

LE PARCOURS D'UN PIONNIER DE L'ARBITRAGE AU CANADA : ENTREVUE AVEC L'HONORABLE MARC LALONDE

Entrevue préparée par Marie-Claude Rigaud*



Depuis plus de 25 ans, et après une longue carrière en politique, M. Lalonde a participé, en tant qu'arbitre, médiateur ou conseil, à plus d'une centaine d'affaires internationales, entre autres sous les règlements de la CCI, du CIRDI, de l'AAA, de la LCIA, de l'ALÉNA et de la CNUDCI. Son expérience couvre un large éventail de domaines : énergie, assurance, financement, investissement étranger, responsabilité d'organismes internationaux, construction, services commerciaux, industrie minière, technologie, télécommunication, services publics, transport, contrats de distribution et manufacture, aéronautique. De plus, M. Lalonde a servi en deux occasions comme juge ad hoc à la Cour internationale de justice à La Haye (Espagne c. Canada, 1995-1998) (Yougoslavie c. Canada, 1999-2005).

* Professeure adjointe et Secrétaire de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, professeure associée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et membre du Barreau du Québec et de l'Ontario.

© 2012 Revue d'arbitrage et de médiation, Volume 2, Numéro 2

RAM : On a beaucoup parlé ces dernières années de l'avenir de l'arbitrage commercial international ici au Canada comme ailleurs. Qu'en pensez-vous ?

Je n'ai aucun doute que l'arbitrage commercial international est là pour rester en tant qu'instrument important de règlement de différends internationaux dans le monde du commerce. Les différends entre investisseurs et États ont eu tendance à faire la manchette ces dernières années, parce que les sentences sont généralement publiées et que ces différends ont souvent des dimensions politiques et économiques significatives pour les pays faisant l'objet de réclamations arbitrales. Mais, il ne nous faut pas oublier les transactions commerciales internationales qui donnent lieu à des arbitrages confidentiels, qu'ils aient lieu sous le chapeau de l'une des nombreuses institutions qui opèrent dans le domaine ou qu'ils soient sous forme *ad hoc* ; ces arbitrages sont beaucoup plus nombreux que les premiers, même s'ils ne font pas aussi souvent la manchette.

Ceci dit, je ne pense pas qu'il y ait eu, dans le monde, un regain d'engouement pour l'arbitrage. Je pense que l'arbitrage fait face à des défis. Selon moi, l'arbitrage continue de faire son chemin, non pas comme une sorte de potion magique pour la résolution des différends, mais parce que c'est la moins pire des solutions à envisager en cas de conflit suite à des transactions internationales. Quiconque a eu à faire avec des recours judiciaires soulevant des questions de droit international privé sait à quoi je réfère ; je ne parle pas seulement de recours qui pourraient avoir lieu dans des pays dont le système judiciaire est peu développé. Une bonne façon de se désillusionner à cet égard consiste à lire les décisions judiciaires auxquelles on fait référence dans l'affaire *Loewen (Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States, ICSID Case No. ART (AF 98/3) (NAFTA)*.

Quant aux arbitrages en matière d'investissement en vertu de traités bilatéraux ou multilatéraux, il n'y a aucun doute dans mon esprit que la Convention de Washington de 1965 a constitué un immense encouragement à l'investissement international en garantissant aux investisseurs

étrangers un recours efficace, si l'État récipiendaire n'honorait pas de bon gré une sentence arbitrale rendue contre lui.

RAM : Quand vous avez entrepris votre carrière dans le domaine de l'arbitrage, comment envisagez-vous son avenir ?

Je vous avouerai que, lorsque j'ai eu mon premier arbitrage international en 1986, après une vingtaine d'années en politique, je pensais beaucoup plus à mon propre avenir qu'à celui de l'arbitrage international. À part mes souvenirs de la petite section désuète du *Code de procédure civile* du Québec concernant l'arbitrage, je n'en connaissais littéralement rien.

