la représentation (entendue ici dans son sens diplomatique), le juriste bénéficie d'une importante délégation

d'autorité car étant l'intermédiaire entre le tribunal et l'État représenté. A cet effet, il est présent tout au long de la procédure et même après. Cette fonction est traditionnellement dévolue aux hautes autorités nationales et quelquefois aux juristes privés. Dorénavant, la désignation de juristes privés comme représentants étatiques tend à devenir la règle devant les tribunaux CIRDI. Au niveau de la CIJ, ces juristes ont aussi exercé des fonctions de représentations mais le plus souvent en étant co-agents, aux côtés d'un agent principal, haute personnalité de l'État représenté. Au niveau de l'OMC, cette fonction de représentant diplomatique est généralement assumée par le représentant permanent de l'État auprès de cette institution. L'article 292 al 2 CNUDM consacre une forme particulière de représentation qui est spécifique aux procédures de prompt mainlevée: le représentant agissant «au nom» de l'État représenté. Concrètement, cela signifie que le juriste privé défendra simultanément des intérêts étatiques et des intérêts privés. Dans la majorité des affaires de prompt mainlevée, cette forme de représentation était assurée par des juristes privés (**Première partie, Chapitre II, Section 1A**).

L'assistance étatique apparaît comme étant le rôle traditionnel dévolu aux juristes privés (avocats et conseils). Selon une formule reprise par plusieurs textes internationaux, en effet, les États «peuvent se faire assister par des conseils ou des avocats». Cette assistance peut même débiter dans la phase précontentieuse et continuer dans les phases écrite et orale de la procédure (**Première partie, Chapitre II, Section 1B**). Cette assistance peut prendre la forme de rédaction des actes de procédure tels les mémoires, contre mémoires, répliques et dupliques. La rédaction de ces différents actes nécessite un savoir-faire que ces juristes possèdent. La production des éléments de preuve revêt une importance considérable et peut avoir un impact sur l'issue du procès. A cet effet, le juriste peut rencontrer des difficultés pour vérifier l'authenticité des éléments probatoires qu'il doit invoquer en soutien des arguments qu'il convoque et développe. Il peut aussi arriver que le juriste tente d'induire le tribunal en erreur en apportant des éléments erronés de preuve: les tactiques de guerre (**Première partie, Chapitre II, Section 2A**).

Cette assistance se manifeste aussi dans la phase orale où ces avocats et conseils sont chargés des plaidoiries des États litigants. C'est à ce niveau que les différences de pratique entre pays de civil Law et de common Law se manifestent le plus notamment en ce qui concerne l'utilisation des leading questions et du contre-interrogatoire des témoins. Plusieurs textes ont été proposés en vue d'uniformiser les pratiques dans ce domaine devant les tribunaux internationaux à l'image des Lignes directrices de l'AIB sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international (**Première partie, Chapitre II, Section 2B**).



Quoique prévue et même saluée par certains tribunaux (notamment les tribunaux d'arbitrage d'investissement), cette présence de juristes privés, agissant pour le compte d'États litigants, n'a pas manqué de susciter des critiques qui peuvent être qualifiées d'accusations d'illégitimité. La légitimité est entendue ici comme étant la justification d'une autorité. Cette justification peut être normative ou sociologique. Dans la conception normative, on parle des standards permettant d'apprécier la justification d'une autorité tandis que l'approche sociologique se fonde sur des facteurs qui influencent la perception de la légitimité (**Deuxième partie, Chapitre I, Section 1A**).

Normativement, les juristes, agissant pour le compte d'États litigants, bénéficient d'un stock initial de légitimité selon les standards normatifs, qui sont classés en trois catégories: source, procédure, et résultats. Un acteur peut ainsi être légitimé par la source de son autorité, les éléments liés à la procédure ou les résultats produits ou encore par une combinaison de ces trois éléments. Du point de vue de la source, la légitimité de ces acteurs provient de la volonté étatique qui est, par ailleurs, la principale source de légitimité en droit international. Du point de vue de la procédure, il est généralement entendu que l'autorité peut être légitimée si la décision finale est le résultat d'une procédure équitable et adéquate. Dans ce sens, l'expertise des juristes peut permettre de rétablir l'égalité entre parties litigantes en permettant aux États ne disposant pas de ressources humaines adéquates de pouvoir participer «pleinement» à la procédure. Leur indépendance est aussi un justificatif de leur autorité car ceux-ci, contrairement aux employés gouvernementaux dont l'apport peut être considérablement limité par des rivalités entre départements gouvernementaux, peuvent apporter un regard indépendant et neutre sur l'affaire en question. Du point de vue des résultats, la légitimité d'un acteur dépend de la façon dont celui-ci s'acquitte de la fonction qui lui est assignée et tient compte des éléments tels que la bonne exécution de la mission à lui confiée, sa contribution à l'atteinte des objectifs assignés au tribunal devant lequel il intervient, sa contribution au développement du droit international. Toutefois, ces critères normatifs s'avèrent insuffisants pour justifier l'autorité de ces avocats et conseils. Par exemple, et même si les tribunaux étatiques bénéficient du consentement des États, la question de leur légitimité continue de se poser. Des critères additionnels sont nécessaires alors. D'où le recours à la légitimité sociologique (**Deuxième partie, Chapitre I, Section 1B**).

Sociologiquement, l'accent est plutôt mis sur la perception ou la croyance selon laquelle l'autorité d'un acteur donné est justifiée ou non. Il s'agit, dans ce second cas, d'une approche «empirique» qui souligne la réelle perception qu'ont des acteurs, de l'autorité ou du pouvoir d'une institution. L'examen des déci-

sions des tribunaux internationaux nous a permis d'identifier trois facteurs influençant la perception de légitimité. Ce sont la proximité d'avec l'État représenté, le montant de leurs honoraires et la clarté des règles régissant leur responsabilité.

La proximité entre le juriste et l'État représenté pourrait s'expliquer comme suit: plus le juriste est proche de l'État qu'il représente et plus sa légitimité est perçue comme justifiée, notamment par les tribunaux internationaux. Cette proximité peut notamment être mesurée par le lien de nationalité ou par l'exercice de hautes fonctions au niveau de l'État représenté. C'est cette proximité qui permettrait au représentant de contribuer à la défense des intérêts de l'État représenté. Dans le cas contraire, les intérêts de ce dernier peuvent entrer en conflit avec d'autres intérêts avec lesquels le représentant est plus proche. La défense des intérêts étatiques suppose au préalable que le juriste privé puisse les comprendre. Cette compréhension n'est pas aisée quand on sait que l'intérêt public n'est pas facile à cerner et que celui-ci peut évoluer en cours de procès. La défense des intérêts étatiques suppose aussi la prise en compte de certaines spécificités étatiques telles que le statut de *repeat player* de l'État litigant qui oblige à prêter une attention particulière aux arguments invoqués par celui-ci compte tenu de la probabilité que ceux-ci soient invoqués contre celui-ci dans le cadre d'une autre affaire. Il peut aussi arriver que les intérêts personnels du juriste privé entrent en conflit avec les intérêts de l'État pour le compte duquel il intervient: c'est le problème des conflits d'intérêts impliquant l'avocat-agent ou conseil qui peut prendre plusieurs formes. Il peut s'agir ainsi de l'exercice simultané de plusieurs fonctions. Dans le cadre de l'arbitrage, le juriste peut représenter un État litigant et occuper les fonctions d'arbitre dans une autre affaire. Le problème surgit lorsque des deux affaires soulèvent les mêmes questions juridiques car, même s'il n'existe pas de règle de précédent devant les tribunaux internationaux, ceux-ci s'appuient très souvent sur les décisions déjà rendues: les précédents *de facto*. De même, l'intervention du juriste dans le cadre d'un procès et contre un ancien mandat (un État litigant par exemple) peut aussi générer des conflits. En effet, une trop longue période pourrait nuire aux intérêts des juristes en leur empêchant d'offrir leurs services à d'autres. A contrario, l'action dudit juriste contre son ancien mandant pourrait influencer négativement sur les intérêts de celui-ci car les informations qui ont été transmises aux avocats peuvent être utilisées par ces derniers contre l'État concerné sitôt l'affaire en question close. La solution des *chinese walls* ou le cloisonnement entre différents départements d'un même cabinet juridique a été proposée. Le conflit d'intérêt peut aussi concerner des intérêts notamment ceux d'un tiers financeur ou de la partie privée dans le cadre de la procédure de promptement de mainlevée où, en rappel, le juriste représente simultanément des intérêts publics et privés (**Deuxième partie, Chapitre I, Section 2A**).

Le second facteur influençant la perception de légitimité est le montant des honoraires de ces juristes : le fait que leur rémunération soit élevée induit l'idée d'une commercialisation de leur activité et cela, d'autant plus que ces honoraires représentent une part importante du gout global de la justice internationale. Certes, la recherche du profit est une composante essentielle de leur activité. Toutefois, ce profit ne doit pas se traduire en une charge financière excessive à supporter par les États sollicitant leurs services, auquel cas, on parlera de commercialisation de l'activité juridique au plan international. Il faut rappeler que ces honoraires sont fixés librement. Les quelques textes (soft Law) qui existent entre la matière retiennent le principe des honoraires raisonnables sans pour autant expliciter tous les aspects de cette notion d'honoraires raisonnables. Concrètement, les États souhaitant s'attacher les services d'un avocat disposent de plusieurs options : appel d'offres général ou restreint, négociations directes avec des cabinets déterminés, etc. Face au coût élevé des prestations d'avocats, plusieurs solutions ont été proposées dont la plus importante est l'instauration du Centre Consultatif sur la Législation de l'OMC qui offre des services de conseil juridique aux États en développement, impliqués dans des procédures devant l'ORD de l'OMC, à des tarifs bas. Dans les cas où ce Centre ne pourrait offrir ses services aux États demandeurs, celui-ci dispose d'une liste de cabinets d'avocats avec lesquels des tarifs spéciaux ont été négociés afin de permettre à ces États demandeurs de bénéficier de l'assistance juridique. Conscient du coût de leurs honoraires, certains cabinets proposent des services *pro bono* pour les clients défavorisés, ce qui inclut évidemment les États faibles ou en développement. Au titre des solutions au coût élevés des honoraires d'avocats, il faut aussi mentionner l'utilisation du tiers-financement qui est un mécanisme par lequel une personne offre un service consistant à payer la totalité ou une partie des frais du procès d'une autre personne, moyennant une rémunération qui est généralement liée à l'issue de la procédure. Certains cabinets d'avocats peuvent même faire office de tiers-financeurs en conditionnant notamment le versement d'une partie de leurs honoraires à l'issue du procès : les honoraires conditionnels ou *contingency fees*. Ces honoraires sont diversement appréciés au niveau national mais en l'absence d'une interdiction formelle, on peut penser qu'ils peuvent être utilisés devant les tribunaux. Il existe aussi les différents fonds disponibles au niveau des tribunaux internationaux et qui visent à permettre aux États dans le besoin à supporter tout ou partie des frais occasionnés par le procès international **(Deuxième partie, Chapitre I, Section 2B)**.

Le troisième facteur de légitimité concerne la responsabilité des juristes au plan international. Ce facteur s'inspire de la légitimité démocratique qui considère la responsabilité d'un acteur est un élément important dans la justification de l'autorité de celui-ci. Cette responsabilité est sanctionnée par les élections perçues

comme étant le moyen de mise en jeu de cette responsabilité. Traditionnellement, la responsabilité internationale ne vaut que pour les sujets de droit international, c'est-à-dire, les États et les organisations internationales. Les juristes privés sont donc frappés d'une irresponsabilité de principe. Ce principe s'est quelque peu assoupli car la responsabilité des acteurs non étatiques s'est développée principalement sous l'aspect pénal. De plus, le droit international connaît le principe de l'attribution à l'État de tout comportement d'un organe ou agent dudit État, principe ayant été codifié dans les travaux de la Commission de Droit International (CDI) sur la responsabilité des États (Deuxième partie, Chapitre 2, Section préliminaire). On constate ainsi une certaine inadéquation des règles sur la responsabilité internationale pour régir le cas des juristes privés intervenant dans le procès international. Nous pensons et proposons d'analyser la situation de ces juristes sous l'angle de la reddition de compte. La mise en jeu de cette reddition de compte suppose la réunion de deux conditions: d'une part, il faut un ensemble de règles, normes encadrant cette responsabilité et permettant d'apprécier les actes et actions du juriste et, d'autre part, une autorité chargée de veiller au respect desdites règles et, au besoin, sanctionner leur violation. L'absence d'un barreau international va compliquer quelque peu l'analyse car entraînant deux conséquences principales: l'absence d'un ensemble clair de règles de conduite pour les juristes intervenant sur la scène internationale de même que l'inexistence d'une autorité disciplinaire chargée de réguler ceux-ci. Le régime de responsabilité de ces juristes peut être qualifié de diffus: cela se manifeste notamment par l'absence de règles éthiques claires ainsi que par la diversité d'approche des tribunaux internationaux relativement à la question du contrôle à exercer sur les avocats/conseils intervenant devant eux (**Deuxième partie, Chapitre II, Section 1A**).

En ce qui concerne les normes éthiques, nous avons démontré que même s'il n'existe pas un ensemble clair de règles éthiques applicables aux avocats et conseils, il est néanmoins possible de dégager des principes éthiques communs notamment par interprétation des traditions juridiques communes. Ces mêmes principes se retrouvent dans les principes internationaux de déontologie de la profession juridique de l'association internationale du barreau (avec une formulation assez similaire), des les Principes de La Haye sur les standards éthiques pour les conseils apparaissant les Cours et Tribunaux Internationaux

Relativement à la question du pouvoir disciplinaire des tribunaux internationaux sur les avocats/conseils intervenant devant eux, il faut retenir que ces tribunaux adoptent des approches différentes (**Deuxième partie, Chapitre II, Section 1B**). De façon générale, les tribunaux interétatiques comme la CIJ, l'ORD de l'OMC et le TIDM refusent d'assumer un pouvoir disciplinaire.

Tout au plus, ces tribunaux ont émis des critiques à l'encontre de ces juristes, coupables de méconduite. L'OMC a volontairement exclu ces juristes privés du champ d'application de ses Règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends tandis que dans des cas de fraude avérée, le TIDM s'est juste contenté de relever l'écart de conduite; ce qui pourrait s'apparenter à du < naming and shaming > pouvant porter atteinte à l'image et à la réputation du juriste concerné. La CIJ a, pendant longtemps, connu un système d'autorégulation avec notamment l'existence d'un barreau invisible. Mais, dans une affaire<sup>1180</sup>, cette Cour va considérer le conseil d'une partie litigante comme témoin et donc ordonner qu'il soit contre interrogé. Au total, ces tribunaux étatiques refusent d'assumer un pouvoir disciplinaire envers les juristes intervenant devant eux. Plutôt, ils estiment que cette discipline doit être exercée par les États pour le compte desquels, ces juristes interviennent. En ce qui concerne les tribunaux d'investissements, cette question est diversement appréciée. En effet, beaucoup d'entre eux, estiment qu'il n'est pas de leur responsabilité de faire la police aux juristes privés. D'autres ont imposé des sanctions indirectes notamment en condamnant l'État représenté à payer une amende financière pour le comportement inapproprié de son juriste. Exceptionnellement, des tribunaux ont enfin exclu des juristes de la procédure arbitrale. Mais cette exclusion n'a pas été faite sur la base d'un pouvoir disciplinaire exprès mais plutôt sur le fondement d'un pouvoir inhérent visant à préserver l'intégrité de la procédure arbitrale.

En dépit de la réticence des juridictions internationales à exercer ce pouvoir de contrôle, nous pensons qu'elles demeurent les autorités les mieux placés pour exercer ledit pouvoir et cela pour trois raisons au moins (**Deuxième partie, Chapitre II, Section 2A**). Primo, parce les autres autorités possibles sont des options qui ne donnent pas entière satisfaction. En effet, plusieurs autres autorités ont été proposées pour la régulation des juristes intervenant au niveau international. Il s'agirait ainsi du barreau d'origine de l'avocat, des tribunaux nationaux de l'État d'origine du juriste, des tribunaux de l'État représenté, des juridictions nationales du siège de l'arbitrage, des tribunaux du lieu d'exécution de la sentence arbitrale, de l'institution arbitrale dont les règles régissent l'arbitrage, d'un système d'autorégulation par les avocats eux-mêmes ou encore un conseil mondial d'éthique en matière d'arbitrage. Aucune de ces solutions n'est sans son lot de problèmes. Par exemple, confier ce pouvoir de contrôle au barreau local engendrerait des problèmes de confidentialité et introduirait une discrimination en juristes car tous ne sont pas affiliés à un barreau national sans oublier le fait que certains tribunaux internationaux rejettent l'idée d'une régula-

<sup>1180</sup> *CIJ, Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Recueil 1989*, p. 15.

tion par les organismes nationaux. Secundo, et notre analyse l'a démontré, le pouvoir inhérent des tribunaux internationaux comprend le pouvoir disciplinaire sur les représentants des parties litigantes en général et sur les avocats et conseils, en particulier (**Deuxième partie, Chapitre II, Section 2B**). Par surabondance, l'exercice d'un tel pouvoir disciplinaire par les tribunaux internationaux aurait un effet positif sur la légitimité de ces experts en droit, ou plutôt sur la perception de leur légitimité et permettrait de régler plusieurs problèmes qui se poseraient si un tel pouvoir était exercé par une autorité différente. Les autres autorités ne sont pas en marge car un contrôle efficace de l'action des juristes privés au plan international passe nécessairement par une collaboration entre ces différentes autorités internationales (les tribunaux internationaux principalement mais pas exclusivement car l'on pourrait citer aussi les organisations internationales comme le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ou encore la Cour permanente d'arbitrage) et nationales (barreau d'origine de l'avocat, des tribunaux nationaux de l'État d'origine du juriste, des juridictions nationales du siège de l'arbitrage, des tribunaux du lieu d'exécution de la sentence arbitrale). Cette collaboration est nécessaire aussi bien pour définir les règles de responsabilité ainsi que pour assurer l'efficacité des mesures disciplinaires prises surtout si celles-ci doivent aussi être exécutées au niveau local. Certes la multiplicité des cours et tribunaux internationaux aurait pu susciter la crainte de pratiques non concordantes mais nous pensons que celle-ci n'est pas fondée. Au contraire, l'on pourrait assister à une sorte d'harmonisation des pratiques des tribunaux à l'image de ce qui s'est passé avec la période d'attente que les anciens membres d'un tribunal doivent observer avant de pouvoir intervenir à nouveau devant celui-ci. Sur cette question, la CIJ, a énoncé la règle du respect d'un délai de trois ans; ladite règle a été reprise par d'autres tribunaux tels le TIDM, la CJUE, la CEDH.

