

Le choix de l'arbitre

# 21 LE CHOIX DE L'ARBITRE : DE LA THÉORIE À LA PRATIQUE

Article rédigé par :

Jean-Pierre GRANDJEAN,  
avocat à la Cour, Clifford Chance Europe LLP

et

Clément FOUCHARD,  
avocat à la Cour, Clifford Chance Europe LLP



**S**i, d'un côté, l'une des meilleures façons de désigner un arbitre reste de désigner un arbitre que l'on connaît suffisamment pour le nommer en confiance ; d'un autre côté, pour éviter les incidents qui se multiplient à la suite des déclarations faites par les arbitres au moment de leur désignation, on en viendrait presque à se demander s'il ne faut pas plutôt désigner un arbitre... que l'on ne connaît pas. S'il n'y a pas de recette pour désigner un arbitre, il existe des précautions à prendre pour passer, dans cet exercice difficile, de la théorie à la pratique.

Les utilisateurs de l'arbitrage sont, au début de chaque arbitrage, confrontés à la même question, dont la réponse est à ce point importante qu'elle éluderait presque toutes les autres : quel(s) arbitre(s) choisir ?

Les entreprises habituées à l'arbitrage savent que l'adage « Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage », certes caricatural, est une réalité dans l'arbitrage *ad hoc* comme dans l'arbitrage institutionnel, quel que soit le système juridique, national ou international, dans lequel s'inscrit la procédure d'arbitrage.

Les entreprises qui recourent moins souvent à l'arbitrage ou qui, à l'occasion d'un litige, découvrent ce mode très répandu de résolution des conflits commerciaux, comprennent vite les enjeux d'une bonne désignation d'arbitre et surtout, les pièges que peut comporter un défaut d'attention suffisante sur le choix des arbitres.

Les avocats ont, auprès de ces dernières, un rôle clef à jouer car c'est à eux qu'il reviendra, le plus souvent, de guider ce choix par des explications et des conseils appropriés. Auprès des entreprises familières de l'arbitrage, le rôle de l'avocat n'est que complémentaire mais pas moins précieux, surtout à l'heure où, en France, les textes et la jurisprudence ont renforcé la transparence qui gouverne la constitution des tribunaux arbitraux.

On le sait, l'article 1456 du Code de procédure civile, issu du décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage,

impose à l'arbitre, au moment de sa désignation comme après l'acceptation de sa mission, « de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité ». Plusieurs arrêts récents ont défini les contours de cette obligation de transparence d'une manière stricte qui a suscité beaucoup de commentaires<sup>1</sup>.

1. La Cour de cassation s'est d'abord attachée aux liens pouvant exister entre l'arbitre et les parties (V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 oct. 2010, n° 09-68.997, *Somoclest* : *JurisData* n° 2010-018981 et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 oct. 2010, n° 09-68.131, *Prodim* : *JurisData* n° 2010-018962 – Sur ces arrêts, V. Bull. civ. 2010, I, n° 204 ; D. 2010, p. 2938, obs. Th. Clay ; JCP G 2010, 1286, § 1, obs. Ch. Seraglini ; JCP G 2010, 1306, note B. Le Bars et J. Juvénal ; Gaz. Pal. 6-8 févr. 2011, p. 18, obs. D. Bensaude), puis aux liens entre l'arbitre et les conseils des parties (V. CA Paris, 10 mars 2011, n° 09/28537, *Tesco* : Cah. arb. 2011, p. 787, note M. Henry ; Rev. Arb. 2011, p. 737 ; Gaz. Pal. 15-17 mai 2011, comm. 19, obs. D. Bensaude ; D. 2011, p. 3023, obs. Th. Clay ; et également l'affaire *Tecnimont* : CA Paris, 12 févr. 2009 : *JurisData* n° 2009-375722 ; Rev. Arb. 2009, p. 186, note Th. Clay ; Gaz. Pal. 15 déc. 2009, p. 6, obs. L. Degos ; D. 2009, p. 2964, obs. Th. Clay ; Bull. ASA 2009, p. 520, note P. Schweizer ; l'arrêt a été ensuite cassé : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 nov. 2010, n° 09-12.716 : *Journ. intern. arb.* 2010, p. 1147, note Th. Clay ; JCP G 2010, 1306, note B. Le Bars et J. Juvénal ; D. 2010, p. 2939, obs. Th. Clay ; JCP G 2010, 1286, n° 2, obs. Ch. Seraglini ; et renvoi, CA Reims, 2 nov. 2011, n° 10/02888 : Rev. Arb. 2012, p. 11, note M. Henry ; *Cahiers de l'arbitrage*, 2011, p. 1109, obs. T. Clay) puis à ceux liant l'arbitre à des tiers à la procédure (V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2012, n° 11-11.084 : *JurisData* n° 2012-001290 ; L. Weiller ; *L'irrésistible ascension de l'obligation de révélation* : *Procédures* 2012, comm. 73). – Sur l'ensemble du sujet, V. dernièrement, D. Cohen, *Indépendance des arbitres et conflits d'intérêt* : Rev. Arb. 2011, p. 611-652 ; E. Kleiman, *Arbitrage et conflits d'intérêts : une année mouvementée* : JCP G 2011, supplément n° 52, p. 25.