J'avais quitté la politique en septembre 1984 et j'entrais comme associé chez Stikeman Elliott, ayant quitté la pratique du droit depuis 1968 ; il s'agissait pour moi de me rebâtir une pratique à partir de zéro et dans un environnement où le gouvernement dont j'avais fait partie avait connu la défaite et avait été remplacé par un gouvernement conservateur. Inutile de dire que mes anciens « amis » du milieu des affaires ne se précipitaient pas à ma porte pour me demander des conseils. J'ai eu un appui formidable et continu de mes associés chez Stikeman Elliott et je leur en serai toujours reconnaissant mais le défi était énorme.

Quand on me demande comment je me suis préparé au rôle d'arbitre qui devait subséquemment définir ma carrière, je dois honnêtement répondre que je ne m'y suis jamais préparé. En fait, j'y suis venu par accident.

Un associé qui avait été auparavant dans un grand bureau parisien avait reçu un appel d'un de ses anciens collègues qui voulait obtenir un rendez-vous avec Pierre Elliott Trudeau pour l'inviter à siéger comme arbitre dans une affaire très considérable impliquant une grande entreprise d'État française et l'Iran. Mon associé qui ne connaissait pas bien M. Trudeau m'a demandé si je pouvais l'aider à obtenir une entrevue ; ce que je fis. La rencontre a eu lieu et, après l'entrevue, j'ai rencontré l'avocat qui était venu de Paris et lui ai demandé comment celle-ci s'était déroulée. Il m'a répondu que l'entrevue avait été une expérience extraordinaire pour lui mais que M. Trudeau avait malheureusement décliné son offre, en vertu de sa décision de ne pas ouvrir de dossiers lui-même mais d'agir simplement comme conseil dans l'étude qui lui avait offert un poste. M. Trudeau lui avait cependant suggéré de m'approcher à ce sujet, étant donné que le différend avait à voir avec le domaine énergétique et que j'avais été ministre de l'Énergie du Canada. À mon étonnement, l'avocat en question m'a demandé si j'accepterais d'être

considéré pour une telle nomination. J'ai pris une minute pour faire semblant de réfléchir et consulter mon agenda presque vide avant de lui répondre que je serais ravi d'accepter une telle offre si elle m'était faite. Quelques semaines plus tard, on m'avisait que j'avais été nommé.

J'ai eu le privilège de siéger avec, comme président, une sommité dans l'arbitrage international, le professeur Pietr Sanders. Quelques mois plus tard, le même bureau français me nommait comme arbitre dans une affaire parallèle impliquant une autre compagnie d'État française et l'Iran et, encore une fois, j'ai eu la chance d'avoir, comme président, une autre sommité dans le domaine, le juge Pierre Bellet, ancien président de la Cour de Cassation et président du U.S.-Iran Claims Tribunal de La Haye. Un an plus tard, le professeur Sanders, qui était président du Conseil international sur l'arbitrage commercial, m'invitait à devenir le représentant canadien sur ce Conseil et, graduellement, le téléphone s'est mis à sonner plus fréquemment, de telle sorte que, depuis une quinzaine d'années, je ne fais pratiquement aucune autre chose que l'arbitrage international. En somme, j'ai appris sur le tas et je ne suis pas sûr que mon parcours professionnel dans ce domaine constitue un exemple très utile pour un jeune avocat qui s'intéresse à l'arbitrage international.

RAM : Que pensez-vous de la contribution des tribunaux canadiens dans le développement d'un droit de l'arbitrage ?

J'en pense le plus grand bien. Le Canada est venu très tard à l'arbitrage commercial moderne et jusqu'en 1986, notre jurisprudence était à la traîne d'un droit civil et d'une common law qui n'étaient plus du tout ajustés aux besoins du commerce.