Tertio, la fonction publique assignée à ces tribunaux implique de prendre également en considération des intérêts autres que ceux des seules parties litigantes car les différends internationaux mettent généralement en jeu non seulement les intérêts des États litigants, mais également ceux de la communauté internationale dans son ensemble. Une telle régulation <publique>, c'est-à-dire, par le tribunal international qui est un organe public, aurait l'avantage d'être perçue, aux yeux de l'opinion publique, comme protégeant <l'intérêt public> de la communauté internationale dans l'administration de la justice plutôt que <l'intérêt privé> des juristes internationaux<sup>1181</sup>.

---

<sup>1181</sup> Schill, *«The Case for Public Regulation of Professional Ethics for Counsel in International Arbitration»*.

Au demeurant, cette étude n'avait pas pour ambition d'épuiser toutes les questions relatives à la participation des juristes privés dans le règlement des différends impliquant les États. L'on pourrait approfondir l'analyse notamment en examinant le cadre pour l'exercice d'un tel pouvoir disciplinaire des tribunaux internationaux sur les juristes privés. En effet, le juriste fautif a droit aux garanties minimales d'un procès équitable, ce qui inclut par exemple le droit d'être entendu avant d'être sanctionné par une mesure disciplinaire, droit à être assisté par un autre avocat, droit au respect du principe de proportionnalité entre la faute commise et la sanction prononcée et aussi au principe du double degré de juridiction. Dans ce sens, le chapitre 4 (articles 30 à 44) du code de conduite professionnelle de la CPI contient des dispositions qui pourraient inspirer les tribunaux internationaux devant lesquels les États interviennent.

De même, on pourrait s'interroger sur l'applicabilité des règles de la responsabilité sociale des entreprises aux juristes internationaux. En effet, et comme l'a rappelé le CCBE, tant l'avocat exerçant seul que le cabinet d'avocats et même le barreau sont considérés comme des entreprises<sup>1182</sup>. Il serait ainsi intéressant de voir comment l'application des règles de la RSE peut contribuer à améliorer la légitimité de ces juristes privés, en ce qu'elle souligne le lien entre ces juristes et la société, ou plus exactement les effets exercés par ceux-ci sur la société.

Enfin, et avec l'émergence des outils technologiques et de la blockchain, on pourrait se demander, dans quelle mesure ces nouveaux outils vont impacter ou transformer l'activité des juristes? Et quels sont les enjeux qui en découlent pour ces experts en droit?

---

<sup>1182</sup> Voir les listes directrices de la CCBE sur «La responsabilité des entreprises et le rôle de la profession d'avocat», du 7 février 2013 (Lignes Directrices I), de février 2014 (Lignes Directrices II) et de Mai 2017 (Lignes Directrices III).





## **Annexes**

### **Annexe I: Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des parties dans l'arbitrage international**

Approuvées le 25 mai 2013 par le Conseil de l'International Bar Association

#### **Préambule**

Le Groupe de travail sur la conduite des conseils dans l'arbitrage international (le «Groupe de travail») a été constitué par le Comité d'arbitrage de l'IBA en 2008.

La mission du Groupe de travail était d'étudier les problèmes liés à la conduite des conseils et la représentation des Parties dans l'arbitrage international, notamment les conflits de règles et de normes susceptibles d'en découler. Le Groupe de travail s'est ainsi penché sur la question de savoir si de tels conflits de règles et de normes sont susceptibles d'affecter l'intégrité et le caractère fondamentalement équitable des procédures d'arbitrage international. Le Groupe a également étudié la question de savoir si des lignes directrices seraient susceptibles d'aider les Parties, les conseils et les arbitres. En 2010, le Groupe de travail a organisé une consultation au sein de l'IBA (la «Consultation») afin d'apprécier l'opportunité d'élaborer des lignes directrices sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international, et les personnes interrogées ont exprimé leur soutien à la mise en place de telles règles.

En octobre 2012, le Groupe de travail a remis un projet de lignes directrices aux membres du Comité d'arbitrage de l'IBA. Le Comité a examiné ce projet et consulté un grand nombre de praticiens expérimentés, d'arbitres et d'institutions arbitrales. Ce projet a ensuite été soumis à tous les membres du Comité d'arbitrage de l'IBA pour examen.

Contrairement à la situation qui prévaut dans le cadre de contentieux judiciaires se déroulant devant les tribunaux étatiques, où les conseils sont soumis à un même corps de règles déontologiques, les Représentants des Parties dans l'arbitrage international peuvent être soumis à des règles et normes nationales

potentiellement conflictuelles. Il peut ainsi s'agir de celles du pays d'établissement du conseil, de celles du siège de l'arbitrage ou du pays où se dérouleront les audiences. La Consultation organisée par le Groupe de Travail a révélé un important degré d'incertitude parmi les personnes interrogées lorsqu'il fallait déterminer quelles règles régissent la représentation des Parties dans l'arbitrage international. Cette situation risque d'empirer lorsque différents conseils agissant au sein d'une même structure ou en tant que co-conseils sont admis à exercer dans plusieurs pays dont les règles ne sont pas compatibles entre elles.

Outre l'insécurité qui peut résulter de ces conflits de normes, le Groupe est parvenu à la conclusion que les règles établies pour les procédures contentieuses internes peuvent s'avérer inadaptées aux procédures d'arbitrage international. À la différence des règles applicables à la conduite de procédures arbitrales internationales, qui sont adaptées au caractère complexe des litiges concernés ainsi qu'à la présence de parties ayant des cultures différentes, celles qui régissent la représentation des Parties devant les tribunaux sont en revanche conçues pour être appliquées dans le cadre de règles de procédure nationales et en fonction de cultures judiciaires spécifiques.

Les Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international (les «Lignes Directrices») s'inspirent du principe selon lequel les représentants des parties doivent agir avec intégrité et honnêteté, et ne pas engendrer volontairement des retards ou des coûts injustifiés, notamment par l'emploi de tactiques visant à faire obstruction au bon déroulement de la procédure arbitrale.

Au même titre que les International Principles on Conduct for the Legal Profession, adoptés par l'IBA le 28 mai 2011, les Lignes Directrices n'ont pas vocation à prévaloir sur les règles impératives éventuellement applicables, ni sur les règles professionnelles ou disciplinaires ou les règlements d'arbitrage choisis par les parties qui peuvent être pertinents ou applicables en matière de représentation. Elles n'ont pas non plus vocation à investir les tribunaux arbitraux des pouvoirs normalement réservés aux Barreaux et autres ordres professionnels.

L'emploi de l'expression lignes directrices plutôt que règles est destiné à souligner leur nature contractuelle. Les parties peuvent ainsi adopter par accord tout ou partie des Lignes Directrices. Les tribunaux arbitraux peuvent également décider d'appliquer les Lignes Directrices, sous réserve des règles de droit impératives, s'ils estiment qu'ils ont le pouvoir de le faire en l'absence d'un accord des parties.

Enfin, les Lignes Directrices n'ont pas pour objectif de limiter la flexibilité inhérente à l'arbitrage international, qui est un des avantages essentiels de ce mode de résolution des litiges. Les parties et les tribunaux arbitraux peuvent donc les adapter aux circonstances particulières de chaque arbitrage.

## Définitions

Dans les Lignes Directrices de l'IBA sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international:

«Arbitre» vise un arbitre dans l'arbitrage;

«Arbitre désigné par une Partie» vise un Arbitre qui est nommé ou désigné par une ou plusieurs Parties;

«Barreau national» ou «Barreau» vise l'autorité nationale ou régionale ou les autorités responsables de la réglementation de la déontologie des avocats;

«Communications Ex Parte» vise les communications orales ou écrites entre un Représentant d'une Partie et un Arbitre ou un Arbitre potentiel en l'absence et dans l'ignorance de la ou des Partie(s) adverse(s);

«Déclaration de témoin» vise une déclaration écrite enregistrant une déposition d'un témoin;

«Demande de production» vise la demande écrite d'une Partie sollicitant la production de Documents par une autre Partie;

«Document» vise un écrit, une communication, une image, un dessin, un programme ou une donnée de quelque nature qu'elle soit, aussi bien enregistrée que conservée sur support papier ou électronique, audio, visuel ou par tout autre moyen;

«Expert» vise une personne ou une entité se présentant devant le Tribunal Arbitral pour donner un avis d'expert ou une opinion sur des questions précises formulées par une Partie ou par le Tribunal Arbitral;

«Lignes Directrices» vise les présentes Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international qui pourront éventuellement être révisées ou amendées;

«Partie» vise une partie à l'arbitrage;

«Président du Tribunal Arbitral» vise un arbitre qui est soit Arbitre unique soit Président du Tribunal Arbitral;

«Preuve» vise les preuves documentaires ainsi que les témoignages écrits et oraux;

«Rapport d'expertise» vise la déclaration écrite d'un Expert;

«Représentant d'une Partie» ou «Représentant» vise toute personne, y compris un salarié d'une Partie, qui intervient dans un arbitrage au nom d'une Partie et qui soumet des écritures, arguments ou plaidoiries au Tribunal Arbitral au nom de cette Partie, autrement qu'en qualité de Témoin ou Expert, qu'il soit ou non légalement qualifié ou admis à un Barreau national;

«Sciemment» signifie avec une connaissance des faits en cause;

«Témoin» vise une personne se présentant devant le Tribunal Arbitral pour donner un témoignage factuel;

«Tribunal Arbitral» ou «Tribunal» vise un arbitre unique ou un tribunal arbitral;

«Violation» vise le non-respect des présentes Lignes Directrices ou toute autre conduite considérée par le Tribunal Arbitral comme étant contraire aux devoirs d'un Représentant d'une Partie.

### **Application des Lignes Directrices**

1. Les Lignes Directrices s'appliquent dès lors que les Parties les ont adoptées ou lorsque le Tribunal Arbitral, après avoir consulté les Parties, décide de s'y référer après avoir estimé avoir le pouvoir de trancher des questions relatives à la représentation des Parties afin de garantir l'intégrité et l'équité de la procédure arbitrale.

2. En cas de désaccord, le Tribunal Arbitral interprète les Lignes Directrices au regard de leurs objectifs et de la manière la plus appropriée au cas d'espèce.

3. Les Lignes Directrices n'ont pas vocation à prévaloir sur les dispositions impératives éventuellement applicables en matière de représentation, ni sur les règles professionnelles ou disciplinaires, ni sur les règlements d'arbitrage choisis par les Parties. Les Lignes Directrices n'ont pas non plus vocation à déroger à la convention d'arbitrage. Elles n'affectent pas les devoirs fondamentaux du Représentant envers la Partie qu'il ou elle représente, et en particulier le devoir supérieur que le Représentant d'une Partie a de défendre la cause de cette Partie devant le Tribunal Arbitral.

### **Note explicative aux Lignes Directrices 1 à 3**

Tel que cela est explicité dans le Préambule, des lignes directrices peuvent être bénéfiques aux Parties et aux Tribunaux Arbitraux, notamment dans le cas où des conflits de règles, ou l'existence d'expectatives différentes entre les parties, peuvent menacer l'intégrité et l'équité de la procédure arbitrale.

En vertu des présentes Lignes Directrices, et sous réserve de règles impératives éventuellement applicables, les Tribunaux Arbitraux ne sont pas nécessairement limités, lorsqu'ils traitent de telles questions, par une règle de conflit ou par un raisonnement de droit international privé, ni tenus d'appliquer une règle déontologique nationale. En revanche, les présentes Lignes Directrices ont vocation à offrir une alternative à de telles règles de conflit, afin de prendre pleinement en compte toutes les particularités de l'arbitrage international.

Les présentes Lignes Directrices s'appliquent sous réserve du consentement des Parties. Les Parties peuvent les adopter, en tout ou partie, soit dans leur convention d'arbitrage, soit à tout moment ultérieurement.

Le Tribunal Arbitral peut aussi appliquer les Lignes Directrices ou s'en inspirer, en l'absence d'un accord des Parties en ce sens, après avoir décidé qu'il a le pouvoir de trancher des questions relatives à la représentation des Parties afin de garantir l'intégrité et l'équité de la procédure arbitrale. Avant de prendre toute décision en ce sens, le Tribunal Arbitral doit offrir aux Parties l'occasion d'exprimer leur position.

Les présentes Lignes Directrices ne précisent pas si les Tribunaux Arbitraux ont ou non le pouvoir de trancher de telles questions touchant à la représentation des Parties et d'appliquer les Lignes Directrices en l'absence d'un accord des Parties en ce sens. Les Lignes Directrices ne reconnaissent ni n'excluent l'existence d'un tel pouvoir. Il appartient donc au Tribunal de déterminer s'il a compétence pour trancher les questions de représentation des Parties et d'appliquer les Lignes Directrices.

Un Représentant d'une Partie, agissant dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés, agit au nom de la Partie qu'il ou elle représente. Par conséquent, l'obligation ou le devoir du Représentant d'une Partie est une obligation ou un devoir incombant à la Partie représentée, et cette dernière pourra supporter les conséquences d'une violation des devoirs de son Représentant.

## **Représentation d'une Partie**

**4.** Les Représentants des Parties doivent se faire connaître à l'autre ou aux autres Partie(s) et au Tribunal Arbitral dans les meilleurs délais. Une Partie doit informer dans les plus brefs délais le Tribunal Arbitral et la ou les autres Partie(s) de tout changement dans sa représentation.

**5.** Une fois le Tribunal Arbitral constitué, une personne ne doit pas accepter de représenter une Partie à l'arbitrage lorsqu'une relation susceptible de créer un conflit d'intérêts existe entre cette personne et un Arbitre, à moins qu'aucune des Parties ne soulève d'objection à la suite d'une divulgation appropriée de cette relation.

**6.** En cas de violation de la Ligne Directrice 5, le Tribunal Arbitral peut prendre les mesures appropriées à la sauvegarde de l'intégrité de la procédure, y compris interdire au nouveau Représentant d'une Partie de participer en tout ou partie à la procédure d'arbitrage.

## **Note explicative aux Lignes Directrices 4 à 6**

Tout changement dans la représentation d'une Partie au cours de l'arbitrage peut compromettre l'intégrité de la procédure en raison de l'existence d'un conflit d'intérêts entre le nouveau Représentant d'une Partie et un ou plusieurs des Arbitres. En ce cas, le Tribunal Arbitral peut envisager d'interdire au nouveau

Représentant d'une Partie de participer en tout ou partie à la procédure arbitrale si les circonstances le justifient et si le Tribunal estime disposer du pouvoir de prononcer une telle mesure. Afin de déterminer si un tel conflit d'intérêts existe effectivement, le Tribunal Arbitral peut se fonder sur les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international.

Avant d'avoir recours à de telles mesures, il est important que le Tribunal Arbitral donne aux Parties l'occasion de se prononcer sur l'existence du conflit d'intérêts, l'étendue des pouvoirs du Tribunal concernant la mesure envisagée et les conséquences de cette dernière.

### **Communications avec les Arbitres**

7. Sauf accord contraire des Parties, et sous réserve des exceptions énoncées ci-après, le Représentant d'une Partie ne doit pas avoir de Communications Ex Parte avec un Arbitre concernant l'arbitrage.

8. Il n'est pas inapproprié pour le Représentant d'une Partie d'avoir des Communications Ex Parte dans les cas suivants :

- (a) Le Représentant d'une Partie peut communiquer avec un Arbitre potentiel afin d'évaluer son expertise, son expérience, sa capacité, sa disponibilité et l'existence d'éventuels conflits d'intérêts.
- (b) Le Représentant d'une Partie peut communiquer avec un Arbitre, que sa nomination soit encore potentielle ou non, dans le contexte du processus de sélection du Président du Tribunal Arbitral.
- (c) Dans le cas où les Parties se sont accordées sur la possibilité d'une telle communication, le Représentant d'une Partie peut communiquer avec le potentiel Président du Tribunal Arbitral afin d'évaluer son expertise, son expérience, sa capacité, sa disponibilité et l'existence d'éventuels conflits d'intérêts.
- (d) Si les communications avec un Arbitre ou Président du Tribunal Arbitral potentiel peuvent inclure une présentation générale du différend, le Représentant d'une Partie ne doit pas chercher à obtenir le point de vue de ce dernier sur le fond de l'affaire.