Cette jurisprudence donne lieu à des interrogations sur lesquelles cette chronique sera l'occasion de revenir. Car si la transparence est assurément une vertu, elle rencontre en matière de désignation d'arbitres un écueil tenant au fait que s'il n'est pas (et ne doit pas être) un « club », le monde de l'arbitrage comporte un nombre d'acteurs assez restreint.

*“ L'arbitrage se distingue fondamentalement de la justice étatique en offrant aux parties la faculté de choisir celui à qui elles vont confier la mission de juger leur différend ”*

Les arbitres – qui sont assez souvent les mêmes dans les affaires importantes – ont, par la force des choses, des relations entre eux et avec les autres acteurs spécialisés de l'arbitrage. Les avocats sont plus nombreux mais les plus actifs dans ce domaine se retrouvent régulièrement, soit comme conseil, soit comme arbitre, les avocats intervenant en ces deux qualités. Il n'a jamais été discuté que les arbitres doivent révéler les liens qu'ils ont avec les parties à l'arbitrage, dès lors que leur indépendance ou leur impartialité risquerait d'en être affectée. Plus nouvelle et plus floue est l'obligation désormais faite aux arbitres de révéler aussi les liens d'affaires qu'ils ont avec les conseils d'une partie. Il s'ensuit, en pratique, des contestations dont le nombre est croissant et qui, parfois, s'inscrivent dans des tactiques dilatoires ou belliqueuses que l'esprit de l'arbitrage ne devrait pas encourager.

Le paradoxe est que, d'un côté, la meilleure façon de désigner un arbitre, bien qu'elle ne soit pas la seule, reste de désigner un arbitre que l'on connaît suffisamment pour le nommer en confiance ; mais, d'un autre côté, pour éviter les incidents qui, actuellement, se multiplient à la suite des déclarations faites par les arbitres au moment de leur désignation, on en viendrait presque à se demander s'il ne faut pas plutôt désigner un arbitre... que l'on ne connaît pas !

S'il n'y a pas de recette pour désigner un arbitre, il existe des précautions à prendre pour passer, dans cet exercice difficile, de la théorie (1) à la pratique (2).

## 1. La théorie

Le choix de l'arbitre occupe, dans une procédure d'arbitrage, une place cruciale (A). Le principe est celui de la liberté de ce choix que les parties peuvent exercer elles-mêmes ou confier à un tiers (B). Le droit français de l'arbitrage pose, vis-à-vis de l'arbitre, plusieurs obligations qui encadrent cette liberté (C).

### A. - Le choix de l'arbitre est crucial

L'arbitrage se distingue fondamentalement de la justice étatique en offrant aux parties la faculté de choisir celui à qui

elles vont confier la mission de juger leur différend. Lorsqu'on interroge les utilisateurs de l'arbitrage sur les raisons pour lesquelles ils choisissent cette justice dite privée, le choix du juge figure parmi les premières motivations. L'arbitre est rarement désigné au moment où les parties s'accordent sur le recours à l'arbitrage, le plus souvent par une clause compromissoire insérée lors de la signature d'un contrat. Un choix est, en revanche, dès ce moment, exprimé : celui d'écarter la compétence des juges étatiques.

Une fois cette décision prise, rien n'importe plus que de choisir un bon tribunal arbitral. L'importance de ce choix est d'autant plus grande que la décision des arbitres sera, en principe, sans appel. Dans l'arbitrage international, seul un recours en annulation ou contre l'ordonnance d'*exequatur* est ouvert, dans les cas très limités de l'article 1520 du Code de procédure civile et sans possibilité de révision au fond de la sentence arbitrale. Il en va désormais de même dans l'arbitrage interne, sauf dans les cas où les parties ont expressément réservé la possibilité d'un appel contre la sentence (*CPC*, art. 1492).

### B. - Le choix de l'arbitre est libre

Les parties sont libres de désigner l'arbitre de leur choix. Elles n'ont évidemment pas à motiver ce choix.

Le recours à une institution d'arbitrage peut affecter l'exercice de ce droit. Le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), dont le siège est à Paris, prévoit que « lorsque les parties sont convenues de recourir à un arbitre unique, elles peuvent le désigner d'un commun accord (...). Faute d'entente entre les parties dans un délai de trente jours (...), l'arbitre unique est nommé par la Cour d'arbitrage de la CCI »<sup>2</sup>. Selon le même règlement<sup>3</sup>, « lorsque les parties sont convenues que le litige sera résolu par trois arbitres, chacune des parties (...) désigne un arbitre (...). Le troisième arbitre, qui assure la présidence du tribunal arbitral, est nommé par la Cour d'arbitrage à moins que les parties ne soient convenues d'une autre procédure ». Il revient donc aux parties, dans l'arbitrage CCI, de convenir spécialement (avant ou après le déclenchement de l'arbitrage) qu'elles-mêmes ou les deux premiers arbitres nommés désigneront le troisième arbitre, président du tribunal arbitral. Les arbitres qu'elles nommeront devront être « confirmés » par l'institution<sup>4</sup>. Quant au règlement d'arbitrage de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), sa lettre ne permet pas aux parties ou aux co-arbitres de nommer le président du tribunal arbitral<sup>5</sup>, mais cette possibilité reste en pratique ouverte sous réserve d'approbation par l'institution.