Le Canada a été le premier pays au monde à adopter la loi type de la CNUDCI en 1986, le gouvernement fédéral et les provinces faisant preuve d'une rare alacrité à rattraper le temps perdu. Il s'agissait en fait d'une véritable révolution législative en matière d'arbitrage. Et, alors qu'on aurait pu craindre une réticence culturelle à emboîter le pas, les tribunaux canadiens, dans leur ensemble, ont accueilli avec enthousiasme ce nouveau développement et n'ont pas hésité à accorder à ce nouveau régime toute l'amplitude que lui assignait le législateur. Bien plus, les tribunaux canadiens n'ont pas hésité à réviser leurs pratiques traditionnelles et à introduire dans le processus judiciaire (même dans le domaine du droit criminel) des mécanismes, parfois optionnels, parfois obligatoires, de recours à des méthodes alternatives de résolution des différends. En fait, il n'est pas rare aujourd'hui de voir des jugements de

cours canadiennes cités dans des arbitrages internationaux n'impliquant aucune entité canadienne.

RAM : Comment vous êtes-vous préparé au rôle qui devait définir votre carrière dans le domaine, soit celui d'arbitre ?

J'ai déjà en bonne partie donnée réponse à cette question. Je ne m'y suis jamais préparé et le hasard a bien fait les choses pour moi.

Cependant, le fait d'avoir d'abord fait de l'enseignement universitaire, pratiqué le droit civil durant quelques années et, ensuite, passé une vingtaine d'années dans le domaine de la fonction publique et de la politique (dont plusieurs à la tête de ministères importants), m' a permis d'acquérir une expérience diversifiée du fonctionnement de la société canadienne et internationale. Tout ceci a peut-être été un facteur positif qui a pu jouer dans ma sélection comme arbitre, alors qu'à l'occasion de différends entre un investisseur étranger et un État, les parties étaient à la recherche d'une personne ayant eu une bonne expérience du fonctionnement de l'État.

RAM : Que pensez-vous de la réponse tiède qu'a reçue la loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale ? Comment expliquez-vous ce manque d'intérêt à la lumière d'un engouement grandissant, du moins d'un point de vue interne, avec ce mode de résolution des conflits ?

Je vous dirai que je n'en suis nullement étonné. Les manuels en matière d'arbitrage ont tous des chapitres traitant des différentes variations sur le thème des modes alternatifs de résolution des conflits, y compris la médiation et la conciliation et les institutions internationales ont presque toutes adopté des règlements concernant ces sujets. En pratique, ces règlements sont très rarement utilisés. Ceci n'est pas dû à l'ignorance que les parties et leurs conseils auraient de ces mécanismes mais au fait qu'avant de sauter dans un processus arbitral, les parties ont généralement épuisé les possibilités de règlement par le moyen de la négociation directe et au moins l'une des parties ne voit aucun intérêt à prolonger le processus par l'intermédiaire d'un conciliateur ou médiateur, avec les frais afférents et le temps requis.

En fait, la plupart des traités internationaux en matière d'investissement prévoient spécifiquement une période de négociation entre un État signataire et un investisseur étranger, avant que celui-ci ne puisse déposer une demande d'arbitrage. En outre, de très nombreux contrats privés contiennent une disposition analogue. Il est tout à fait compréhensible

qu'après quelques mois de négociations intenses qui ont abouti à un échec, l'une ou l'autre des parties aura préférence à recourir à un mécanisme dont le résultat liera les parties.

Ceci ne veut pas dire que la conciliation est inexistante dans le domaine du commerce international ; loin de là. J'ai eu moi-même quelques occasions d'agir comme conciliateur ou médiateur dans des différends concernant la réalisation de grands projets de construction. Mais, tenant compte du caractère facultatif du processus, les parties ne voient généralement ni l'intérêt ni la nécessité de recourir aux règlements d'une institution quelconque pour encadrer ce processus.

Je crois que la différence significative avec l'engouement interne dont vous parlez résulte du fait qu'au plan domestique, loin de tenter d'endiguer le mécanisme arbitral lors de la modernisation de la législation canadienne, les tribunaux canadiens l'ont endossé avec enthousiasme et ont pris les moyens nécessaires pour dégorger le système judiciaire et donner aux parties et aux juristes un encouragement clair à régler à l'amiable. À cet égard, le système judiciaire canadien a été remarquablement innovateur et son exemple est maintenant suivi par de nombreux autres pays.