### **Note explicative aux Lignes Directrices 7 et 8**

Les Lignes Directrices 7 et 8 traitent de communications concernant l'arbitrage entre un Représentant d'une Partie et un Arbitre ou un Arbitre potentiel.

Les Lignes Directrices ont pour objectif de refléter les meilleures pratiques internationales. Celles-ci peuvent, par conséquent, se démarquer de pratiques arbitrales à caractère local pouvant soit être divergentes ou plus restrictives, soit admettre plus largement la possibilité de Communications Ex Parte.

Les Communications Ex Parte, telles que celles-ci sont définies par les présentes Lignes Directrices, ne sont admises que dans certains cas spécifiques. En dehors de ces cas spécifiques, le Représentant d'une Partie doit s'abstenir de toute communication Ex Parte. Les Lignes Directrices n'ont pas entendu définir la période pendant laquelle il est considéré que le Tribunal Arbitral est en cours de constitution. Toute communication effectuée dans le contexte de la constitution du Tribunal Arbitral ou ayant un lien avec cette dernière est couverte par les présentes Lignes Directrices.

Les Communications Ex Parte avec un Arbitre potentiel (que ce soit en vue de sa nomination comme arbitre ou comme Président du Tribunal Arbitral) doivent être limitées à une description générale du différend et à l'obtention d'informations concernant l'aptitude de l'Arbitre potentiel, ainsi que cela est décrit ci-après de manière détaillée. Le Représentant d'une Partie ne doit pas tirer avantage de telles communications pour chercher à connaître le point de vue de l'arbitre potentiel sur le fond de l'affaire.

Dans le cadre de communications ayant lieu en vue de la nomination d'un arbitre, les sujets de discussion énumérés ci-après sont appropriés afin de permettre d'apprécier son expertise, son expérience, sa capacité, sa disponibilité et l'existence d'éventuels conflits d'intérêts: (a) les publications de l'Arbitre potentiel, y compris ses livres et articles, ainsi que ses interventions et participation lors de conférences; (b) toutes activités de l'Arbitre potentiel, ainsi que du cabinet dans lequel il ou elle exerce, qui pourraient faire naître des doutes légitimes quant à son indépendance et impartialité; (c) une description générale de la nature du litige; (d) les termes de la convention d'arbitrage, et en particulier tout accord quant au siège, à la langue, à la loi applicable ou au règlement d'arbitrage; (e) l'identité des Parties, des Représentants des Parties, des Témoins, des Experts et des parties intéressées; et (f) le calendrier envisagé et la conduite générale de la procédure.

Dans certaines circonstances, si les Parties en conviennent ou si le droit applicable le permet, des requêtes au Tribunal Arbitral en l'absence de la ou des Partie(s) adverse(s) ou sans qu'elle(s) en ai(en)t été informée(s), peuvent être permises. Tel peut notamment être le cas dans le contexte de demandes de mesures provisoires.

Enfin, le Représentant d'une Partie est autorisé à communiquer avec le Tribunal Arbitral bien que l'autre Partie ou les autres Parties ne participent pas à la procédure ou à une audience, et n'est pas ou ne sont pas représentée(s).

## **Soumissions au Tribunal Arbitral**

**9.** Le Représentant d'une Partie ne doit pas sciemment communiquer au Tribunal Arbitral des informations inexactes quant aux faits de la cause.

**10.** Dans le cas où il viendrait à la connaissance du Représentant d'une Partie qu'il a communiqué au Tribunal Arbitral des informations inexactes quant aux faits de la cause, ce dernier doit sans tarder, sous réserve de toute considération tenant à la confidentialité et au secret professionnel, les rectifier.

**11.** Le Représentant d'une Partie ne doit pas soumettre, que ce soit par un Témoin ou un Expert, une preuve qu'il ou elle sait être inexacte. Si un Témoin ou un Expert entend fournir une preuve que le Représentant d'une Partie sait inexacte, ou dont il découvre par la suite qu'elle est inexacte, ce dernier doit immédiatement informer la Partie qu'il ou elle représente de la nécessité de prendre des mesures afin de rectifier cette situation et des conséquences d'un manquement à ce faire. Selon les circonstances, et sous réserve de toutes considérations tenant à la confidentialité et au secret professionnel, le Représentant de la Partie doit sans tarder prendre des mesures correctives, lesquelles peuvent inclure une ou plusieurs des mesures suivantes :

- (a) conseiller au Témoin ou à l'Expert de donner un témoignage véridique;
- (b) prendre toute mesure raisonnable afin de dissuader le Témoin ou l'Expert de soumettre une preuve inexacte;
- (c) encourager le Témoin ou l'Expert à corriger ou à retirer une preuve inexacte;
- (d) corriger ou retirer lui-même une preuve inexacte;
- (e) se retirer en qualité de Représentant d'une Partie si les circonstances l'exigent.

### **Note explicative aux Lignes Directrices 9 à 11**

Les Lignes Directrices 9 à 11 traitent des devoirs du Représentant d'une Partie dans le contexte de soumissions faites au Tribunal Arbitral, ou de la production de preuves. Le principe sur lequel sont fondées les Lignes Directrices est parfois appelé devoir de candeur ou d'honnêteté envers le Tribunal Arbitral.

Les Lignes Directrices identifient deux aspects du devoir de candeur ou d'honnêteté du Représentant d'une Partie: le premier concerne les soumissions faites par le Représentant d'une Partie lui-même quant aux faits de la cause (Lignes Directrices 9 et 10), et le second concerne la preuve soumise par un Témoin ou un Expert (Ligne Directrice 11).

Concernant les soumissions faites au Tribunal Arbitral, les présentes Lignes Directrices contiennent deux limitations aux devoirs des Représentants des Parties. En premier lieu, les Lignes Directrices 9 et 10 ne concernent que les seules informations inexactes quant aux faits de la cause. En second lieu, le Représen-



tant d'une Partie doit avoir effectivement connaissance de la nature inexacte de ces informations, laquelle peut se déduire des circonstances.

En application de la Ligne Directrice 10, le Représentant d'une Partie doit corriger sans délai toute information factuelle inexacte qui aurait été soumise au Tribunal, à moins qu'il n'en soit empêché par toute considération tenant à la confidentialité ou au secret professionnel. Ce principe s'applique également au nouveau Représentant d'une Partie qui, succédant dans la représentation de cette Partie, apprend que son prédécesseur avait soumis des informations factuellement inexactes au Tribunal Arbitral.

Concernant les soumissions de nature juridique faites au Tribunal, le Représentant d'une Partie peut soumettre toute interprétation d'une loi, d'un contrat, d'un traité ou d'un texte de doctrine qu'il estime raisonnable.

La Ligne Directrice 11 concerne la présentation au Tribunal Arbitral de preuves que le Représentant d'une Partie sait inexactes. Le Représentant d'une Partie ne doit pas sciemment transmettre des preuves ou des témoignages inexacts au Tribunal Arbitral. Le Représentant d'une Partie ne doit donc pas inciter un Témoin ou un Expert à soumettre une preuve inexacte, ou l'assister dans la préparation d'une preuve inexacte, que cette preuve soit contenue dans un témoignage oral, dans une Déclaration de Témoin ou dans un Rapport d'expertise.

Les explications qui viennent d'être énoncées pour les Lignes Directrices 9 et 10 s'appliquent également à la Ligne Directrice 11. La Ligne Directrice 11 est plus spécifique s'agissant des mesures correctives que le Représentant d'une Partie peut prendre dans le cas où un Témoin ou un Expert a l'intention de présenter, ou présente, des preuves que le Représentant d'une Partie sait inexactes ou dont il apprend ultérieurement qu'elles le sont. La liste de mesures correctives figurant à la Ligne Directrice 11 n'est pas exhaustive. Ces mesures peuvent aller jusqu'au retrait du Représentant d'une Partie lorsque les circonstances l'exigent. La Ligne Directrice 11 reconnaît, par l'utilisation du terme «peut», que certaines mesures correctives, telles que la correction ou le retrait des preuves inexactes soumises par un Témoin ou un Expert, peuvent ne pas être compatibles avec les règles déontologiques auxquelles un conseil peut être soumis dans certaines juridictions.

## **Production de Documents**

**12.** Lorsque la procédure arbitrale implique ou est susceptible d'impliquer la production de Documents, le Représentant d'une Partie doit informer son client de la nécessité de préserver dans la mesure du possible ceux qui sont potentiellement pertinents pour l'arbitrage. Cette préservation inclut les Documents

conservés sous forme électronique qui seraient autrement détruits en application de la politique interne de conservation des Documents de la Partie ou dans le cours de l'administration ordinaire de cette dernière.

**13.** Le Représentant d'une Partie ne doit pas formuler de Demande de production de Documents, ni d'objection à une Demande de production de Documents, sans raison légitime ou dans le seul but de perturber ou de retarder indûment la procédure.

**14.** Le Représentant d'une Partie doit expliquer à la Partie qu'il représente que cette dernière a l'obligation de produire tout Document qu'elle s'est engagée à produire, ou tout Document qu'il lui aurait été ordonné de produire, ainsi que les conséquences éventuelles d'un manquement à ce faire.

**15.** Le Représentant d'une Partie doit conseiller à la Partie qu'il représente de prendre toutes les mesures raisonnables, et l'aider lors de la mise en œuvre de ces mesures, afin de s'assurer: (i) qu'une recherche raisonnable des Documents que la Partie s'est engagée à produire ou qu'il lui a été ordonné de produire soit faite; et (ii) que tous les Documents pertinents non couverts par le secret professionnel soient produits.

**16.** Le Représentant d'une Partie ne doit pas détruire ou dissimuler, ou conseiller une Partie de détruire ou de dissimuler, des Documents dont une autre Partie a demandé la production, ou que la Partie qu'il représente s'est engagée à produire, ou encore des Documents qu'il lui a été ordonné de produire.

**17.** Si, au cours de l'arbitrage, le Représentant d'une Partie apprend l'existence d'un Document qui aurait dû être produit, mais qui ne l'a pas été, ce Représentant doit aviser la Partie qu'il représente de la nécessité de produire ce Document, et l'informer des conséquences pouvant découler de l'absence d'une telle production.

### **Note explicative aux Lignes Directrices 12 à 17**

L'IBA a traité de la production de Documents dans les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (cf. Articles 3 et 9). Les Lignes Directrices 12 à 17 concernent la conduite des Représentants des Parties dans le cadre de cette production.

Les Représentants des Parties sont souvent incertains quant à la question de savoir si, et dans quelle mesure, leurs propres standards nationaux de déontologie s'appliquent à la préservation, à la recherche et à la production de Documents dans l'arbitrage international. Il est fréquent que les Représentants des Parties dans une même procédure arbitrale appliquent à ces questions des standards différents. Le Représentant d'une des Parties pourra ainsi se considérer tenu de garantir que la Partie qu'il représente a entrepris une recherche raisonnable de Documents et produit tous les Documents pertinents non couverts par

le secret professionnel, tandis qu'un autre pourra estimer que la production des Documents relève de la seule responsabilité de la Partie qu'il représente. Dans un tel cas de figure, l'inégalité d'accès à l'information ou aux preuves qui en résulte est susceptible de miner l'intégrité et l'équité de la procédure arbitrale.

Les Lignes Directrices ont vocation à répondre à ces difficultés en proposant des standards communs applicables à la conduite des Représentants des Parties dans l'arbitrage international. De tels standards peuvent ne pas être nécessaires lorsque les Représentants des Parties partagent une même conception de leur rôle dans le contexte de la production de Documents, ou lorsque la production de Documents n'a pas lieu ou a vocation à rester très limitée.

Les Lignes Directrices entendent promouvoir la mise en œuvre de mesures objectivement raisonnables afin d'assurer la préservation, la recherche et la production des Documents qu'une Partie a l'obligation de communiquer.

Selon les Lignes Directrices 12 à 17, le Représentant d'une Partie doit, selon les circonstances, conseiller à la Partie qu'il représente: (i) d'identifier les personnes se trouvant sous le contrôle de cette Partie qui pourraient posséder des Documents potentiellement pertinents pour l'arbitrage, y compris ceux qui seraient conservés sous forme électronique; (ii) d'informer ces personnes de la nécessité de conserver ces Documents et de n'en détruire aucun; et (iii) de suspendre toute politique ou pratique de conservation de Documents en application desquelles des Documents éventuellement pertinents seraient normalement détruits ou ne pas tenir compte d'une telle politique ou pratique.

Selon les Lignes Directrices 12 à 17, le Représentant d'une Partie doit, selon les circonstances, conseiller à la Partie qu'il représente: (i) de prendre toutes mesures raisonnables afin de mettre en place un système de collecte et de traitement des Documents détenus par des personnes se trouvant sous son contrôle permettant d'identifier ceux qui peuvent être pertinents pour l'arbitrage ou dont la production a été demandée par une autre Partie, et assister la Partie dans la mise en œuvre de ces mesures; et (ii) de s'assurer qu'une copie de tous ces Documents soit fournie au Représentant de la Partie, ou que ce dernier puisse y avoir accès.

Alors que l'Article 3 des Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international prévoit la production de Documents qui sont pertinents au regard des questions en litige et de la solution du différend, la Ligne Directrice 12 fait uniquement référence au caractère potentiellement pertinent des Documents au regard des questions en litige. L'objectif poursuivi est en effet ici différent dès lors que, lorsqu'il conseille à la Partie de préserver des Documents, le Représentant de cette Partie n'est généralement pas en mesure d'en apprécier l'impact sur la solution du litige. Le devoir de conserver et de collecter des Documents s'apprécie ainsi par seule référence à leur pertinence par rapport aux questions en litige.

Enfin, un Représentant d'une Partie ne devrait pas faire de Demande de production, ou objecter à une Demande de production, lorsqu'une telle demande ou objection ne vise qu'à perturber le bon déroulement de la procédure, à obtenir des Documents à des fins étrangères à l'arbitrage, ou à causer un retard injustifié (Ligne Directrice 13).

## **Témoins et Experts**

**18.** Lorsqu'il approche un Témoin ou Expert potentiel en vue de rechercher des informations, le Représentant d'une Partie doit s'identifier ainsi que la Partie qu'il représente, et doit indiquer la raison pour laquelle cette information est recherchée.

**19.** Le Représentant d'une Partie doit informer tout Témoin potentiel de son droit de choisir son propre conseil et de l'instruire en regard de la démarche dudit Représentant, ainsi que de son droit de mettre un terme au contact ainsi engagé.

**20.** Le Représentant d'une Partie peut assister un Témoin dans la préparation de sa Déclaration de Témoin, ainsi qu'un Expert dans la préparation de son Rapport d'expertise.

**21.** Le Représentant d'une Partie doit veiller à s'assurer que la Déclaration de Témoin reflète le point de vue personnel du Témoin quant aux faits, événements et circonstances pertinents.

**22.** Le Représentant d'une Partie doit veiller à s'assurer que le Rapport d'expertise reflète l'analyse et l'opinion personnelles de l'Expert.

**23.** Le Représentant d'une Partie ne doit pas inviter ou encourager un Témoin à fournir une preuve inexacte.

**24.** Le Représentant d'une Partie peut rencontrer ou interagir avec les Témoins et les Experts afin de discuter et préparer leur futur témoignage, mais de manière compatible avec le principe selon lequel ce témoignage doit refléter le point de vue personnel du Témoin quant aux faits, événements et circonstances pertinents, ou l'analyse et l'opinion personnelle de l'Expert.

**25.** Le Représentant d'une Partie peut payer, offrir de payer, ou approuver le paiement :

- (a) des frais raisonnablement engagés par un Témoin ou un Expert dans la préparation de son témoignage ou pour témoigner à une audience;
- (b) d'une indemnisation raisonnable pour le temps passé par un Témoin pour préparer son témoignage et pour témoigner;
- (c) d'honoraires raisonnables pour les services professionnels d'un Expert désigné par une Partie.

### **Note explicative aux Lignes Directrices 18 à 25**

Les Lignes Directrices 18 à 25 traitent des relations entre les Représentants des Parties et les Témoins et Experts. Ces relations sont également évoquées aux Lignes Directrices 9 à 11, relatives aux soumissions faites au Tribunal Arbitral.

Nombre de praticiens de l'arbitrage international souhaitent que les règles applicables aux relations entre les Représentants d'une Partie et les Témoins et Experts soient plus transparentes et prévisibles afin de promouvoir le principe d'égalité de traitement entre les Parties. L'existence de pratiques divergentes d'un pays à l'autre est en effet susceptible de créer des inégalités et de menacer ainsi l'intégrité des procédures arbitrales.

Les Lignes Directrices ont pour objectif de refléter les meilleures pratiques internationales concernant la préparation des témoignages des Témoins et Experts.