Le décret du 13 janvier 2011 pose quant à lui une règle générale – et supplétive (*CPC*, art. 1452, al. 1<sup>er</sup>)<sup>6</sup> – commune à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international, selon laquelle

2. *Chambre de commerce internationale, règl. d'arbitrage, art. 12-3.*

3. *Chambre de commerce internationale, règl. d'arbitrage, art. 12-4 et 12-5.*

4. *Chambre de commerce internationale, règl. d'arbitrage, art. 13.*

5. *LCIA, règl. d'arbitrage, art. 5.5, 5.6 et 7.1.*

6. « *En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres (...)* ».

il revient aux deux co-arbitres de nommer le troisième arbitre (CPC, art. 1452). Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI<sup>7</sup> retient la même solution.

Comme on le sait, dans l'hypothèse où une partie ne désignerait pas l'arbitre qu'il lui revient de nommer, comme dans celle où le président du tribunal arbitral ne serait pas désigné d'un commun accord, cette désignation sera faite soit par « la personne chargée d'organiser l'arbitrage » (l'institution d'arbitrage), soit par le juge étatique d'appui. En France, le juge d'appui est le président du tribunal de grande instance statuant « comme en matière de référé » (CPC, art. 1459, al. 1<sup>er</sup>), sauf clause contraire attribuant compétence au président du tribunal de commerce (CPC, art. 1459, al. 2).

### C. - Le choix de l'arbitre est encadré

Si le choix de l'arbitre est libre, cette liberté est encadrée, d'une part, par la règle imposant qu'il s'agisse d'une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits (CPC, art. 1450) – ce qui paraît être un minimum – et, d'autre part, par le devoir de l'arbitre d'être et de demeurer indépendant et impartial.

*“ Le défaut d'indépendance ou d'impartialité peut aussi, après le prononcé de la sentence, donner lieu à une contestation de la validité de la sentence ”*

Cette exigence n'est pas posée en tant que telle par le Code de procédure civile, mais elle résulte de l'obligation faite à l'arbitre, par l'article 1456 dudit code, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité, lors de sa désignation comme après celle-ci. Le règlement d'arbitrage de la CCI contient, en son article 11-2, une disposition similaire, de même que le règlement d'arbitrage de la CNUDCI<sup>8</sup> ou le règlement d'arbitrage de la LCIA<sup>9</sup>.

Une contestation sur l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre sera tranchée soit par l'institution d'arbitrage selon les modalités prévues par son règlement, soit par le juge d'appui. En France, le juge d'appui est ici exclusivement le président du tribunal de grande instance, à l'exclusion du tribunal de commerce (CPC, art. 1459). Le défaut d'indépendance ou d'impartialité peut aussi, après le prononcé de la sentence, donner lieu à une contestation de la validité de la sentence.

Il sera noté, pour achever cette présentation très sommaire, que le droit français de l'arbitrage impose un devoir d'indé-

pendance et d'impartialité tant aux co-arbitres qu'au président du tribunal arbitral. Les arbitres sont, de ce point de vue, logés à la même enseigne. Dans une autre approche, qui tend à disparaître, il est attendu de l'arbitre qu'il se comporte, au sein du collège arbitral, comme l'avocat de la partie qui l'a désigné (on parle d'arbitre « non neutre »). Cela reste possible dans le règlement d'arbitrage de l'*American Arbitration Association* (AAA), à la condition qu'un accord écrit des parties l'ait prévu<sup>10</sup>.

En France, et dans les nombreux pays qui partagent notre conception de l'arbitrage, une partie qui nomme un co-arbitre ne désigne pas « son » arbitre, mais un arbitre duquel est attendue la même indépendance et impartialité que celle des autres membres du tribunal arbitral. Il devient toutefois difficile, en abordant ce sujet, de ne pas entrer dans la pratique.

## 2. La pratique

La question du choix de l'arbitre est « revisitée » à l'occasion de chaque arbitrage, même par les praticiens les plus avertis. *A fortiori* est-il recommandé à ceux qui ne le pratiquent qu'épisodiquement de porter à cette question toute l'attention requise, en se faisant assister de conseils connaissant le droit de l'arbitrage, ses acteurs et ses pratiques.