RAM : Est-ce que l'arbitrage commercial a des leçons à tirer de l'arbitrage dans le domaine du droit de l'investissement et vice-versa ? Lesquels ?

Je crois que l'arbitrage commercial a peu de leçons à tirer de l'arbitrage du droit de l'investissement. Dans le premier cas, les parties désirent en arriver à une décision bien raisonnée dans un délai relativement court et sous la couverture de la confidentialité. Fréquemment, les parties désirent continuer leurs relations commerciales et, surtout, veulent éviter les retombées négatives sur leur réputation commerciale pouvant résulter de la publication de la sentence, même si celle-ci est positive en faveur de l'une des parties.

La situation en matière du droit de l'investissement est bien différente. Tout d'abord, même si les parties désirent garder la sentence confidentielle, l'obligation de transparence des États les oblige, dans la plupart des pays, à répondre devant leurs électeurs des développements significatifs dans ces dossiers qui prennent fréquemment une dimension politique très importante ; de plus, alors que dans les arbitrages commerciaux, l'existence même d'un arbitrage est gardée confidentielle par l'institution arbitrale, l'inverse est généralement le cas en matière d'investissement. Enfin, il existe un certain nombre d'institutions

privées qui suivent de près les arbitrages entre États et investisseurs étrangers et qui gagnent leur pain en informant le public des développements survenant dans ce domaine, y compris par la publication de sentences obtenues sous le manteau, alors que les parties n'ont pas encore consenti à lever la confidentialité.

Ceci dit, je crois que les arbitrages en matière d'investissement auraient quelques leçons à tirer de l'arbitrage commercial, particulièrement en ce qui concerne la rapidité du processus décisionnel et la rédaction des sentences. Ceci est cependant plus facile à dire qu'à faire. Les sentences étant publiques et, dans les cas de celles sous les Règles du CIRDI, étant sujettes à un processus de révision par des Comités *ad hoc* qui a fait parfois l'objet de controverse, on a assisté à une quasi-judiciarisation du système arbitral en matière d'investissement, alors que les conseils font de leur mieux pour importer dans le système arbitral toute la panoplie de procédures judiciaires et que les arbitres sentent le besoin de couvrir tous les fronts tant au plan de la procédure que du fond du différend. Et le régime arbitral ayant subi une influence considérable du régime de la *common law*, les sentences sont loin de ressembler à des décisions de la Cour de Cassation française ! Il en est résulté un alourdissement du processus tant au plan monétaire que temporel qui justifie des questions légitimes sur l'efficacité du système présentement en place.

RAM : Quels sont selon vous les deux grands défis auxquels fait face l'arbitrage dans le domaine de l'investissement ?

Selon moi, les deux plus grands défis actuels ont à voir avec le coût du système et la durée du processus. Je vois régulièrement des affaires dans lesquelles les frais et dépens dépassent facilement les \$15 millions (la plus grande partie étant constituée des frais des conseils et experts). Tenant compte de la quantité d'arbitrages en cours, il semble que le marché soit en mesure de supporter de tels coûts ; il est même intéressant de voir arriver sur le marché des entreprises de financement d'arbitrage par tierces parties, même si le succès de telles initiatives demeure encore douteux.