Lorsque le Représentant d'une Partie communique avec un Témoin potentiel, il doit révéler son identité et les motifs de sa démarche avant de chercher à recueillir la moindre information de la part dudit Témoin potentiel (Ligne Directrice 18). Le Représentant d'une Partie doit également faire connaître au Témoin potentiel son droit d'informer ou d'instruire son propre conseil relativement à ce contact et d'inclure ce conseil dans toute communication ultérieure (Ligne Directrice 19).

Dans certains pays, les règles nationales de déontologie imposent des standards plus élevés concernant les contacts avec des Témoins potentiels dont on sait qu'ils sont représentés par un conseil. Par exemple, dans certains pays de common law, il est interdit à un conseil de contacter un Témoin potentiel dès lors que le conseil sait que le Témoin est représenté dans le cadre de l'arbitrage.

Dans le cas où le Représentant d'une Partie est d'avis qu'il est soumis à des standards plus élevés que ceux prévus par les présentes Lignes Directrices, il peut soulever la question avec l'autre Partie et/ou avec le Tribunal Arbitral.

Comme la Ligne Directrice 20 le prévoit, le Représentant d'une Partie peut aider à la préparation des Déclarations de Témoin et de Rapports d'expertise, mais il doit, ce faisant, veiller à s'assurer que la Déclaration de Témoin reflètera le point de vue personnel du Témoin quant aux faits, événements et circonstances pertinents (Ligne Directrice 21), et que le Rapport d'expertise reflètera le point de vue, l'analyse et les conclusions personnelles de l'Expert (Ligne Directrice 22).

Le Représentant d'une Partie ne doit pas inviter ou encourager un Témoin à fournir une preuve inexacte (Ligne Directrice 23).

Dans le cadre de la préparation de leur témoignage, le Représentant d'une Partie peut rencontrer les Témoins ou Experts (ou Témoins potentiels et Experts potentiels) afin de discuter avec eux de leur futur témoignage. Le Représentant

d'une Partie peut également assister un Témoin ou un Expert dans la préparation de sa Déclaration de Témoin ou de son Rapport d'expertise. De plus, le Représentant d'une Partie peut assister un Témoin dans la préparation de son interrogatoire ou contre-interrogatoire, y compris par la voie d'un exercice de questions-réponses (Ligne Directrice 24). Cette préparation peut inclure une revue des procédures par le moyen desquelles le témoignage sera donné, ainsi qu'une préparation de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire. De tels contacts ne doivent néanmoins pas affecter l'authenticité des témoignages des Témoins et Experts, qui doivent à tout moment refléter le point de vue personnel du Témoin quant aux faits, événements et circonstances pertinents, ou l'analyse et l'opinion personnelle de l'Expert.

Enfin, les Représentants des Parties peuvent payer, offrir de payer ou approuver le paiement à un Témoin d'une indemnisation raisonnable pour le temps passé à préparer son témoignage et pour témoigner, et d'honoraires raisonnables pour les services professionnels d'un Expert (Ligne Directrice 25).

### **Sanctions en cas de Violation**

**26.** Si le Tribunal Arbitral, après en avoir informé les Parties et leur avoir donné une occasion raisonnable d'être entendues, constate que le Représentant d'une Partie a commis une Violation, le Tribunal Arbitral peut, selon les cas :

- (a) admonester ce Représentant d'une Partie ;
- (b) en tirer les conclusions qui s'imposent dans son appréciation de la preuve invoquée raisonnables quant à l'évaluation des preuves visées ou des arguments juridiques avancés par ce Représentant d'une Partie ;
- (c) prendre en compte la Violation commise par ce Représentant d'une Partie dans la répartition des coûts de l'arbitrage en indiquant au besoin comment et dans quelle mesure cette Violation a conduit le Tribunal à une répartition différente de ces coûts ;
- (d) prendre toute autre mesure appropriée afin de préserver l'équité et l'intégrité de la procédure.

**27.** Le Tribunal Arbitral, lorsqu'il sanctionne une Violation, doit prendre en compte :

- (a) la nécessité de préserver l'intégrité et l'équité de la procédure arbitrale ainsi que le caractère exécutoire de sa sentence ;
- (b) l'impact potentiel de sa décision relative à une Violation sur les droits des Parties ;
- (c) la nature et la gravité de la Violation, ainsi que ses conséquences sur le déroulement de la procédure ;
- (d) la bonne foi du Représentant de la Partie ;

- (e) toutes considérations pertinentes quant au secret professionnel et à la confidentialité; et
- (f) la mesure dans laquelle la Partie représentée connaissait, a toléré, a incité ou a participé à la Violation.

**Note explicative aux Lignes Directrices 26 et 27**

Les Lignes Directrices 26 et 27 concernent les sanctions pouvant être prononcées en cas de Violation de la part du Représentant d'une Partie.

Leur but est de préserver ou de restaurer l'équité et l'intégrité de la procédure arbitrale.

Le Tribunal Arbitral doit chercher à appliquer la sanction ou la combinaison de sanctions la plus proportionnée eu égard à la nature et à la gravité de la Violation, à la bonne foi du Représentant de la Partie et de la Partie qu'il représente, à l'impact de la sanction sur les droits des Parties et à la nécessité de préserver l'intégrité, l'efficacité et l'équité de l'arbitrage ainsi que le caractère exécutoire de la sentence.

La Ligne Directrice 27 dresse une liste de facteurs devant être pris en compte par le Tribunal Arbitral. Cette liste n'est ni exhaustive ni obligatoire, et reflète l'équilibre qui doit être observé lorsqu'il est question de sanctionner la Violation des devoirs du Représentant d'une Partie afin d'assurer que la procédure arbitrale se déroule de la manière la plus juste et la plus appropriée.

Avant de sanctionner une prétendue Violation, il est important que le Tribunal Arbitral donne aux Parties et au Représentant mis en cause le droit d'être entendus quant aux allégations formulées à leur encontre.

## Annexe II: The Hague Principles on Ethical Standard for Counsel Appearing before international courts and tribunals

### **The Study Group of the International Law Association on the Practice and Procedure of International Courts and Tribunals:**

*Convinced* that the identification of clear and transparent principles of general application will contribute to the maintenance of the highest standards of professional conduct for counsel in proceedings before international courts and tribunals with a view to ensuring the integrity, justice and fairness of the international judicial process;

*Conscious* of the need to provide courts and counsel with practical guidance in order to resolve the ethical questions which can arise in reconciling counsel's duties to the court and to their client;

*Recognising* that general principles for counsel are a useful and necessary complement to the Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary 2005;

*Noting* the United Nations Basic Principles on the Role of Lawyers 1990; the relevant procedural rules of the principal international courts; ethical standards adopted by the International Bar Association and the Council of Bars and Law Societies of Europe and other international rules and standards on the ethical standards of the Bar;

*Mindful* of the special challenges faced by counsel in proceedings before international courts and tribunals in view of the non-national context in which they operate and differing national ethical rules;

*Noting* that these Principles are not intended to displace any special provision made in the ethical rules of a particular international court or tribunal;

*Recognising* that each international court and tribunal has its own characteristics and functions and that each international court may need to adapt principles to fit its particular circumstances and practices;

*Conscious* that international courts and tribunals have an inherent power and duty to conduct the proceedings before them in a manner that ensures that the parties are treated fairly and with equality and may decide to secure this objective by making procedural or other orders or decisions concerning the role and conduct of counsel;

**PROPOSES** the following Principles on Ethical Standards for Counsel Appearing before International Courts and Tribunals:



## 1. Scope

1.1 The Principles apply to any person discharging the functions of counsel by representing, appearing on behalf of, or providing legal advice to a party in proceedings before an international court or tribunal, however such person may be described, and whether or not the person has professional legal training or is admitted as a member of a bar association or other professional body.

1.2 <International court or tribunal> refers to a court or tribunal created under and governed by international law, including criminal and non- criminal courts, whether standing or *ad hoc*, and, as appropriate, to an international arbitral tribunal in a proceeding in which one or more of the parties is a state.

1.3 Subject to Principle 5.1, counsel has a duty to ensure, so far as possible, compliance with these Principles in proceedings before an international court or tribunal and with such national ethical rules as may be applicable to him or her.

## 2. General Principles

Counsel shall strive to carry out their duties in a manner which achieves compliance with a number of core principles, subject to the need to strike a balance between them in particular situations:

2.1 *Fair administration of justice*: Counsel has a duty of loyalty to his or her client consistent with a duty to the international court or tribunal to contribute to the fair administration of justice and the promotion of the rule of law.

2.2 *Independence*: Counsel shall maintain independence of conduct in the performance of his or her duties and shall act without regard to personal interests or external pressure.

2.3 *Professionalism*: Counsel shall discharge his or her professional duties with integrity, diligence, efficiency and with a view to avoiding unnecessary expense or delay.

2.4 *Confidentiality*: Counsel shall respect the confidential character of any information imparted to him or her in confidence in the litigation.

## 3. Relations with the Client

3.1 *Loyalty*: Counsel shall loyally discharge his or her professional duties in the best interests of the client, placing those interests before his or her own or those of any third party to the proceedings.

3.2 *Integrity*: Counsel shall not engage in any activity for a client, nor allow any other person to engage in any activity on counsel's behalf, that he or she reasonably believes to be criminal, fraudulent or otherwise in conflict with these

Principles. Counsel shall not advise or assist a client to engage in conduct that he or she knows or ought to know is criminal or fraudulent or otherwise in conflict with these Principles.

3.3 *Professionalism*: Counsel shall discharge his or her professional duties competently and with integrity, diligence and efficiency and with a view to avoiding unnecessary expense or delay. Professionalism denotes both the requisite skill and the ability to dedicate the time and resources necessary to perform the required duties.

3.4 *Confidentiality*: Without prejudice to the rules of an international court or tribunal, counsel shall not disclose any information communicated by the client to counsel in a professional capacity unless authorised to do by the client. This duty applies in preparation for and during the proceedings and continues after their conclusion.

3.5 *Acceptance*: Counsel shall not accept a case if such acceptance will, or will be likely to, result in a violation of any of these Principles.

3.6 *Withdrawal*: Counsel may withdraw from a case where good cause for withdrawal exists, including a failure by the client to pay fees in a timely manner. Counsel exercising such right of withdrawal shall provide the client with reasonable notice.

#### **4. Conflicts of Interest**

This Principle identifies situations in which counsel may be precluded from representing a client before an international court or tribunal by virtue of the conflicting interest which counsel may have arising from his representation of another current or former client, a third party, or his own interests:

4.1 Counsel may not represent two or more clients in the same proceedings if there is a reasonable risk of a conflict between the interests of those clients.

4.2 Counsel may not represent a new client in proceedings where a former client is party to the same or closely related proceedings and there exists a material risk of breach of confidentiality, except with the express authorisation of the former client.

4.3 The personal interests of counsel create an impermissible conflict where he or she:

4.3.1 has personal links to another party that might create a reasonable risk of a conflict of interest;

4.3.2 has a material personal, professional or financial interest in the outcome;

4.3.3 has a reasonable expectation that he or she may be required to give evidence in the proceedings as a witness of fact;

4.3.4 has served as a judge or other officer of the international court or tribunal within the previous three years or such other period as the court or tribunal may establish by its rules; or

4.3.5 has previously dealt with the case in a judicial capacity.

4.4 Notwithstanding Principle 4, counsel is not precluded from acting in a case in which he or she has made appropriate disclosure in writing of the facts relevant to the Principle on the basis of which the parties have given their express consent.

## **5. Relations with the International Court or Tribunal**

5.1 Counsel shall abide by the rules of conduct, orders and directions of the international court or tribunal.

5.2 Counsel shall act in a manner that is conducive to the fair conduct of proceedings.

5.3 Counsel shall at all times address the international court or tribunal in a respectful manner.

5.4 Except as permitted by these Principles, when representing a client in a pending matter a counsel shall not communicate about the substance of the proceedings with any member of the international court or tribunal outside the presence of opposing counsel. Notwithstanding the foregoing, such communication may be permitted if:

- (a) authorized by the rules or orders of the international court or tribunal;
- (b) the communication is in writing and opposing counsel receives a copy of the communication at the same time as the international court or tribunal; or
- (c) where permitted by the international court or tribunal, there is express agreement by all counsel and parties to such communication.

5.5 Counsel shall exercise appropriate caution in his or her personal contacts with the judges, officers and staff of the international court or tribunal, in particular in relation to any pending case. Any such contacts should be conducted in a manner that is compatible with the exercise of an independent judicial function and that may not affect or reasonably appear to affect independence or impartiality.

## **6. Presentation of Evidence**

6.1 Counsel shall present evidence in a fair and reasonable manner and shall refrain from presenting or otherwise relying upon evidence that he or she knows or has reason to believe to be false or misleading.

6.2 Counsel may engage in pre-testimonial communication with a witness, subject to such rules as the international court or tribunal may have adopted.

6.3 Counsel shall comply with the procedural rules of the international court or tribunal when presenting evidence.

6.4 Counsel shall comply with the rules and orders of an international court or tribunal regarding the confidentiality of the proceeding or with any other applicable laws and regulations regarding the confidentiality of the proceeding.

## **7. Relations with Others**

7.1 Counsel shall at all times treat each other, as well as witnesses, third parties, experts and officers of the international court or tribunal, with due respect, courtesy and dignity.

7.2 Counsel shall use best endeavours to cooperate effectively with each other.

7.3 Counsel shall respect any conditions attaching to correspondence received from counsel for the opposing party, including confidentiality.

7.4 Counsel shall not engage in any direct communication with the opposing party, where that party has retained counsel, except with the latter's consent or by order of the international court or tribunal.

27 September 2010 (Final)

# Bibliographie indicative

## I. Sources légales

### A. Traités internationaux

1. Convention pour le Règlement Pacifique des Conflits Internationaux du 29 juillet 1899, RS. 0.193.211
2. Convention pour le Règlement Pacifique des Conflits Internationaux du 18 octobre 1907, RS 0.193.212.
3. Pacte de la Société des Nations, signé à Versailles le 28 juin 1919.
4. Charte des Nations Unies, signée à Sans Francisco le 26 juin 1945, RS. 0.120 (Statut de la Cour internationale de Justice, adopté le 26 juin 1945 et annexé à la Charte des Nations Unies).
5. Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce, conclu à Genève le 30 octobre 1947, RS 0.632.21.
6. Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965 (Convention CIRDI), RS 0.975.2.
7. Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, faite à Vienne, le 14 mars 1975 (non encore en vigueur).
8. Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer du 10 décembre 1982, RS 0.747.305.15. (Statut du Tribunal international du droit de la mer (annexe VI à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer).
9. Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, Conclu à Marrakech le 15 avril 1994, RS 0.632.20 (et son annexe II: Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends).
10. Accord instituant le Centre Consultatif sur la Législation de l'OMC, conclu à Seattle le 30 novembre 1999, RS 0.632.209.
11. Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1er juillet 2002, R.S. 0.312.1.

### B. Législation

1. Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (France).

2. Décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences (Version consolidée du 27 mars 2017) (France).
3. Code de Déontologie des Avocats de l'Union Européenne a été adopté lors de la Session Plénière du CCBE le 28 octobre 1988 et modifié lors des Sessions Plénières du 28 novembre 1998 et du 6 décembre 2002.
4. Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) du 23 juin 2000, RS. 935.61 (Suisse).
5. Règlement N° 10/06/CM/UEMOA/DU 25/07/06 relatif à la libre circulation et à l'établissement des avocats ressortissants de l'Union au sein de l'espace UEMOA
6. Loi sur la profession d'avocat (LPAv) du 9 juin 2015, RS 177.11 (Suisse).
7. Règlement suisse d'arbitrage international (RSAI) de juin 2012 (Suisse).

### **C. Règles régissant le fonctionnement des cours et tribunaux internationaux**

1. Règlement de la Cour internationale de Justice, adopté le 14 avril 1978 et entré en vigueur le 1er juillet 1978.
2. Règles de procédure types pour le chapitre 20 de l'Accord de libre-échange nord-américain, adoptées conformément à l'article 2012 (1) de l'Accord ALENA du 1<sup>er</sup> janvier 1994.
3. Règlement du Tribunal (ITLOS/8), tel qu'adopté le 28 octobre 1997 et tel qu'amendé le 15 mars 2001, le 21 septembre 2001 et le 17 mars 2009.
4. Lignes directrices concernant la préparation et la présentation des affaires dont le tribunal est saisi, établies par le tribunal international du droit de la mer le 28 octobre 1997.
5. Protocole de justice de la Cour de justice de l'Union Africaine, adopté le 11 juillet 2003
6. Résolution *ICC-ASP/4/Res.1*, de la Cour pénale internationale (CPI), Adoptée par consensus à la troisième séance plénière, le 2 décembre 2005.
7. Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage CIRDI), 10 avril 2006.
8. Instructions de procédure XIII, telles qu'amendées par la CIJ le 20/01/2009 et le 21/03/2013.
9. Règlement d'arbitrage de la Cour permanente d'arbitrage du 17 décembre 2012.

10. Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, résolution adoptée par l'Assemblée générale le 16 décembre 2013.
11. LCIA Arbitration Rules, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2014
12. Règlement De Procédure Du Tribunal du 4 mars 2015 (JO 2015, L 105, p. 1), modifié le (1) 13 juillet 2016 (JO 2016, L 217, p. 71) (2) 13 juillet 2016 (JO 2016, L 217, p. 72) (3) 13 juillet 2016 (JO 2016, L 217, p. 73) (4) 31 juillet 2018 (JO 2018, L 240, p. 67).
13. Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme, adopté le 19 septembre 2016, en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2018.
14. Code de conduite des membres et des anciens membres de la Cour de justice de l'Union Européenne, Journal Officiel de l'Union Européenne, C 483, 23 décembre 2016, p. 1.