### A. - Par qui l'arbitre est-il désigné ?

#### 1° Cas du co-arbitre

Lorsqu'il incombe à une partie de nommer un co-arbitre, il est rare que cette dernière ne le fasse pas. Une stratégie de refus de s'engager dans l'arbitrage peut exceptionnellement conduire une partie à s'abstenir de désigner un arbitre. Même en ce cas, désigner un arbitre sous réserves semble préférable à une abstention qui conduirait à ce que cette désignation soit faite par l'institution d'arbitrage ou le juge d'appui.

#### 2° Cas de l'arbitre unique ou du président du tribunal arbitral

Plus délicate est la désignation d'un arbitre unique ou du président du tribunal arbitral, qu'il revient aux parties d'effectuer ensemble. Il est loin d'être évident de trouver un accord sur ce point, alors que, par hypothèse, un contentieux s'ouvre entre les parties.

Il s'avère, dans les faits, plus difficile de choisir un arbitre unique que de nommer, d'un commun accord, le président d'un tribunal arbitral. La raison en est que la nomination du président du tribunal arbitral est souvent faite par les co-arbitres préalablement nommés par les parties. La pratique courante (mais ça n'est qu'une pratique, les co-arbitres n'ayant pas l'obligation de consulter les parties lorsqu'il leur revient de désigner le président<sup>11</sup>) est que le co-arbitre effectue cette désignation en concertation avec l'avocat de la partie qui l'a nommé. Les avocats des parties sont donc consultés sur le choix du président du tribunal arbitral mais, sauf accord

7. Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International ; en anglais : *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL). – CNUDCI, *règl. d'arbitrage, version révisée en 2010*, art. 9.1.

8. CNUDCI, *règl. d'arbitrage, version révisée en 2010*, art. 11.

9. LCIA, *règl. d'arbitrage*, art. 5.2 et 5.3.

10. AAA, *règl. section R-17*.

11. TGI Paris, *ord.*, 4 avr. 2003 : *Rev. arb.* 2005, p. 164, note L. Jaeger.

contraire, les parties n'effectuent pas elles-mêmes cette désignation qui semble s'en trouver facilitée, à tout le moins lorsque les co-arbitres et les avocats sont des praticiens réguliers de l'arbitrage.

Il reste qu'il n'est pas inhabituel, dans l'arbitrage international, que la désignation du président du tribunal arbitral soit faite par l'institution d'arbitrage. Les statistiques de la CCI sont stables : les nominations de présidents de collèges arbitraux par la Cour d'arbitrage sont inférieures à celles émanant des parties ou des co-arbitres, mais dans des proportions assez proches<sup>12</sup>. Les arbitres uniques sont, en revanche, nommés plus fréquemment par la Cour d'arbitrage<sup>13</sup>.

## B. - Comment ?

L'empirisme est de mise.

Il est admis que le choix d'un arbitre soit précédé d'un entretien préalable avec l'arbitre, pour prévenir d'éventuelles situations de conflit d'intérêts ou d'indisponibilité.

Cela pose la question de savoir jusqu'où peuvent aller les communications *ex-parte* entre un arbitre pressenti et le conseil d'une partie. La sagesse commande de limiter cette communication à ce qui est nécessaire au choix de l'arbitre. La CCI a ainsi refusé de confirmer un arbitre qui avait passé, avant sa désignation, 50 heures avec la partie qui l'avait désigné<sup>14</sup>. Cette durée paraît effectivement bien longue pour n'avoir été consacrée qu'à la sélection de l'arbitre.

*“ Il est admis que le choix d'un arbitre soit précédé d'un entretien préalable avec l'arbitre, pour prévenir d'éventuelles situations de conflit d'intérêts ou d'indisponibilité ”*

Certains préconisent que la transparence aille jusqu'à ce qu'un « *transcript* » de l'entretien soit communiqué à l'autre partie. Il faut se garder, en la matière, de tout excès. Il ne paraît pas souhaitable d'encadrer de manière trop rigide ces contacts informels. Le décret du 13 janvier 2011 ne l'a d'ailleurs pas fait. De la même manière, les contacts avec le président pressenti d'un tribunal arbitral, qui s'opèrent généralement par l'intermédiaire des co-arbitres, ne sont pas encadrés par le décret. Le principe du contradictoire ne s'impose pas encore puisque, par définition, le tribunal arbitral n'est pas constitué.

12. La Cour d'arbitrage de la CCI désigne environ 45 % des présidents de tribunaux arbitraux, les parties nommant directement 10 % des présidents et les co-arbitres 45 % (source : *Bulletin de la Cour d'arbitrage de la CCI, rapp. statistiques de 2004 à 2010*).

13. La Cour d'arbitrage de la CCI désigne environ 75 % des arbitres uniques (source : *Bulletin de la Cour d'arbitrage de la CCI, rapp. statistiques de 2004 à 2010*).

14. D. Hasher, *ICC Practice in Relation to the Appointment Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators* : *Bulletin de la Cour d'arbitrage de la CCI*, n° 9, 1995, p. 7-8.

Plusieurs associations professionnelles, dont l'IBA et l'AAA, posent des règles d'éthique<sup>15</sup> qui ne sont pas uniformes mais dont le trait commun est de limiter les contacts *ex-parte* avec un arbitre, en recommandant que le fond du litige ne soit pas abordé, sauf à ce que cet échange soit révélé.