Ce qui me préoccupe davantage, c'est que le domaine de l'arbitrage en matière d'investissement est en train de devenir, à toutes fins pratiques, la chasse gardée de grandes entreprises dotées de moyens financiers puissants et qui peuvent se payer le risque de perdre une dizaine de millions de dollars pour essayer de faire confirmer leurs droits. Par ailleurs, le domaine de l'investissement étranger est rempli de peti-

tes et moyennes entreprises qui misent leur avenir sur l'expansion des marchés extérieurs ; or, dans bien des cas, les différends surviennent dans les premières années de la présence de telles entreprises à l'étranger, alors que ces entreprises n'ont pas encore les reins assez forts pour encourir les frais que peuvent représenter la défense de leurs droits. Elles doivent alors abandonner la partie et je crois que tant l'entreprise en question que le pays récipiendaire de l'investissement sont perdants. Il me semble qu'un effort plus grand devrait être fait pour développer des mécanismes plus souples et moins coûteux pour répondre à de tels besoins.

RAM : Quels conseils donneriez-vous à un jeune avocat qui souhaite entreprendre une carrière en arbitrage ?

Le premier prérequis serait celui d'une solide base de réalisme.

En ce qui concerne l'arbitrage domestique, il faut se rappeler qu'au Canada, toutes choses étant égales, les citoyens préféreront généralement recourir au système judiciaire dont la qualité et l'indépendance sont solidement établis et qui a su intégrer des processus alternatifs de résolution des différends dans le cheminement d'un litige judiciaire. Je ne vois pas prochainement une explosion au Canada de la pratique juridique en matière d'arbitrage commercial ou autre. C'est là une situation bien différente de celle des États-Unis où l'American Arbitration Association peut, à elle seule, se vanter d'avoir plusieurs dizaines de milliers d'arbitrages en cours à chaque année ; et c'est sans compter les nombreuses institutions spécialisées (valeurs mobilières, matières premières etc.) qui ont leur propre régime d'arbitrage qui roule à plein. Ceci dit, je ne peux concevoir un jeune avocat complet, surtout s'il s'intéresse au litige, sans une solide connaissance de la législation en matière de méthodes alternatives de résolution des différends.

En ce qui concerne l'arbitrage international (commercial ou en matière d'investissement), il importe de se rappeler que, même si ce domaine a toujours conservé un certain panache, on n'est pas non plus dans une période d'expansion mirobolante et la compétition est forte dans le secteur.

Il est évident qu'on devient rarement arbitre à 25 ans ; à tort ou à raison, les parties ou leurs conseils préféreront choisir quelqu'un doté de plusieurs années d'expérience dans la carrière juridique et d'une bonne feuille de route soit comme arbitre, conseil, auteur ou professeur dans le domaine. La cause la plus difficile à obtenir, c'est toujours la première.

Pour un jeune homme ou une jeune femme qui aimerait faire carrière dans ce domaine, je l'encouragerais à faire d'abord des études avancées sur le sujet et, si possible, publier l'objet de ses recherches. Il y aurait ensuite avantage à faire un stage de quelques années (deux ou trois devraient suffire) dans une institution spécialisée (CCI, CIRDI, AAA, ICDR, CPA, etc.). Les Canadiens bilingues et ayant une connaissance du droit civil et de la *common law* sont en bonne position pour être recrutés. Je l'encouragerais ensuite à se trouver un emploi dans une des grandes firmes internationales actives en matière d'arbitrage international (il s'agit surtout d'études américaines, anglaises ou européennes) et de s'y bâtir une solide réputation par la qualité de son travail. Il existe en outre un grand nombre d'associations (dont certaines pour les jeunes avocats), de conférences et autres activités regroupant les juristes intéressés à l'arbitrage ; en fait, le nombre est tel qu'un avocat pourrait passer son temps à courir d'une conférence à l'autre et en venir à ne plus avoir le temps de pratiquer le droit. Il faut choisir judicieusement de tels événements et évaluer lesquels rapporteront le plus au plan des connaissances juridiques tout autant que des contacts professionnels. Une participation active au fonctionnement de tels organismes en vaut aussi la peine. Enfin, autant que possible, ne pas cesser de publier dans le domaine.

En faisant un peu de tout cela, et avec un peu de chance, vous serez peut-être nommé arbitre à 40 ans. Mais, à tout événement, vous aurez eu déjà, au plan intellectuel, une vie professionnelle fascinante.