#### **D. Soft law**

1. Résolution 90 (I) de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 11 décembre 1946, portant sur les Privilèges et immunités des membres de la Cour internationale de Justice, du Greffier, des fonctionnaires du Greffe, des assesseurs, des agents et conseils des parties ainsi que des témoins et des experts.
2. La Déclaration De Perugia sur les Principes Déontologiques des barreaux de la Communauté Européenne, adoptée par la Commission Consultative des barreaux de la Communauté Européenne, le 16 septembre 1977.
3. Les principes de base relatifs au rôle du barreau adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990.
4. Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et annexé à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001.
5. Charte de Turin sur l'exercice de la profession d'avocat au XXI<sup>e</sup> siècle du 27 octobre 2002.
6. Charte des principes essentiels de l'avocat européen, 24 novembre 2006.
7. Principes de la Haye sur les standards éthiques pour les conseils devant les cours et tribunaux internationaux du 27 septembre 2010.
8. Les principes internationaux de déontologie de la profession juridique de l'Association internationale du barreau (AIB), du 28 mai 2011.

9. Lignes directrices de l'AIB sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international, Approuvées le 25 mai 2013 par le Conseil de l'Association internationale du barreau.

## II. Jurisprudence

### A. CPJI

1. *Affaire du Vapeur Wimbledon, (Grande-Bretagne, France, Italie, Japon/Allemagne; Intervention de la Pologne)*, Arrêt du 17 août 1923, Série A, N° 1.
2. *Colons allemands en Pologne*, avis consultatif, 10 septembre 1923, (B06)
3. *Affaire relative aux concessions Mavromatis en Palestine (Grèce c. Grande Bretagne)*, Arrêt du 30 août 1924, Série A, N° 2.
4. *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise, Exceptions préliminaires (Allemagne c. Pologne)*, Arrêt du 25 août 1926, Série A, N° 6.
5. *Affaire relative de Chorzów (Allemagne/Pologne)*, Ordonnance du 25 mai 1929, Série A, N° 17.
6. *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, Ordonnance du 19 août 1929, Série A, N° 22.
7. *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne, Section de ligne Landwarow-Kaisiadorys*, Avis consultatif du 15 octobre 1931, Série A/B, N° 42.
8. *Avis relatif au traitement des nationaux danzikois*, Avis consultatif du 4 février 1932, série A/B, N° 44.
9. *Affaire relative au statut juridique du territoire du sud-est du Groenland*, Ordonnance des 2 et 3 août 1932 et du 11 mai 1933, Série C, N° 69.
10. *Statut juridique du Groenland oriental*, Arrêt du 5 avril 1933, Série A/B, N° 53.
11. *Appel contre une sentence du Tribunal Arbitral Mixte Hungaro-Tchécoslovaque (Université Peter Pazmany c/État Tchécoslovaque)*, Arrêt du 15 décembre 1933, Série A/B, N° 61.
12. *Affaire Pajzs, Csaky, Esterhazy*, Arrêt du 16 décembre 1936, Série A/B, N° 68.

### B. CIJ

1. *Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, arrêts des 25 mars 1948; 9 avril et 15 décembre 1949/ Procès-verbaux des séances tenues du 9 novembre 1948 au 9 avril 1949, Compte rendu 1949/2, vol. IV



2. *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif: C.I.J. Recueil 1949, p. 174.
3. *Affaires de pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951*, CIJ, Recueil 1951, p. 116.
4. *Affaire Haya de la Torre, arrêt du 13 juin 1951*, CIJ Recueil 1951, p. 71/Procès-verbaux des séances publiques tenues le 15 mai 1951, Compte rendu 1951.
5. *Affaire Nottebohm (deuxième phase), Arrêt du 06 avril 1955: CIJ. Recueil 1955, p. 4.*
6. *Affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande, arrêts du 26 mai 1961 et du 15 juin 1962)*, recueil CIJ 1961, p. 17, recueil CIJ 1962, p. 6.
7. *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt du 02 décembre 1963*, Procès-verbaux des audiences publiques tenues au Palais de la Paix, La Haye, du 19 septembre au 3 octobre et le 2 décembre 1963, Compte rendu 1963/1.
8. *Sud-Ouest Africain, deuxième phase, arrêt, CIJ, Recueil 1966, p. 6/Mémoires, Sud-Ouest africain.*
9. *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, CIJ, Recueil 1969, p. 3.*
10. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, CIJ Recueil 1970, p. 3.*
11. *Demande de réformation du jugement no 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, CIJ Recueil 1973, p. 166.*
12. *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, CIJ, recueil 1974, p. 253.*
13. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, CIJ Recueil 1986, p. 14.*
14. *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Recueil 1989, p. 15.*
15. *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt CIJ, Recueil 1991, p. 53.*
16. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, CIJ Recueil 1993, p. 325.*
17. *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, Audience publique tenue le mardi 13 juillet 1993, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de sir Robert Jennings, président, CR 1993/31.
18. *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 septembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. la France)*, recueil 1995, p. 288.

19. *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Audience publique tenue le lundi 14 avril 1997, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Schwebel, président, CR 1997/15.
20. *Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires (*Nigéria c. Cameroun*), arrêt, *CIJ Recueil 1999*, p. 31.
21. *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt *CIJ, Recueil 1999*, p. 1045.
22. *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif*; *CIJ Recueil 1999*, p. 62.
23. *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, fond*, arrêt, *CIJ Recueil 2001*, p. 40.
24. *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c. Nigeria; Guinée équatoriale (intervenante))*, arrêt *CIJ, recueil, 2002*, p. 303/ Compte rendu de l'audience publique tenue le 11 mars 2002, CR 2002/15 du 11 mars 2002.
25. *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique) – Mesures conservatoires*, Verbatim Record, 21 janvier 2003.
26. *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Ordonnance du 30 janvier 2004, CIJ, Recueil 2004*, p. 136.
27. *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt *CIJ, Recueil 2005*, p. 168.
28. *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 6.
29. *CII, Affaire relative au Statut vis-à-vis de l'État hôte d'un envoyé diplomatique auprès de l'Organisation des Nations Unies (Commonwealth de Dominique c. Suisse)*, ordonnance du 09 juin 2006.
30. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 43.
31. *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, *CIJ, Recueil 2008*, p. 177.
32. *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, fond, arrêt, *CIJ Recueil 2010*, p. 639/ Compte rendu de l'audience tenue le 26 avril 2010, CR 2010/3.
33. *Usines des pâtes à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt *CIJ, recueil 2010*, p. 14.

34. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, CIJ, Recueil 2012, p. 422.
35. *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 629.
36. *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 3.
37. *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014.
38. *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, demande tendant à la modification de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 3 mars 2014, ordonnance du 22 avril 2015, C.I.J. Recueil 2015, p. 556.
39. *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, ordonnance du 11 juin 2015, C.I.J. Recueil 2015, p. 572.
40. *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p. 672.
41. *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016, p. 833.
42. *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2016, p. 255.
43. *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Pakistan)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2016, p. 552.
44. *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018, p. 7.
45. *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan pacifique (Costa Rica c. Nicaragua) et Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt CIJ, 02 février 2018, p. 7.

### C. TIDM

1. Navire «SAIGA» (*Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée*), prompte mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 1997, p. 16.

2. Navire SAIGA (N° 2) (*Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée*), arrêt, *TIDM Recueil 1999*, p. 10.
3. Thon à nageoire bleue (*Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon*), mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, *TIDM Recueil 1999*, p. 280.
4. «Camouco» (*Panama c. France*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2000*, p. 10.
5. «Monte Confurco» (*Seychelles vs France*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2000*, p. 86.
6. «Grand prince» (*Belize c. France*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2001*, p. 17.
7. «Chaisiri Reefer 2» (*Panama c. Yémen*), ordonnance du 06 juillet 2001, *TIDM Recueil 2001*, p. 76.
8. «Volga» (*Fédération de Russie c. Australie*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2002*, p. 10.
9. «Juno Trader» (*Saint-Vincent-et-Les –Grenadines c. Guinée-Bissau*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2004*, p. 17.
10. «Hoshinmaru» (*Japon c. Fédération de Russie*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2005-2007*, p. 18.
11. «Tominmaru» (*Japon c. Fédération de Russie*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2005-2007*, p. 74.
12. Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif, 1<sup>er</sup> février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10.
13. Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (*Bangladesh/ Myanmar*), arrêt, *TIDM Recueil 2012*, p. 4.
14. Affaire du navire Louisa (*Saint Vincent et les Grenadines c. Royaume d'Espagne*), arrêt, *TIDM Recueil 2013*, p. 4.
15. Navire «Virginia G» (*Panama c. Guinée Bissau*), arrêt, *TIDM Recueil 2014*, p. 4.
16. Navire «Norstar» (*Panama c. Italie*), Exceptions Préliminaires, arrêt, *TIDM Recueil 2016*, p. 44.
17. Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (*Ghana/Côte d'Ivoire*), arrêt, *TIDM Recueil 2017*, p. 4.
18. Immobilisation de trois navires militaires ukrainiens (*Ukraine c. Fédération de Russie*), mesures conservatoires, ordonnance du 23 avril 2019, *TIDM Recueil 2018-2019*, p. 271.

**D. OMC**

1. *Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Rapport Du Groupe Spécial*, adopté le 22 mai 1997, WT/DS27/R/ECU.
2. *Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Rapport de l'Organe d'Appel*, adopté le 09 Septembre 1997, WT/DS27/AB/R.
3. *Indonésie – Certaines Mesures Affectant L'industrie Automobile, Rapport Du Groupe Spécial*, adopté le 02 juillet 1998, WT/DS54/R WT/DS55/R WT/DS59/R WT/DS64/R.
4. *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques Rapport du Groupe spécial*, adopté le 17 septembre 1998 WT/DS75/R WT/DS84/R,
5. *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils, Rapport de l'Organe d'Appel*, adopté le 20 août 1999, WT/DS70/AB/RW.
6. *Thaïlande – Droits Antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne, Rapport de l'Organe d'Appel* adopté le 12 mars 2001, WT/DS122/AB/R.
7. *Brésil – Programme de financement des exportations pour les Aéronefs, Deuxième recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'Accord sur le règlement des différends*, Rapport Du Groupe Spécial, adopté le 26 Juillet 2001, WT/DS46/RW/2.
8. *Mexique-Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, Rapport de l'Organe d'Appel, 06 mars 2006, WT/DS308/AB/R.

**E. CPA**

1. *Affaire des indemnités russes (dommages-intérêts réclamés par la Russie pour le retard apporté dans le paiement des indemnités dues aux particuliers russes lésés par la guerre de 1877-1878)*, Empire Russe c. Empire Ottoman, sentence arbitrale du 11 novembre 1912.
2. *Affaire du vapeur postal français « Carthage » (France contre Italie)*, sentence du tribunal arbitral du 06 mai 1913.
3. *The Enrica Lexie Incident (Italy v. India)*, PCA case 2015-28, Order-Request for the Prescription of Provisional Measures, 29 April 2016.
4. *Différend concernant les droits de l'État côtier dans la Mer noire, la Mer d'Azov et le détroit de Kertch (Ukraine c. La Fédération De Russie)*, PCA Case 2017-6.

5. *Railway Land Arbitration (Malaysia/Singapore)*, PCA Case 2012-1, Final award of the 30<sup>th</sup> October 2014.
6. *Stans Energy Corp. and Kutsay Mining LLC v. The Kyrgyz Republic*, PCA Case 2015-3.
7. *Arbitrage relatif à la Mer de Chine Méridionale (la République des Philippines c. la République Populaire De Chine)*, PCA case 2013-19, arrêt du 12 juillet 2016.
8. *Arbitration Between the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia*, PCA case 2012-04, Final award, 29 June 2017.

## F. CIRDI

1. *AGIP S.p.A v. People's Republic of the Congo*, Award, Case N° ARB/77/1, 30 November 1979.
2. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, Decision on proposal to disqualify an arbitrator*, Case No. ARB/81/1, 24 June 1982.
3. *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, Award, Case No. ARB/84/4, 06 January 1988.
4. *Scimitar Exploration Limited v. Bangladesh and Bangladesh Oil, Gas and Mineral Corporation*, Award, Case No. ARB/92/2, 4 May 1994.
5. *Robert Azinian and Others v. United Mexican States*, Award, Case No. ARB(AF)/97/2, 1 November 1999.
6. *Wena Hotels v. Egypt*, Award, Case No. ARB/98/4, 8 December 2000.
7. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, Decision on the Challenge to the President of the Committee*, Case No. ARB/97/3, 03 October 2001.
8. *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, Decision on Supplementation and Rectification*, Case N°ARB/99/2, 4 April 2002.
9. *Société Générale de surveillance SA v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Disqualification of Arbitrator*, Case No. ARB/01/13, 19 December 2002.
10. *Generation Ukraine Inc. Vs Ukraine*, Award, Case N° ARB/00/9, 16 September 2003.
11. *CDC Group PLC vs Republic of Seychelles*, Award, Case N° ARB/02/14, 17 December 2003.
12. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, Decision on jurisdiction*, Case No. ARB/02/13, 09 November 2004.

13. *Consortium R.F.C.C. v Kingdom of Morocco, Decision on annulment*, Case No. ARB/00/6, 18 January 2006.
14. *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, Award*, Case No. ARB/04/1, 13 September 2006.
15. *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, Award*, Case No. ARB/03/16, 2 October 2006.
16. *Hrvatska Elektroprivreda, d. d. v. Slovenia, Tribunal's ruling regarding the participation of David Mildon QC in further stages of the proceedings*, Case N° ARB/05/24, 06 May 2008.
17. *Libanaco Holdings Co. Limited c. Republic of Turkey, Decision on preliminary issues*, Case N° ARB/06/8, 23 June 2008.
18. *Rompetrol Group N.V. v. Romania, Decision of Tribunal on the Participation of a Counsel*, Case N° ARB/06/3, 14 January 2010.
19. *Gemplus & Talsud v. United Mexican States, Award*, Case N° ARB(AF)/047/3 and ARB(AF)/04/4, 16 June 2010.
20. *Piero Foresti & Ors v. South Africa, Award*, Case No. ARB(AF)/07/01, 4 August 2010.
21. *Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of The Philippines, Decision on Application for Disqualification of Counsel*, Case No. ARB/03/25, 23 December 2010.
22. *Togo Électricité Et Gdf-Suez Énergie Services c. La République Togolaise, Décision En Annulation*, Case N° Arb/06/07, 06 Septembre 2011.
23. *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, Case No ARB/07/26, 19 December 2012
24. *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets LP v Argentina Republic*, Decision on Jurisdiction, Case N° ARB/01/3, 14 January 2014.
25. *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, Award*, Case No. ARB/11/28, 10 March 2014.
26. *Mr. Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania, Award*, Case No. ARB/10/13, 02 mars 2015.
27. *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, Award*, Case No. ARB/12/29, 30 April 2015.

28. *Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company and The Republic of Ecuador, Decision on Annulment of the Award*, Case No. ARB/06/11, 2 November 2015.
29. *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania, Decision on Annulment*, Case No. ARB/14/29, 26 February 2016.
30. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic Of Uruguay*, Award, Case No. ARB/10/7, 8 July 2016.
31. *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania, Procedural Order No. 1*, Case No. ARB/15/31, 26 August 2016.
32. *Raymond Charles Eyre and Montrose Developments (Private) Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, Procedural Order N° 1, Case No. ARB/16/25*, 1 June 2017.
33. *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, Case No. UNCT/15/3, *Final Award*, 18 September 2018.

## G. CNUDCI

1. *Pope & Talbot, Inc. v. Canada, UNCITRAL Arbitration Rules, Decision on Confidentiality*, 27 September 2000.
2. *Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States, UNCITRAL, Award*, 15 November 2004.
3. *Methanex Corporation v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits*, 3 August 2005.
4. *The Canadian Cattlemen for Fair Trade v United States of America, UNCITRAL, Award on Jurisdiction*, 28 January 2008.
5. *ICS Inspection and Control Services Limited v. Republic of Argentina, UNCITRAL Case, Decision on Challenge to Mr. Stanimir Alexandrov*, Case No. 2010-9, 17 December 2009.
6. *HICEE B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case 2009-11, Award of 17 October 2011*.
7. *AO Gazprom v. The Republic of Lithuania, UNCITRAL, PCA Case 2011-16*.
8. *InterTrade Holding GmbH v. The Czech Republic, UNCITRAL, PCA Case 2009-12, arrêt du 07 juin 2012*
9. *Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Separate Opinion on the issues at the quantum phases of CME v. Czech Republic by Ian Brownlie, C.B.E., Q.C.*, 14 mars 2013.