Pour conseiller leurs clients sur le choix de l'arbitre, les avocats ont chacun leur savoir-faire. Le fait d'appartenir à un grand cabinet présente un avantage car l'avocat ajoute à son expérience personnelle celle de ses associés qui, dans un cabinet international, sont une source d'information inégalable. Il n'est pas rare que, tout en veillant à la stricte confidentialité de ces échanges, des informations soient échangées entre les associés d'un même cabinet sur des arbitres pressentis ou désignés, l'expérience collective complétant celle personnelle de l'avocat.

Il est, par ailleurs, très courant – et prudent – d'effectuer des recherches documentaires concernant un arbitre. Les sentences arbitrales commerciales sont rarement publiées, mais les livres ou articles écrits par un arbitre, comme ses interventions faites lors de colloques, sont quant à eux accessibles. L'outil Internet facilite considérablement ces recherches.

## C. - Quels critères ?

Le choix des arbitres s'opère, en fonction des dossiers, sur la base de critères multiples. Certains sont objectifs (1°) ; un autre est plus subjectif, mais capital : la confiance que suscite l'arbitre (2°). Un critère complémentaire, la disponibilité de l'arbitre, ne doit pas être négligé (3°).

Avant de revenir sur ces critères, rappelons que dans notre conception de l'arbitrage, les mêmes qualités d'indépendance et d'impartialité sont attendues de chacun des arbitres composant le tribunal arbitral<sup>16</sup>.

Dans la pratique, l'attente des parties est parfois différente. Pour l'arbitre unique ou le président d'un tribunal arbitral, chacun comprend que leur neutralité doit être complète. C'est un gage essentiel de bonne justice arbitrale. Pour ce qui est des co-arbitres désignés par les parties, la situation est moins univoque. Même en rejetant le concept d'arbitre-avocat de la partie qui l'a nommé, l'expérience montre qu'il n'est pas rare qu'un arbitre, au cours d'une audience ou d'un délibéré, paraisse plus réceptif aux arguments de la partie qui l'a désigné. Dans certains cas, on décèle parfois un parti-pris.

Un *barrister* écrivait, en 1986 : « Lorsque je représente et assiste un client dans un arbitrage, ce que je recherche vraiment pour un arbitre nommé par une partie est quelqu'un avec le maximum de prédispositions envers mon client mais avec le minimum d'apparence de partialité »<sup>17</sup>.

Un autre auteur s'exprimait plus récemment sur le sujet, en des termes moins provocateurs : « (1) [L'arbitre] doit être, et

15. IBA, *Lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international*, art. 4.5.1, approuvées le 22 mai 2004 par le Conseil de l'International Bar Association ; IBA, *Rules of Ethics for International Arbitrators (1987)*, art. 5 ; *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures de l'American Arbitration Association (2009)*, art. R-18.

16. V. *supra*.

17. M. Hunter, *Ethics of the international arbitrator* : *Bull. ASA 1986*, p. 188 (traduction libre).

être perçu complètement indépendant de la partie qui l'a nommé, c'est-à-dire pas seulement être indépendant de manière formelle (...) mais être quelqu'un qui, du fait de sa réputation et par sa stature dans la communauté des praticiens de l'arbitrage, ou pour d'autres raisons, n'est pas subordonné ou susceptible d'être perçu comme subordonné de quelque manière que ce soit à la partie qui l'a nommé.

(2) Alors que cela peut paraître incohérent avec cette première exigence, [l'arbitre] doit aussi être idéalement quelqu'un qui serait probablement disposé, sympathique ou réceptif à la cause ou la position de la partie qui l'a nommé. [L'arbitre] doit être bien disposé, pas seulement parce qu'il a été nommé par cette partie, mais parce que cette position est en ligne avec ses vues professionnelles et doctrinales et plus généralement avec sa vision de la vie »<sup>18</sup>.

Trois propositions peuvent résumer cette problématique :

- l'attente minimale, pour une partie qui désigne un co-arbitre, est d'avoir l'écoute de cet arbitre. Cette attente est parfaitement légitime. Elle s'étend d'ailleurs aux autres membres du tribunal arbitral ;
- il n'y a rien de suspect à ce que les vues d'un arbitre soient conformes aux intérêts de la partie qui l'a désigné ;
- il ne faut pas que la partialité s'instaure. L'arbitre qui la laisserait poindre perdrait sa crédibilité au sein du collège arbitral, au détriment de la partie l'ayant nommé.

À partir de là, certains arbitres ne font aucune différence suivant qu'ils sont arbitre désigné par une partie ou président du tribunal arbitral. D'autres prennent en compte le fait qu'ils sont l'arbitre désigné par une partie, plus ou moins ouvertement. Pour tous, la règle est et demeure celle de l'indépendance et de l'impartialité.