10. *Telekom Malaysia Berhard v. the Republic of Ghana*, UNCITRAL, PCA Case 2003-03.
11. *South American Silver Limited (Bermuda) v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case 2013-15.
12. (1) *Natland Investment Group N.V. (The Netherlands)*, (2) *Natland Group Limited (Cyprus)*, (3) *G.I.H.G. Limited (Cyprus)*, (4) *Radiance Energy Holding S.à.r.l. (Luxembourg) v. The Czech Republic*, UNCITRAL, PCA case 2013-35.
13. *Louis Dreyfus Armateurs SAS (France) v. The Republic of India*, PCA Case 2014-26.
14. *U.S. Steel Global Holdings I B.V. (The Netherlands) v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case 2013-06, Procedural Order No. 6 (Stipulated Termination Order), 16 June 2014.
15. *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case 2005-03/AA226, Final award, 18 July 2014; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 228, Final award, 18 July 2014; *Yukos Universal Limited (Isle of Man)*, PCA Case No. AA 227, 18 July 2014.
16. *Merck Sharpe & Dohme (I.A.) LLC v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case 2012-10, Decision on Interim Measures, 07 mars 2016.
17. *Copper Mesa Mining Corporation (Canada) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case 2012-02, Award, 15 March 2016.
18. *Venezuela US, S.R.L. (Barbados) v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, UNCITRAL, PCA case 2013-34, Interim Award on Jurisdiction (on the Respondent's Objection To Jurisdiction *Ratione Voluntatis*), 26 July 2016.
19. 1. *Manuel García Armas* 2. *Pedro García Armas* 3. *Sebastián García Armas* 4. *Domingo García Armas* 5. *Manuel García Piñero* 6. *Margaret García Piñero* 7. *Alicia García González* 8. *Domingo García Cámara* 9. *Carmen García Cámara c. República Bolivariana de Venezuela*, PCA case 2016-08.
20. *Glencore Finance (Bermuda) Limited v. Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case 2016-39.
21. *ICL Europe Coöperatief U.A. (the Netherlands) v. The Federal Democratic Republic of Ethiopia*, UNCITRAL, PCA Case 2017-26.
22. *Murphy Exploration & Production Company – International v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case 2012-16, Final Award, 10 February 2017.
23. *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case 2012-12, Final Award Regarding Costs, 8 July 2017.

24. *Antaris Solar GmbH (Germany) and Dr. Michael Göde (Germany) v. The Czech Republic*, UNCITRAL, PCA Case 2014-01, Award, 2 May 2018.

#### **H. Recueil des sentences arbitrales (RSA)**

1. *Decision under Article IV of the Treaty of Ghent of 1814 between the United Kingdom and the United States, relating to the Islands in the Bay of Fundy, decision of 24 November 1817*, Volume 28, pp. 5-10.
2. *Affaire des navires Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C. H. White et Kate and Anna (États-Unis d'Amérique contre Russie)*, 19 octobre 1901, Volume IX, pp. 51-78.
3. *Georges Pinson (France) vs United Mexican States*, 19 octobre 1928, Vol. 5, 2006, pp. 329-466.
4. *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce c. France)*, 24/27 juillet 1957, Volume 12, pp. 155-269.
5. *Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent entre le Canada et la France*, 17 juillet 1986, Vol. 19, 2006, pp. 225-296.
6. *Affaire du thon à nageoire bleue entre l'Australie et le Japon et entre la Nouvelle-Zélande et le Japon, sentence sur la compétence et la recevabilité*, Décision du 4 août 2000, Vol. 23, pp. 1-57.

#### **I. Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)/Cour de justice des communautés européennes (CJCE)**

1. *Arrêt de la Cour du 18 mai 1982, AM & S/Commission*, affaire 155/79, Rec. 1982 01575, ECLI:EU:C:1982:157.
2. *Ordonnance du Tribunal du 13 juillet 2004, Comunidad Autónoma de Andalucía/Commission*, T-29/03, Rec. 2004 II-02923, ECLI:EU: T:2004:235.
3. *Ordonnance Du Tribunal (Cinquième Chambre), 9 Septembre 2004, Alto De Casablanca/Ohmi – Bodegas Chivite (Veramonte)*, affaire T-14/04, Rec. 2004 II-03077, ECLI:EU: T:2004:258.
4. *Arrêt Du Tribunal (Quatrième Chambre) 8 Juin 2005, Hans-Peter Wilfer vs. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI)*, T-315/03, Rec. 2005 II-01981, ECLI:EU: T:2005:211.
5. *Ordonnance Du Tribunal (Deuxième Chambre) 5 Juillet 2006, Comunidad Autónoma De Valencia — Generalidad Valenciana/Commission*, affaire T-357/05, Rec. 2006 II-02015, ECLI:EU: T: 2006:188.

**J. Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)**

1. Cour (chambre), *Schöpfer c. Suisse*, arrêt no. 56/1997/840/1046, 20 mai 1998, Recueil 1998-III, ECLI: CE: ECHR:1998:0520JUD002540594.

**K. Tribunaux nationaux****1. Suisse**

1. Arrêt du Tribunal Fédéral (ATF) 106 Ia 100,

**2. États-Unis**

1. *Positive Software Solutions, Inc. v. New Century Mortgage Corporation v. Ophelia F. Camina*, No. 09-10355, under IV (5th Cir., Sept. 13, 2010).
2. *Landmark Ventures, Inc. v. Stephanie Cohen, and the International Chamber of Commerce*, No. 13 Civ. 9044 (JGK) (S.D.N.Y. Nov. 25, 2014),
3. *Hulley Enterprises Ltd., Yukos Universal Ltd., And Veteran Petroleum Ltd., V. Baker Botts LLP*, D.D.C, Misc. Case No. 17-1466 (BAH), (Aug. 17, 2017)

**3. Pays-Bas**

1. *Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhard*, Hague District Court, Challenge No. 13/2004, Petition No. HA/RK 2004.667, 18 octobre 2004.
2. *Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhard*, Hague District Court, Challenge 17/2004, Petition No. HA/RK/2004/778, 5 November 2004.

**III. Doctrine****A. Ouvrages généraux**

1. BASDEVANT, J., *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, Paris, 1959, 756p.
2. BOHNET, F., *Les grands arrêts de la profession d'avocat*, 3<sup>e</sup> éd., Helbing Lichtenhahn, Neuchâtel, 2015, 464p.
3. BOHNET, F., et MARTENET, V., *Droit de la profession d'avocat*, Stampfli éditions SA, Berne, 2009, 1622p.
4. BOS, M., *Les conditions du procès en droit international*, Brill, Leiden, 1957, 344p.
5. BUCHANAN, A., *Justice, Legitimacy, and Self-Determination, Moral Foundations for International Law*, OUP, Oxford, 2004, 522p.

6. CALVO, C., *Dictionnaire de droit international public et privé*, tome premier, Puttkammer & Mühlbrecht/Pedone/Guillaumin & Cie/A. Rousseau, Paris/Berlin, 1885, 398p.
7. COMBACAU, J., et SUR, S., *Droit International Public*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ-Montchrestien, Paris, 2012, 838p.
8. COMMISSION, J. et MOLOO, R., *Procedural Issues in International Investment Arbitration*, OUP, Oxford, 2018, 385p.
9. CORNU, G., (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., Presses Universitaires de France, Paris, 2014, 1099p.
10. COT, J-P., et al., *La charte des nations unies, commentaire article par article*, 3<sup>e</sup> éd., Economica, Paris, 2005, 2383p.
11. CRAWFORD, J., *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, Introduction, texte et commentaires*, Pedone, Paris, 2003, 462p.
12. CRAWFORD, J., *State Responsibility, the General Part*, CUP, Cambridge, 2013, 825p.
13. DAOUDI, R., *Notions de représentation en Droit International Public*, Office des Publications Universitaires, Alger, 1980, 405p.
14. DAVID, E., et VAN ASSCHE, C., *Code de droit international public*, 6<sup>e</sup> éd., Bruylant, Bruxelles, 2016, 1353p.
15. DEZALAY, Y., *Marchands de droit, La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, Paris, 1992, 293p.
16. DRAETTA, U., *Counsel as Client's First Enemy in Arbitration?* JurisNet, New York, 2014, 138p.
17. DUPUY, P-M., *Droit international public*, 8<sup>e</sup> ed., Dalloz, Paris, 2006, 849p.
18. EBERHARDT, P., et OLIVET, C., *Profiting from Injustice, how Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration boom*, Nouvelles Imprimeries Havaux, Bruxelles/Amsterdam, 2012, 73p.
19. FRANCK, T., M., *The Power of Legitimacy Among Nations*, OUP, Oxford, 1990, 320p.
20. GIORGETTI, C., *The Rules, Practice and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Martinus/Nijhoff, Leiden/Boston, 2012, 611p.
21. GHERARI, H., et SZUREK, S., (dir.) *L'émergence de la société civile internationale, vers la privatisation du droit international?* CEDIN, Paris X, Cahiers internationaux n° 18, Pedone, Paris, 2003, 350p.
22. GROSSMAN, N., et al. (eds), *Legitimacy and International Courts*, CUP, Cambridge, 2018, 396p.

23. GUILHAUDIS, J.F., *Relations internationales contemporaines*, 2<sup>e</sup> éd., Lexis Nexis, Paris, 2005, 742p.
24. GUINCHARD, S., et DEBARD, T., (dir.), *Lexique des termes juridiques 2013*, 20<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2012, 984p.
25. GUT TILL, *Counsel Misconduct before the International Criminal Court: Professional Responsibility in International Criminal Defence*, Hart Publishing, Oxford, 2012, 372p.
26. HODGES, C., et al., *The Costs and Funding of Civil Litigation, A Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2010, 582p.
27. KESSEDJIAN, C., *Le financement du contentieux par un tiers, Third Party Litigation Funding*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2012, 207p.
28. LAUTERPACHT H. S., *The development of International Law by the International Court*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1982, 430p.
29. LOWE V., *International Law*, OUP, New York, 2007, 328p.
30. MAVUNGU, M-D-N., *Le règlement judiciaire des différends interétatiques en Afrique*, Éditions Universitaires Fribourg, Fribourg, 1992, 439p.
31. MACKENZIE, R., et al., *The manual on International Courts and Tribunals*, 2<sup>e</sup> éd., OUP, Oxford, 2010, 574p.
32. MANI, V., S., *International Adjudication, Procedural Aspects*, vol. 4, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1980, 456p.
33. MEYER, L., H., (ed.), *Legitimacy, Justice and Public International Law*, CUP, Cambridge, 2009, 321p.
34. NANTEUIL, A., D., *Droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 2014, 432p.
35. PELLERIN-RUGLIANO, C., et CZUBINSKI, A., *Dictionnaire de la cour de justice de l'Union Européenne et de son contentieux, définitions et schémas de procédure*, Larcier, Bruxelles, 2017, 250p.
36. QUENEUEDEC, J-P., *La responsabilité internationale de l'État pour les fautes personnelles de ses agents*, LGDJ, Paris, 1966, 275p.
37. REISMAN W., M., et SKINNER, C., *Fraudulent Evidence Before Public International Tribunals: The Dirty Stories of International Law (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures)*, CUP, Cambridge, 2014, 234p.
38. ROGERS, C., *Ethics in International Arbitration*, OUP, Oxford, 2014, 386p.
39. RUBIN, A., P., *Ethics and Authority in International Law*, CUP, Cambridge, 1997, 214p.

40. SALMON, J., *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 1200p.
41. SANTULLI, C., *Droit du contentieux international*, LGDJ, Paris, 2005, 584p.
42. SANTULLI, C., *Introduction au droit international*, Pedone, Paris, 2013, 276p.
43. SARVARIAN, A., *Professional Ethics at the International Bar*, OUP, Oxford, 2014, 334p.
44. SHANY, Y., *Assessing the Effectiveness of International Courts*, OUP, Oxford, 2014, 344p.
45. TALL, S. N., *Droit du contentieux international africain, Jurisprudences et théories générale des différends africains*, L'Harmattan, Paris, 2018, 562p.
46. VAN DIJK, P., *Judicial Review of Governmental Action and the Requirement of an Interest to Sue*, La Haye, 1980.
47. VON BOGDANDY, A., et VENKE, I., *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, OUP, Oxford, 2014, 304p.
48. WHEATLEY, S., *The Democratic Legitimacy of International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010, 400p.
49. ZIDAR, A., et GAUCI, J-P. (eds), *The Role of Legal Advisers in International Law*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, 408p.
50. ZIEGLER, A. R., *Introduction au droit international public*, 3<sup>e</sup> éd., Stampfli éditions SA, Berne, 2015, 403p.

## **B. Ouvrages spécifiques**

### **1. CIJ**

1. DE VISSCHER, C., *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Pedone, Paris, 1966, 220p.
2. D'HONINCTHUN, B., *La Cour permanente de Justice internationale, traité de Manley O. Hudson*, Pedone, Paris, 1936, 723p.
3. GUYOMAR, G., *Commentaire du règlement de la Cour internationale de Justice, interprétation et pratique*, Pedone, Paris, 1973, 535p.
4. HUDSON, M., O., *La Cour permanente de Justice internationale*, édition française, Pedone, Paris, 1936, 723p.
5. KDHIR, M., *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de Justice*, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, Bruxelles, 2000, 527p.
6. KOLB, R., *La Cour internationale de Justice*, Pedone, Paris, 2014, 1358p.

7. ROSENE, S., *The Law and Practice of International Court, 1920-2005*, 4<sup>e</sup> éd., vol. III, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, 1703p.
8. VON STAUFFENBERG, B. S. G., *et al.* (Institute für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht), *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale: éléments d'interprétation*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1934, 498p.
9. WELLENS, K., *Negotiations in the Case Law of the International Court of Justice, A Functional Analysis*, Routledge, London/New York, 2014, 358p.
10. ZIMMERMANN A., *et al.*, (eds) *The statute of International Court of Justice, a Commentary*, 2<sup>e</sup> éd., OUP, Oxford, 2012, 1808p.

## 2. TIDM

1. KARAMAN, I., V., *Dispute Resolution in the Law of Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, 400p.
2. MACDOUGAL, M., S., *et BURKE W., T.*, *The Public Order of the Oceans: a Contemporary International Law of the Sea*, New Heaven Press/Martinus Nijhoff, New Heaven/Dordrecht, 1987, 1226p.
3. MAHINGA, J-G., *Le Tribunal international du droit de la mer: Organisation, compétence et procédure*, Larcier, Bruxelles, 2013, 378p.
4. MAHINGA, J-G., *Le Statut du Tribunal international du droit de la mer, commentaire article par article*, éd. L'harmattan, Paris, 2015, 358p.
5. PROELSS, A., (ed), *United Nations Convention on the Law of the Sea, A Commentary*, Beck/Hart/Nomos, München, 2017, 2617p.
6. RAO, P., C., *et GAUTIER P.*, *The International Tribunal for the Law of Sea, Law, Practice and Procedure*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Massachusetts, 2018, 392p.
7. ROSENNE, S., *et SOHN, L., B.*, (eds.) in NORDQUIST, M., H., (ed.), *United Nations Convention on the Law of Sea 1982, A Commentary*, vol. V, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1989, 497p.

## 3. OMC

1. BONZON, Y., *Public Participation and Legitimacy in the WTO*, CUP, Cambridge, 2014, 313p.
2. COTE, C-E., *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques: l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 635p.
3. HOWSE, R., *et al.*, (eds), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals*, CUP, Cambridge, 2018, 533p.

4. MARCEAU, G., (ed.), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO, The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, CUP, Cambridge, 2015, 655p.

#### **4. CPA**

1. SCOTT, J., B., (ed), *the Reports to the Hague Conference of 1899 and 1907*, Oxford: At the Clarendon Press, 1916.

#### **5. CIRDI**

1. KINNEAR, M., *et al.*, *Building International Investment Law, The first 50 years of ICSID*, Kluwer Law International, 2016, 723p.
2. FRANCK, S., *Arbitration Costs, Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration*, OUP, Oxford, 2019, 368p.
3. SCHREUER, C., *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, CUP, Cambridge, 2010, 1524p.
4. SORNARAJAH, R., *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, CUP, Cambridge, 2015, 452p.

#### **C. Contributions à un ouvrage collectif**

1. BAETENS, F., *Unseen Actors in International Courts and Tribunals: Challenging the Legitimacy of International Adjudication* in BAETENS, F., (ed.) *Legitimacy of Unseen Actors in International Adjudication*, CUP, Cambridge, 2019, p.;
2. BISHOP, D., *Ethics in International Arbitration* in VAN DEN BERG, A., J., (ed.), *Arbitration Advocacy in Changing Times, International Council for Commercial Arbitration (ICCA) Congress Series No. 15*, Kluwer Law International, Dordrecht, 2011, pp. 383-390.
3. BERTRAND, E., *La relation financier-avocat* in KESSEDJIAN, C., *Le financement du contentieux par un tiers, Third Party Litigation Funding*.
4. BJORKLUND, A., K., *The Legitimacy of the ICSID* in GROSSMAN, N., *et al.* (eds), *Legitimacy and International Courts, a Framework*, CUP, Cambridge, 2018, pp. 234-283.
5. BLAGESCU, M., et LLOYD, R., *Accountability of Transnational Actors: is there Scope for Cross-sector Principles?* in PETERS, A., *et al.* (eds.), *Non-state Actors as Standard Setters*, CUP, Cambridge, 2009, pp. 270-303.



6. BODANSKI, D., *The Concept of Legitimacy in International Law* in WOLFRUM, R., et RÖBEN, V., (eds), *Legitimacy in International Law*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 2008, pp. 309-317.
7. BOISSON DE CHAZOURNES, L., et GROS G., *L'expert et le Tribunal international du droit de la mer in Les 20 ans du Tribunal international du droit de la mer*, Pedone, Paris, 2018. p. 181-201.
8. BOVENS, M., GOODIN, R., E., et SCHILLEMANS, T., *Public Accountability* in BOVENS, M., GOODIN, R., E., et SCHILLEMANS, T. (eds), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, OUP, Oxford, 2015, pp. 1-20.
9. BROWN, C., *Inherent Powers in International Adjudication* in ROMANO, C. P., ALTER, K., J., et SHANY, Y., (eds), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, OUP, Oxford, 2014, pp. 828-847.
10. BUCHANAN, A., *The Legitimacy of International Law* in BESSON, S., et TASIIOULAS, J., (eds), *The Philosophy of International Law*, OUP, New York, 2010, pp. 79-96.
11. BURMESTER, H., *Australia Experience in International Litigation* in Natalie S. Klein (ed), *Litigating International Law Disputes: Weighing the Options*, CUP, Cambridge, 2014, pp. 61-78.
12. CRAWFORD, J., *Advocacy Before International Tribunals in State-to-State cases* in BISHOP, R., D., et KEHOE, E., G., (eds), *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., Juris Net, New York, 2010, pp. 303-330.
13. CRAWFORD, J., *The International Law Bar; Essence Before Existence?'* in D'ASPREMONT, J., et al. (eds), *International Law as a Profession*, CUP, Cambridge, 2017, pp. 338-354.
14. DALY, B., W., et MELIKIAH, S., *Access to Justice in Dispute Resolution, Financial Assistance in International Arbitration* in SCHEFER, K., N., (ed.), *Poverty and the International Economic Legal System*, Cambridge University System, Cambridge, 2013, pp. 211-224.
15. DANN, D., et VON ENGELHARDT, M., *Legal Approaches to Global Governance and Accountability: Informal Lawmaking, International Public Authority, and Global Administrative Law Compared* in PAUWELYN, J., WESSEL, R., A., et WOUTERS, J., (eds), *Informal International Lawmaking*, OUP, Oxford, 2012, pp. 106-121.
17. DASSER, F., *A Critical Analysis of the IBA Guidelines on Party Representation*, in MÜLLER, C., et al. (eds), *New Developments in International Commercial Arbitration*, Schulthess, Zurich, 2014, pp. 33-62.
18. DEVERS, M., *La responsabilité civile des entreprises multinationales pour fait internationalement illicite* in PETERS, A., et al. (Dir.), *Les acteurs à l'ère du*

- constitutionalisme global*, Société de législation comparée, Paris, 2014, pp. 143-194.
19. GIBSON, K., *Defense Counsel in International Criminal Trials* in ROMANO, C. P., ALTER, K., J., et SHANY, Y., (eds), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, OUP, Oxford, 2014, 691-710.
  20. GREEN, B., A., *Attorney's Conflicts of Interest in International Arbitrations* in ROVINE, A., R., (ed), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: the Fordham Papers 2014*, Brill, Leiden, 2015, pp. 73-89.
  21. HAMMERSLEV, O., *The European Union and the United States in Eastern Europe, Two Ways of Exporting Law, Expertise and State Power* in DEZALAY, Y., et GARTH, B., G., (eds), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Routledge, Londres, 2011, pp. 134-155.
  22. HERBEL, P., *Le financement de l'arbitrage par appel d'offres-L'exemple du choix de l'avocat: quel avocat? à quel prix?* in HAMIDA, W., B., et CLAY, T., (dir.), *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso Editions, Issy-les-Moulineaux, 2013.
  23. HIBOU, B., *From Privatizing the Economy to Privatizing the State: An Analysis on the Continual Formation of the State* in HIBOU, B., *Privatizing the State*, Columbia University Press, New York, 2014, pp. 1-47.
  24. HOFFMANN, A., J., *Improving Working Methods in International Adjudication* in Tribunal International du droit de la Mer (ed), *La contribution du tribunal international du droit de la mer à l'état du droit: 1996-2016*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2017, p. 252-258.
  25. HUGHES, V., *The Role of the Legal Adviser in the World Trade Organization* in ZIDAR, A., et GAUCI, J-P., (eds), *The Role of Legal Advisers in International Law*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, pp. 237-254.
  26. KABRE, R., J., et ZIEGLER, R., A., *Counsel and the Reforms of ISDS*, in GOMEZ K., F., (ed), *Private Actors in International Investment Law*, European Yearbook of International Economic Law (special issue), Springer 2021 (forthcoming).
  27. KOVAR, R., *La compétence du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements* in Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux de la Faculté de Droit et de Sciences Économiques de Dijon (CREDIMI), *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées, la Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Pedone, Paris, 1969, pp. 25-51.
  28. LAMM, C., B., et al. *Has the Time come for an ICSID Code of Ethics for Counsel* in SAUVANT, K., (ed), *Yearbook International Investment Law and Policy, 2009-2010*, OUP, New York, 2010, pp. 275-289.

29. LANGFORD, M., BEHN, D., et LIE, R., *The Revolving Door in International Investment Arbitration* in FOLLESDAL, A., et ULFSTEIN, G., (eds), *The Judicialization of International Law, A Mixed Blessing?* OUP, Oxford, 2018, pp. 128-158.
30. LI, Y., et NG, C., M., *The Permanent Court of Arbitration in 2012* in LAVRANOS, N., et al (eds) *Hague Yearbook of International Law 2012*, vol. 25, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2013, pp. 221-236.
31. MALINTOPPI, L., *Avocat-conseil* in ASCENSIO, H., et al. (eds), *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Pedone, Paris, 2017, pp. 49-54.
32. MCDERMOTT, Y., et ELMAALUL, W., *Legitimacy* in SCHABAS, W., A., et MURPHY, S., (eds), *Research Handbook on International Courts and Tribunals*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2017, pp. 229-245.
33. MESSENGER G., *The Practice of Litigation at the ICJ: The Role of Counsel in the Development of International Law* in HIRSCH M., et LANG A., (eds), *Research Handbook on the Sociology of International Law*, Elgar, 2018, pp. 208-230.
34. MICHEL, N., *Le conseiller juridique du Ministère des Affaires étrangères dans la mise en oeuvre du Droit International Public* in Conseil de l'Europe (ed), *la contribution du CAHDI au développement du droit international public: réalisations et futurs défis*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, pp. 40-44.
35. NOONE MARY ANNE, *Wearing Two Hats: Lawyers Acting as Mediators* in LEVY RON and al. (eds), *New Directions for Law in Australia, Essays in Contemporary Law Reform*, ANU Press, Canberra, 2017, pp. 505-516.
36. PELLET, A., *Legitimacy of Legislative and Executive Actions of International Institutions* in WOLFRUM, R., et RÖBEN, V., (eds), *Legitimacy in International Law*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 2008, pp. 63-82.
37. PELLET, A., *The Role of the International Lawyer in International Litigation* in WICKREMASINGHE, C., (ed), *The International Lawyer as Practitioner*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2000, pp. 147-162.
38. PETERS, A., *Membership in the Global Constitutional Community* in KLABBERS, J., PETERS, A., and ULFSTEIN, G., (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, OUP, Oxford, 2009, pp. 153-179.
39. PHAM, H., T., et KHAN, M., I., *Challenges to Party Representatives and Counsel Before International Courts and Tribunals* in GIORGETTI C., (ed), *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2015, pp. 363-385.

40. POPOVSKI, V., *Legality and Legitimacy of International Criminal Tribunals* in FALK, R., JUERGENSMEYER, M., et POPOVSKI, V., (eds), *Legality and Legitimacy in Global Affairs*, Oxford Scholarship Online, 2012, pp. 388-410.
41. REINISCH, A., et KNAHR, C., *Conflict of Interest in International Investment Arbitration* in PETERS, A., et HANDSCHIN, L., (eds), *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, CUP, Cambridge, 2012, pp. 103-124.
42. RÖBEN, V., *What About Hobbes? Legitimacy as a Matter of Inclusion in the Functional and Rational Exercise of International Public Power* in WOLFRUM, R., et RÖBEN, V., (eds), *Legitimacy in International Law*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 2008, pp. 353-367.
43. RUBINS, N., *Particularities when Dealing with State Entities* in HORVATH, G., J., et WILSKE, S., (eds), *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, vol. 28, Kluwer Law International, Netherlands, 2013, pp. 69-93.
44. RUBINS, N., et LAUTERBURG, B., *Independence, Impartiality and Duty of Disclosure in Investment Arbitration* in KNAHR, C., et al (eds), *Investment and Commercial Arbitration-Similarities and Divergences*, vol. 3, Eleven International Publishing, Utrecht, 2010, pp. 153-180.
45. SANDS, P., *Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel*, in ROVINE, A., (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, Brill, New York, 2012, pp. 28-49.
46. SANDS, P., *Interaction between Counsel and International Courts and Arbitral Tribunals: Ethical Standards for Counsel* in WOLFRUM, R., and GÄTZSCHMANN, I., (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2012, pp. 127-136.
47. STHOEGER, E., et WOOD, M., *The International Bar* in ROMANO, C. P., ALTER, K., J., et SHANY, Y., (eds), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, OUP, Oxford, 2014, pp. 639-654.
48. TREVES, T., *Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals* in WOLFRUM, R., et RÖBEN, V., (eds), *Legitimacy in International Law*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 2008, pp. 169-188.
49. URUENA, R., *How to Start Thinking about Conflict of Interest In Global Governance* in PETERS, A., et HANDSCHIN, L., (eds), *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, CUP, Cambridge, 2012, pp. 85-102.
50. VASILIEV, S., *Between International Criminal Justice and Injustice: Theorising Legitimacy* in HAYASHI, N., et BAILLIET, C., M., (eds), *The Legitimacy of International Criminal Tribunals*, CUP, Cambridge, 2017, pp. 66-91.

51. VAUCHEZ, A., *Avocats (C.J.U.E.)* in ABDELGAWAD, E., L., et MICHEL, H., (eds), *Dictionnaire des acteurs de l'Europe*, Larcier, Bruxelles, 2015.
52. VOLTERRA, R., G., *Guerilla Tactics at International Courts and Institutions*, in HORVATH, G., J., et WILSKE, S., (eds), *Guérilla Tactics in International Arbitration*, vol. 28, Kluwer Law International, Netherlands, 2013, pp. 238-249.
53. WOLFRUM, R., *Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations* in WOLFRUM, R., et RÖBEN, V., (eds), *Legitimacy in International Law*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 2008, pp. 1-24.
54. WOLFF, A., W., et RAGOSTA, J., A., *Will the WTO Result in International Trade Common Law? The Problem for US Lawyers* in STEWART, T., P., (ed), *The WTO: The Multilateral Trade Framework for the 21st Century and U.S. Implementation Legislation*, American Bar Association, 1996, pp. 697-726.
55. ZIEGLER, A., R., et KABRE, R., J., *The Legitimacy of Private Lawyers Representing States Before International Tribunals* in BAETENS, F., (ed.) *Legitimacy of Unseen Actors in International Adjudication*, CUP, Cambridge, 2019, pp. 544-565.

#### **D. Recueil de cours de l'académie de droit international de la Haye**

1. BENEDETTO, C., *Le rôle de l'accord dans le système des Nations Unies* in The Hague Academy of International Law (ed) *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 142, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 1974, pp. 203-288.
2. COT, J-P., *L'éthique du procès international, leçon inaugurale* in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 391, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2018, pp. 371-384.
3. DUPUY, R-J., *Communauté internationale et disparités de développement* in The Hague Academy of International Law (ed) *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 165, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 1979, pp. 9-232.
4. LAMM, C., B., *Internationalization of the Practice of Law and Important Emerging Issues for Investor-State Arbitration* in The Hague Academy of International Law (ed) *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 354, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2012, pp. 9-64.
5. MACDONALD, R. ST. J., *The Role of the Legal Adviser of Ministries of Foreign Affairs*, in The Hague Academy of International Law (ed) *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 156, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 1977, pp. 377-484.

6. MALENOVSKY, J., *L'indépendance des juges internationaux* in The Hague Academy of International Law (ed) *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 349, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2011, pp. 1-276.
7. MBAYE, K., *L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice*, in The Hague Academy of International Law (ed) *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 209, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 1988, pp. 223-345.
8. QUENEUDEC, J-P., *La notion d'Etat intéressé en droit international*, in The Hague Academy of International Law (ed) *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 255, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 1995, pp. 1-462.
9. SERENI, A. P., *La représentation en droit international*, *Collected Courses of The Hague Academy of international law*, Vol. 73, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 1948, pp. 69-166.

## E. Encyclopédies

1. ALDEN, I., (ed.), *Encyclopedia of International Law, Judicial and Legal Systems of the World, International Judicial System*, vol. 1, Anmol Publications Pvt. Ltd, New Delhi, 2013.
2. GORSKI, S., *Individuals in International Law* in WOLFRUM, R., (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 5, OUP, Oxford, 2012, pp. 147-157.
3. OELLERS-FRAHM, K., *International Courts and Tribunals, Judges and Arbitrators* in WOLFRUM, R., (ed) *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 5, OUP, Oxford, 2012, pp. 576-587.
4. SALMON, J., *Representatives of States in International Relations* in Rüdiger Wolfrum (ed.) *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8, OUP, Oxford, 2012, pp. 919-927.
5. STOLL, P-T., *World Trade Organization, Dispute Settlement* in WOLFRUM, R., et LACHENMANN, F., (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, International Economic Law*, vol. 1, OUP, Oxford, 2015. 990-1006.
6. VALENCIA-OSPINA, E., *International Courts and Tribunals, Agents, Counsel, and Advocates* in WOLFRUM, R., (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 5, OUP, Oxford, 2012, pp. 515-518.
7. WOOD, M. S., *Legal Advisers* in Rüdiger Wolfrum (ed.) *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 6, OUP, Oxford, 2012, pp. 772-779.

## F. Mélanges

1. BENNOUNA, M., *La protection diplomatique, un droit de l'État?* In Boutros Boutros Ghali, *Amicorum Discipulorumque Liber, Paix, développement, démocratie*, Bruylant, Bruxelles, vol. 1, 1998, pp. 245-250.
2. BROWER, C., N., et SCHILL, W., S., *Regulating Counsel Conduct before International Arbitral Tribunals* in BEKKER H.F. P. et al. (eds), *Making Transnational Law Work in a Global Economy: Essays in honor of Detlev Vagts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 488-509.
3. COT, J-P., *Appearing <for> or <on behalf of> a State: The Role of Private Counsel before International Tribunals* in ANDO, N., et al. (eds) *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, vol. 2, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2002, pp. 835-847.
4. LALIVE, P., *<Raison d'État> et Arbitrage International* in *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century: Liber Amicorum Karl-Heinz Böcktiiegel*, Carl Heymanns KG, Köln/Bern/München, 2001.
5. LAMBERT, P., *L'avocat devant la Cour européenne des droits de l'homme* in *Liber Amicorum Jean-Pierre Cot, Le procès international*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 171-184.
6. MONACO, R., *Représentation et défense des parties devant les instances internationales* in *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Verlag Stimpfli, Berne, 1980, pp. 373-384.
7. PELLET, A., *Conseil devant la Cour internationale de Justice, quelques impressions in Mélanges offerts à Hubert Thierry, l'évolution du droit international*, Pedone, Paris, 1998, pp. 345-362.
8. PELLET A., *La seconde mort d'Euripide Mavromatis? Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique* in *Droit du pouvoir; pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 1359-1382.
9. ROSENNE, S., *The Agent in Litigation in The International Court of Justice* in KAPLAN, W., et MCRAE, D., (eds), *Law, Policy and International Justice: Essays in Honour of Maxwell Cohen*, McGill-Queen's University Press, Montréal & Kingston/London/Buffalo, 1993, pp. 41-68.
10. WATTS, A., S., *Preparation for International Litigation* in NDIAYE, T., M., et WOLFRUM, R., (eds), *Law of the Sea, Environmental law and Settlement of Disputes, Liber Amicorum Juge Thomas A. Mensah*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden/Boston, 2007, pp. 327-340.

### G. Colloques

1. BEN ACHOUR, R., *Les entités non étatiques et la justice internationale* in BEN ACHOUR, R., et LAGHMANI, S., (dir) *Acteurs non étatiques et droit international, colloque des 6,7 et 8 avril 2006*, Paris, Ed. Pedone, 2007, pp. 45-70.
2. BORIES, C., (dir.), *Un droit administratif global? A Global Administrative Law?* Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011, Coll. Cahiers internationaux n° 28, Paris, Pedone, 2012, 389p.
3. BORTOLOTTI, F., *La preuve par témoins vue par l'arbitre international* in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage, Actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 127-138.
4. COT, J-P., *Le monde de la justice internationale* in *La juridictionnalisation du droit international, colloque de Lille*, Paris, Ed. Pedone, 2003, pp. 511-522.
5. KRYNEN, J., et RAIBAUT, J., *La légitimité des juges, Actes du colloque des 29-30 octobre 2003*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, 224p.
6. PATOCCHI, P., M., *L'administration de la preuve dans l'arbitrage international, à la lumière du débat sur le monisme de la législation en matière d'arbitrage* in BONOMI, A., et BOCHATAY, D., (eds), *Arbitrage interne et international, Actes du colloque de Lausanne du 02 octobre 2009*, Librairie Droz, Genève, 2010, pp. 53-81.