La personnalité de l'arbitre, sa formation, son parcours professionnel, ses opinions doctrinales s'il en existe, les sentences qu'il a pu rendre, sont autant d'éléments à prendre en considération au moment de sa désignation.

### 1° Critères objectifs : le profil de l'arbitre

Avant de s'interroger sur l'identité d'un arbitre, il conviendra de définir son profil, qui varie en fonction des dossiers.

**Juriste ou non-juriste ?** – L'arbitre est le plus souvent un juriste (professeur de droit, avocat, magistrat à la retraite...). Il peut être, dans des dossiers très techniques, un ingénieur ou un expert-comptable ou financier. Cependant, une sentence arbitrale est rarement le fruit d'une approche purement technique, il est donc préférable que l'arbitre soit avant tout un juriste. Les experts des parties éclaireront le tribunal arbitral sur les aspects techniques.

**L'expérience.** – Certains arbitres sont spécialisés, d'autres sont généralistes. Le dénominateur commun est l'expérience de l'arbitrage. Il importe que l'arbitre soit aguerri, les procédures d'arbitrage étant de plus en plus complexes.

L'expérience de l'arbitre importe plus encore dans l'arbitrage *ad hoc* que dans l'arbitrage institutionnel où le centre

d'arbitrage assure un suivi et où son intervention permet de gérer plus facilement certaines difficultés. L'expérience du président est prépondérante pour la résolution des incidents de procédure. L'arbitrage international soulève des questions spécifiques qui deviennent vite l'affaire de spécialistes.

Au-delà de la nationalité<sup>19</sup>, le système juridique d'origine de l'arbitre pressenti a son importance. Un arbitre de tradition civiliste sera naturellement moins réceptif à des institutions typiquement anglo-saxonnes, telle la procédure de *discovery*, tandis qu'un arbitre issu de la *common law* concevra difficilement de s'en passer.

“ Le système juridique d'origine de l'arbitre pressenti a son importance ”

Les auditions de témoins occupent dans l'arbitrage une place importante, de telle sorte que les arbitres expérimentés en sont familiers. La conduite des témoignages tend à s'uniformiser, mais le style anglo-américain reste différent de la tradition continentale. C'est un point dont il faut aussi tenir compte lors de la désignation des arbitres.

**Nationalité de l'arbitre.** – La nationalité de l'arbitre est un critère de sélection important lorsque l'arbitrage met en cause les intérêts du commerce international. Elle est un critère dont la portée psychologique, à l'heure de la mondialisation, reste forte dans l'esprit des parties.

Concernant les co-arbitres, les parties sont libres de désigner un arbitre de toute nationalité (bien qu'il subsiste des restrictions dans certains États). Il est fréquent qu'une partie nomme un co-arbitre de même nationalité qu'elle. Il est supposé qu'un compatriote ou un arbitre partageant la même culture comprendra mieux la façon dont cette partie appréhende le litige. Les statistiques de la CCI montrent que la diversité des nationalités des arbitres est plus grande pour les co-arbitres que pour les arbitres uniques et présidents de tribunaux arbitraux<sup>20</sup>.

Pour ces derniers, le règlement de la CCI impose qu'ils soient « de nationalité différente de celles des parties »<sup>21</sup>. Cette règle est tempérée par l'exception suivante : « Toutefois, si les circonstances le justifient et qu'aucune des parties ne s'y oppose (...), l'arbitre unique ou le président du tribunal arbitral peut être ressortissant du même pays que l'une des parties »<sup>22</sup>. L'idée qui sous-tend cette règle est que l'arbitre choisi sur cette base sera plus facilement impartial que le compatriote de l'une des parties. Une « neutralité géographique »<sup>23</sup> est ainsi imposée, sauf accord contraire des parties.

19. V. *infra*.

20. V. *Bulletins de la Cour d'arbitrage de la CCI, Rapp. statistiques de 2004 à 2010*.

21. *Chambre de commerce internationale, règl. d'arbitrage, art. 13.5*.

22. *idem*.

23. P. Lalive, *Le choix de l'arbitre*, in *Mél. J. Robert : Montchrétien*, 1998, p. 353.

18. C. Seppälä, *Obtaining The Right International Arbitral Tribunal : A Practitioner's View : Mealey's Int. Arb. Rep.*, vol. 22, 10 October 2007 (traduction libre).

**Langue de l'arbitrage et droit applicable.** – C'est une évidence, les arbitres doivent maîtriser la langue de l'arbitrage. Même dans un arbitrage interne, les pièces peuvent être en anglais ou dans une autre langue, qu'il est un avantage pour l'arbitre de pratiquer.

Il n'est pas indispensable, dans un arbitrage international, que le droit étatique applicable leur soit familier. C'est néanmoins un atout. Le droit applicable n'est pas toujours défini par le contrat de telle sorte qu'il faut, en ce cas, anticiper la décision que pourront prendre les arbitres sur ce point. Les usages du commerce international sont d'application très courante et leur connaissance par l'arbitre est donc une nécessité.

## 2° Critère subjectif : la confiance

Là réside la clef d'une bonne désignation d'arbitre. Elle vaut tant pour les co-arbitres que pour l'arbitre unique ou le président du tribunal arbitral. C'est un critère subjectif mais déterminant : il faut que les arbitres désignés suscitent la confiance des parties.

Si le degré de confiance est le même, des deux côtés, envers l'arbitre unique ou les trois arbitres composant le tribunal arbitral, c'est la perfection ! Elle n'est pas toujours de ce monde... Il faut à tout le moins, pour qu'un arbitrage démarre et se poursuive dans de bonnes conditions, qu'une confiance suffisante existe, de la part de chaque partie envers l'arbitre qu'elle a désigné et le président du tribunal arbitral ou l'arbitre unique.

Les obligations d'indépendance et de révélation<sup>24</sup> qui valent tant au début de l'arbitrage qu'au cours de son déroulement, jusqu'à la sentence, sont là pour créer et préserver un climat de confiance. Le décret du 13 janvier 2011 ajoute opportunément une obligation de loyauté dans la conduite de la procédure, qui s'impose aux parties comme aux arbitres (*CPC*, art. 1464, al. 3).

Parmi les éléments auxquels tiennent cette confiance, deux sont complémentaires.

La réputation et la notoriété d'un arbitre ne suffisent pas à asseoir la confiance mais elles comptent pour beaucoup. Une bonne réputation se construit avec le temps, la notoriété encore plus. Si la valeur n'attend pas le nombre des années, sa reconnaissance dans le monde de l'arbitrage lorsqu'elle survient, est rarement précoce... Avec des arbitres expérimentés et reconnus comme tels, les parties n'auront aucune certitude de gagner l'arbitrage – nul plaideur ne demande cette garantie ! – mais elles s'engageront dans la procédure – souvent longue et coûteuse – avec la conviction d'avoir réduit l'aléa judiciaire et sécurisé l'espoir d'une sentence bien motivée au terme d'un arbitrage bien mené.

L'expérience est un facteur tout aussi important de confiance. Il ne s'agit plus ici de l'expérience de l'arbitre, mais de celle que d'autres praticiens, conseils ou autres arbitres, ont eue dans leurs relations avec cet arbitre. C'est l'expérience du vécu.

Cette expérience-là est irremplaçable. L'arbitrage est pratiqué par des acteurs qui, de manière récurrente, ont des occa-

sions de contacts. Lorsqu'on est avocat, conseiller à son client le choix d'un arbitre que l'on connaît est une chose naturelle. De la même manière, il est naturel que les co-arbitres, lorsqu'ils ont à choisir un président, pensent à des arbitres avec lesquels ils ont vécu des expériences satisfaisantes. Cela pose, dans le contexte jurisprudentiel évoqué au début de cette chronique, une difficulté sur laquelle le monde de l'arbitrage s'interroge. L'obligation de révélation ne concerne en effet plus seulement les liens existant ou ayant pu exister entre un arbitre et une partie, elle s'étend aux liens susceptibles d'exister entre l'arbitre et les conseils des parties, en attendant peut-être d'être étendue aux liens pouvant exister entre les arbitres ?

*“ La disponibilité de l'arbitre doit être vérifiée car elle est un facteur d'efficacité de l'arbitrage ”*

La pratique se cherche, en l'état d'arrêts très récents qui tendent à placer le « curseur » vers une transparence qui, jusqu'à présent, n'avait pas atteint ce degré. Voici bientôt dix ans, l'*International Bar Association* (IBA) a édicté des lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international<sup>25</sup> qui, au-delà de règles générales, listent quatre catégories de situations (« liste rouge non susceptible de renonciation », « liste rouge susceptible de renonciation », « liste orange » et « liste verte »). Ces lignes directrices sont une réponse de la pratique à la recherche de solutions équilibrées et concrètes pour éviter les récusations « instrumentales » qui empoisonnent l'arbitrage. Puisse notre jurisprudence trouver le bon équilibre entre la nécessité de préserver l'éthique de l'arbitrage – sur laquelle il ne faut pas transiger – et celle de ne pas entraver, par des excès de rigueur, le développement de l'arbitrage et la constitution de bons tribunaux arbitraux.

## 3° Critère complémentaire : la disponibilité de l'arbitre

Enfin, la disponibilité de l'arbitre doit être vérifiée car elle est un facteur d'efficacité de l'arbitrage<sup>26</sup>. La durée des procédures est une préoccupation pour les utilisateurs de l'arbitrage. Les causes en sont multiples, toutes ne tiennent pas aux acteurs de l'arbitrage.

Il reste que la disponibilité de certains arbitres, comme peut l'être celle de certains avocats, n'est pas toujours suffisante. Il en résulte que les délais de reddition des sentences s'allongent et que, dès le stade initial de la procédure, il n'est pas toujours facile d'organiser rapidement une première réunion d'arbitrage.

25. IBA, *Lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international*, approuvées le 22 mai 2004 par le Conseil de l'*International Bar Association*.