### H. Articles

1. AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA), Section of International Law and Practice- Recommendation and Report, *Private Counsel in the WTO Dispute Settlement Proceedings* in *Journal of International and Economic Law*, vol. 2, 1999.
2. ALISHER, U., *The Case for an Advisory Center on International Investment Law*, Columbia FDI Perspective No. 175, 6 June 2016.
3. ALLOTT, P., *State Responsibility and the Unmaking of International Law*, in the *Harvard Journal of International Law*, vol. 29, 1988, pp. 1-26.
4. BESLIER, S., *La responsabilité de l'État du pavillon: cas des navires de pêche* in *Annuaire du droit de la mer 2008*, Pedone, Paris, 2008, tome XIII, pp. 11-22.
5. BESSON, S., *La légitimité de l'arbitrage international d'investissement* in *Jusletter* 25, juillet 2005.
6. BENZING, M., *Community Interests in The Procedure of International Courts and Tribunals* in *LPICT* 5, Brill, Leiden, 2006, pp. 369-408.



7. BILDER, R., B., *International Law and United States Foreign Policy: Some Reflections on the ASIL/ILA Report on the Role of Legal Adviser in Transnational Law and Contemporary Problems*, 1991, Vol. 1, No. 1, pp. 201-224.
8. BODANSKY, D., *The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?* in AJIL, vol.93, 1999, pp. 596-624.
9. BROWNE, O., E., et PRICE, R., *Saving Time and Money by Sanctioning Bad Behavior*, TDM, vol. 15, issue 4.
10. BUERGENTHAL, T., *The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law*, TDM, vol. 3, 2006.
11. CLAUDE, I., *Collective Legitimization as a Political Function of the United Nations* in International Organization, Vol. 20, No. 3, 1966, pp. 367-379.
12. COMMISSION, J., *The Duration and Costs of ICSID and UNCITRAL Investment Treaty Arbitrations*, Funding in Focus Report Three, Vannin Capital (July 2016), pp. 8-11.
13. CONTI, J., A., *Producing Legitimacy at the World Trade Organization: The Role of Expertise and Legal Capacity* in Socio-Economic Review, vol. 8, issue 1, 2010, p. 131-155.
14. DOUSSIS, E., *Intérêt juridique et intervention devant la Cour internationale de Justice* in RGDIP, Pedone, Paris, janvier-mars 2001, numéro 1, pp. 55-91.
15. EL AHDAB, A., J., et MONEGIER DU SORBIER, R., *La préparation des témoins par les avocats dans l'arbitrage international: to be or not to be ou « l'antithèse française »* in The Electronic bulletin of the European Court of Arbitration, 02/2012.
16. FRANCK, S., D., *«The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions»* in Fordham Law Review, vol. 73, 2005, pp. 1521-1625.
17. FRANCK, T. M., *The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium* in AJIL, vol. 100, n° 1, 2006, pp. 88-106.
18. GAUKRODGER, D., et GORDON, K., *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, OECD Working Papers on International Investment No. 2012/3.
19. GEISINGER, E., *«President's Message: Counsel Ethics in International Arbitration – Could One Take Things a Step Further?»* ASA Bulletin, vol. 32, issue 3, pp. 453-457.

20. GIBSON, C. H., *Representing the United States Abroad: Proper Conduct of U.S. Government Attorneys in International Tribunals* in *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 44, 2013, pp. 1167-1216.
21. GOTTWALD, E., *Leveling the Playing Field: Is it Time for Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration?* » in *American University International Law Review* 22, no. 2, 2007, pp. 237-275.
22. GROSSMAN, N., *Legitimacy and International Adjudicative Bodies*, in *The Georges Washington International Law Review*, vol. 41, 2009, pp. 107-161.
23. GROSSMAN, N., *The Normative Legitimacy of International Courts*, *Temple Law Review*, vol. 86, 2013, pp. 61-106.
24. HEINEMAN, B., W., *In Pursuit of the Public Interest* in the *Yale Law Journal*, vol. 84, n° 1, 1974, pp. 182-198.
25. HERNANDEZ-LOPEZ, E., *Recent Trends and Perspectives for Non-State Actor Participation in World Trade Organization Disputes* in *Journal of World Trade*, *Kluwer Law International*, vol. 35, issue 3, 2001, pp. 469-498.
26. HIGGINS, R., *Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom* in *ICLQ*, vol. 50, 2001, pp. 121-132.
27. HORVATH, G., J., et BERZERO, R., E., *The Double-Hat Dilemma* in *TDM*, vol. 10, issue 4, September 2013.
28. JOUBIN-BRET, A., *Establishing an International Advisory Centre on Investment Disputes? E15 Initiative*. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2015.
29. KOLO, A., *Witness Intimidation, Tampering and other related Abuses of Process Investment Arbitration: Possible Remedies available to the Arbitral Tribunal* in *Arbitral international*, vol. 26, n° 1, LCIA, 2010, pp. 43-85.
30. KRENC, F., *Les fils du dialogue entre l'avocat et la Cour européenne des droits de l'homme* in *L'observateur de Bruxelles*, N° 105, juillet 2016, pp. 26-32.
31. KUMAR, S., P., et ROSE, C., *«A Study of Lawyers Appearing before the International Court of Justice, 1999–2012»* in *EJIL*, vol. 25, n° 3, 2014, pp. 893-917.
32. KUMM, M., *Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis* in *EJIL*, vol. 15, n° 5, 2004, pp. 907-931.
33. LANGFORD, M., et BEHN, D., *Managing Backlash: The Evolving Investment Treaty Arbitrator?* In *EJIL*, vol. 9, n° 2, 2018, pp. 551-580.
34. LEVINE, J., *Dealing with arbitrator «Issue Conflicts» in International Arbitration* in *TDM*, vol. 5, issue 4, July 2008.

35. MATHESON, M., J., *Practical Aspects of the Agent's role in Cases before the International Court* in *The LPICT 1*, Kluwer Law International, Netherlands, 2002, pp. 467-479.
36. MBENGUE, M., M., *International Courts and Tribunals as Fact-Finders: The Case of Scientific Fact-Finding in International Adjudication*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2011, p. 53-80.
37. MBENGUE, M., M., *Between Law and Science: A Commentary on the Whaling in the Antarctic case* in *Questions of International Law Journal*, 2015, vol. 2, pp. 178-187.
38. MCCALLEY, P., *The Dangers of Unregulated Counsel in the WTO* in *Georgia Journal of Legal Ethics*, vol. 18, 2005, pp. 975-986.
39. MCMULLAN, S., *Holding Counsel to Account in International Arbitration* in *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, issue 2, 2011, pp. 491-512.
40. MEAGHER, N., *Representing Developing Countries before the WTO: The Role of the Advisory Centre on WTO Law (ACWL)*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies (RSCAS) Working Paper 2015/02, pp. 1-12.
41. MOHEBBI, M., et ASGHARIAN, M., *The Role of Arbitrators in Effective Time and Cost Reduction*, in *Transnational Dispute Management*, Vol. 15, issue 4,
42. ODA, S., *The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Myth? – A Statistical Analysis of Contentious Cases* in *ICLQ*, vol. 49, 2000, pp. 251-277.
43. PARK, W., W., *Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent* in *San Diego Law Review*, vol. 46, 2009, pp. 629-704.
44. PAULSSON, J., *Standards of Conduct of Counsel in International Arbitration*, 3 *American Review of International Arbitration*, vol. 3, 1992.
45. QUENEUEDEC, J-P., *A propos de la procédure de prompt mainlevée devant le tribunal international du droit de la mer* in *Annuaire du Droit de la Mer 2002*, Tome 7, Pedone, Paris, 2002, pp. 79-92.
46. REICHLER, P., *Preparation of Cases before International Courts and Tribunals*, in *American Society of International Law Proceedings*, vol. 106, 2012, pp. 154-158.
47. REICHLER, P., S., *The Nicaragua Case: A Response to Judge Schwebel* in *AJIL*, vol. 106, 2012, pp. 316-321.
48. ROMANO, C, P., *International Justice and Developing Countries (Continued): A Qualitative Analysis* in *LPICT*, vol. 1, 2002, pp. 539-611.

49. ROGERS, C., *Context and Institutional Structure in Attorney Discipline: Developing and Enforcement Regime for Ethics in International Arbitration*, in *Stanford International Law Review*, vol. 1, 2002, pp. 1-58.
50. ROGERS, C., *Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Attorney Conduct for International Arbitration* in *Michigan International Law Journal*, vol. 23, 2002, pp. 341-423.
51. ROGERS, C., A., *The Vocation of International Arbitrators*, in *American University International Law Review*, Vol. 20, 2005, pp. 957-1020.
52. ROSENNE, S., *International Court of Justice: Practice Directions on Judges ad hoc; Agents, counsel and Advocates; and Submission of New Documents*, *LIPICT*, vol. 1, 2002, pp. 223-245.
53. SAUVANT K. P., *The Evolving International Investment Law and Policy Regime: Ways Forward*. E15 Task Force on Investment Policy – Policy Options Paper. E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2016.
54. SCHERER, M., et GOLDSMITH, A., *Third-Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders' Perspectives*, in *RDAI/IBLJ*, n° 2, 2012, pp. 207-219.
55. SCHREUER C., *The Development of International Law by ICSID Tribunals* in *ICSID Review*, vol. 31, n° 3, 2016, pp. 728-739.
56. SCHWIEDER R. W., *Legal Aid and Investment Treaty Disputes: Lessons Learned from the Advisory Centre on WTO Law and Investment Experiences* in *Journal of World Investment and Trade*, vol. 19, issue 4, pp. 628-666.
57. SCHWIEDER R. W., *Lessons for a Future Advisory Center on international Investment Law*, in *Columbia FDI Perspective* N° 241, 17 December 2018
58. SHARPE, J., K., *The Agent's Indispensable Role in International Investment Arbitration* in *ICSID Review*, vol. 3, N° 3, 2018, p. 675-701.
59. SINCLAIR, A., et GEARING, M., *Partiality and Issue Conflicts* in *TDM*, vol. 5, issue 4 (July 2008).
60. SKINNER, C., P., *Ethical Dilemmas In Inter-State Disputes* in *Alabama Law Review*, vol. 68, issue 1, 2016, pp. 281-301.
61. PÉREZ, A., F., *Conflicts of interests of Arbitrators in International Law Firms* in *Arbitration International*, vol. 34, issue 1, pp. 105-128.
62. SANDS, P., *International Law, the Practitioner and non-State Actors* in WICKREMASINGHE, C., (ed), *The International Lawyer as Practitioner*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2000.

63. SCHWEBEL, S., M., *In Defense of Bilateral Investment Treaties* in *Arbitration International*, vol. 31, n° 2, 2015, pp. 181-192.
64. THOMAS, C., A., *The Uses and Abuses of Legitimacy in International Law* in *The Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 34, n° 4, 2014, pp. 729-758.
65. VAGTS, D., F., *The International Legal Profession: A Need for More Governance?* in *AJIL*, vol. 90, 1996, pp. 250-261.
66. WATTS A. D., *International Law and International Relations: United Kingdom Practice*, *EJIL*, vol. 2, 1991, pp. 157-164.
67. WILSKE, S., *Sanctions against Counsel in International Arbitration – Possible, Desirable or Conceptual Confusion?* in *Contemporary Arabian Asian Journal*, vol. 8, n° 2, 2015, pp. 141-184.

## I. Rapports

1. CIRDI, *Notes pratiques à l'intention des défendeurs dans un arbitrage CIRDI*, 2015.
2. CIRDI, *Proposition d'amendement des règlements CIRDI-document de travail*, volume 3, ICSID Secrétariat, 02 Aout 2018, 918p.
3. CPJI, *Comité consultatif des juristes, Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920*.
4. CPJI, *Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour, Quatorzième séance, session préliminaire, Série D*.
5. CPJI, *Troisième rapport annuel de la CPJI (15 juin 1926-15 juin 1927)*, Série E, N° 3.
6. CPJI, *Neuvième rapport annuel de la CPJI (15 juin 1932-15 juin 1933)*, Série E, N° 9.
7. COLUMBIA CENTER ON SUSTAINABLE INVESTMENT, Johnson Lise et Guven, Brooke *Securing Adequate Legal Defense in Proceedings under International Investment Agreements: A Scoping Study*, November 2019, 165p.
8. INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, April 2018*, Report N° 4.
9. LIGUE DES NATIONS, *Comité des juristes sur le statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, Minutes de la session tenue à Genève du 11-19 mars 1929, doc. C.166.M66.1929*.
10. OCDE, *Gérer les conflits d'intérêts dans le service public, Lignes directrices de l'OCDE et expériences nationales*, OCDE, 2005.

11. OECD, *Investor-State Dispute Settlement, Public Consultation*: 16 May–9 July 2012.
12. Rapport préliminaire sur la protection diplomatique, par M. Mohamed Ben-nouna, rapporteur spécial, 4 février 1998, DOCUMENT A/CN.4/484.
13. UNCITRAL, Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-fourth session (Vienna, 27 November–1 December 2017), A/CN.9/930/Rev.1,
14. UNCITRAL, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS)*, Note by the Secretariat, Thirty-sixth session, Vienna, 29 October – 2 November 2018, A/CN.9/WG.III/WP.149.
15. UNCITRAL, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), *Possible reforms of investor-State dispute settlement (ISDS)*, Note by the Secretariat, Thirty-sixth session, Vienna, 27 November–1 December 2017, A/CN.9/WG.III/WP.142.
16. UNCITRAL, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) — cost and duration*, Note by the Secretariat, Thirty-sixth session, Vienna, 29 October–2 November 2018, A/CN.9/WG.III/WP.153.
17. UNCITRAL, Academic Forum on ISDS, Working Group 1, *Excessive Costs & Insufficient Recoverability of Cost Awards*, March 2019.
18. UNCTAD, *IIA Issues Note — Reform of Investor-State Dispute Settlement: In search of a Roadmap*, No 2, June 2013,

## **J. Documents Web, blogs**

1. COMMISSION, J., P., *How much does an ICSID Arbitration Cost? A Snapshot of the last five years*, Kluwer Arbitration Blog, February 29, 2016.
2. HRANITZKY, D., H., et ROMERO, E., S., *The <Double Hat> Debate in International Arbitration* in The New York Law Journal (14 Juin 2010).
3. LANGFORD, M., BEHN, D., et LIE, R., H., *The Ethics and Empirics of Double Hatting* in ESIL Reflections, vol. 6, issue 7, 24 July 2017.
4. NAGELMUELLER, M., *Dispute Finance for Sovereigns in WTO Disputes – Access to Justice for Developing Countries*, (12 September 2017).
5. ROBERTS, A., *A Possible Approach to Transnational Double Hatting in Investor-Arbitrator Arbitration*, Ejitalk, 31 July 2017.
6. ROSENBERG, C., B., et KHAN, I., *Who Should Regulate Counsel Conduct in International Arbitration?* Kluwer Arbitration Blog, 18 April 2016.

7. SANDS, P., *Developments in Geopolitics – The End(s) of Judicialization?* in 2015 ESIL Conference Closing Speech, 12 September 2015.
8. SCHILL, S., *The Case for Public Regulation of Professional Ethics for Counsel in International Arbitration*, *Kluwer Arbitration Blog*, July 7 2017, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/07/case-public-regulation-professional-ethics-counsel-international-arbitration>.
9. PARRY, S., *Baker Botts and Sidley Pick Up Costa Rica Cases*, GAR, 26 July 2013.
10. PETERSON, L., E., *Uruguay hires law firm and secures outside funding to defend against Philip Morris claim; not the first time an NGO offers financial support for arbitration costs*, *Investment Arbitration Report*, 20 October 2010.
11. PERRY, S., *To Be Frank* in *Global Arbitration Review (GAR)* (21 February 2013).
12. PERRY, S., *Investors targets Rosneft Counsels with Discovery Requests*, 21 June 2017.
13. PETERSON, L., E., *Arbitrator Decries «Revolving Door» Roles of Lawyers in Investment Treaty Arbitration*, *Investment Arbitration Reporter*, 25 February 2010.
14. PERRY, S., *Arbitrator and Counsel: the double-hat syndrome*, GAR, 15 March 2012.
15. SLIPACHUK, T., et KHARENKO, S., *Ukraine*, GAR, 7 September 2017.
16. YOUNG, L., *Double Hatting under new scrutiny*, GAR, 05 June 2017.

Cet ouvrage examine l'action des avocats et conseils dans le contentieux international et se structure autour de deux axes. Le premier axe vise un triple objectif de définition de ces juristes du procès international, de clarification du cadre légal au sein duquel se déroule leur action et d'identification des différents rôles qu'ils peuvent jouer. Dans le second axe, l'analyse se porte sur la légitimité de ces juristes privés comme mandataires d'États litigants. Y sont notamment analysées les questions relatives à leur représentativité, à leur redevabilité ainsi qu'aux coûts de leur action.

### *L'auteur*

Rimdolmsom Jonathan Kabre est docteur en droit de l'Université de Lausanne, chercheur post-doctoral au Centre for Human Rights de l'Université de Pretoria (Afrique du Sud).

ISBN 978-3-7190-4414-5



9 783719 044145