26. Selon une étude du *Corporate Counsel International Arbitration Group* (CCIAG, une association regroupant des juristes d'entreprise), à la question « Quels sont les facteurs qui contribuent à augmenter l'efficacité de l'arbitrage ? », 100 % des sondés répondent, entre autres, « la disponibilité de l'arbitre », V. <http://kluwerarbitrationblog.com>, L. Reed, 16 juill. 2010.

24. V. *supra*.

Le décret du 13 janvier 2011 impose aux parties comme aux arbitres d'agir « avec célérité » (CPC, art. 1464, al. 3), ce qui présuppose leur disponibilité.

Consciente de cette situation, la CCI a instauré une déclaration de disponibilité qu'il est demandé aux arbitres pressentis de remplir avant leur confirmation ou leur désignation par l'institution. Un formulaire remis aux arbitres pressentis les amène à indiquer le nombre d'arbitrages en cours dans lesquels ils interviennent, comme arbitre ou comme conseil, et les autres activités susceptibles d'occuper leur emploi du temps. Malgré quelques « grincements », cette nouvelle pratique est entrée dans les mœurs. Le dernier règlement de la CCI l'a entérinée<sup>27</sup>.

Dans l'arbitrage interne, cette pratique n'a pas d'équivalent mais rien n'empêche de demander à un arbitre, avant de le nommer, la confirmation de sa disponibilité. Il ne faut pas hésiter à le faire.

27. Chambre de commerce internationale, règl. d'arbitrage 2012, art. 11.

## Conclusion

Si l'on devait, pour finir, dégager dix recommandations pour le choix d'un arbitre, elles pourraient être les suivantes :

- consacrer au choix de l'arbitre tout le temps et l'attention nécessaire ;
- se faire assister d'un conseil avisé ;
- déterminer le profil de l'arbitre en fonction des caractéristiques du dossier ;
- sauf circonstances particulières, nommer de préférence un juriste ;
- prendre en considération la réputation de l'arbitre, mais privilégier l'expérience du vécu ;
- limiter les échanges *ex parte* avec l'arbitre pressenti ;
- s'abstenir de désigner un arbitre « partisan » ;
- anticiper la révélation des liens vous unissant ou unissant votre conseil à l'arbitre ;
- vérifier la disponibilité de l'arbitre ;
- privilégier la nomination d'un commun accord, par les parties ou les co-arbitres, du président du tribunal arbitral.

## La Semaine Juridique Entreprise et affaires

### ABONNEMENT

**OUI**, Je m'abonne à la revue **pour toute l'année 2012** (43 numéros par an + tables annuelles) au prix de 469,66 €<sup>TTC\*</sup>.  
*Je recevrai donc également les numéros déjà parus depuis le début de l'année.*

Je m'abonne à partir du mois en cours au coût mensuel de 39,14 €<sup>TTC\*</sup>.  
*Je ne recevrai que les prochains numéros à paraître jusqu'à la fin de l'année.*

### ACHAT AU NUMÉRO

Je commande le numéro paru de la revue : N° \_\_\_\_, Année \_\_\_\_  
Je souhaite \_\_\_\_ exemplaire(s) au prix unitaire de 25,53 €<sup>TTC\*</sup>.

### RELIURES

Je commande la reliure permettant de conserver 4 mois de la revue.  
Je souhaite \_\_\_\_ reliure(s) au prix unitaire de 24,61 €<sup>TTC\*</sup>.

 LexisNexis®

## Offre d'abonnement

A renvoyer par  **Courrier** : LexisNexis - Relation client  
141, rue de Javel - 75747 Paris cedex 15  
ou par  **Fax** : 01 45 58 94 00  
**Commande sur internet** : <http://boutique.lexisnexis.fr/>

Votre numéro d'abonné LexisNexis  
(si vous le connaissez)

MLLE  MME  M. NOM/PRÉNOM

SOCIÉTÉ/ÉTABLISSEMENT

ADRESSE

CODE POSTAL

VILLE

TÉL

FAX

E-MAIL

NAF

SIRET

DATE/CACHET ET SIGNATURE

11SD107-SJE

Tarifs valables en France métropolitaine jusqu'au 31/12/2012. DOM-TOM et étranger : abonnement annuel 2012 : 496,80 €<sup>TTC</sup>, prix au numéro : 27,50 €<sup>TTC</sup>, reliure : 25,30 €<sup>TTC</sup>. \* TVA : 2,1% sur la revue, 7% sur la reliure.

Sauf avis contraire de votre part avant le 1<sup>er</sup> décembre, les abonnements LexisNexis se renouvellent par tacite reconduction d'année en année. Les conditions générales de vente et d'abonnement sont disponibles sur le site : [www.lexisnexis.fr](http://www.lexisnexis.fr). Conformément à la législation, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification pour toute information vous concernant. Ces informations sont à destination de notre fichier prospects/clients et à des fins de prospection commerciale.

 0 821 200 700

0,112€ puis 0,09€/min à partir d'un poste fixe