

Les qualités des arbitres

Dossier par **Diego P. Fernández Arroyo**
professeur à l'école de droit de sciences PO

L'essentiel des (bonnes) qualités exigées des arbitres ainsi que les paramètres basiques guidant leur participation à la résolution des différends sont l'objet de règles dans tous les types et niveaux de réglementation : national et international, public et privé, *hard law* et *soft law*. Bien qu'en général ces règles tendent à converger, leur précision et leur application pratique ne vont pas de soi. Les qualités attendues des arbitres sont l'objet d'appréciations parfois disparates, et elles sont soumises à des épreuves de nature et portée différentes.

Tant d'un point de vue institutionnel que fonctionnel, la crédibilité de l'arbitrage repose considérablement sur les qualités et la conduite des arbitres. Nous parlons ici de crédibilité dans un sens très large. À cet égard, la référence est faite à la dimension individuelle du terme, laquelle se manifeste dans la confiance qu'une personne peut provoquer parmi les usagers de l'arbitrage ou les institutions arbitrales pour être nommé arbitre. Cette première dimension est directement rattachée au choix des arbitres. Si l'arbitrage a eu besoin, à un moment de son évolution, de figures telles que la compétence-compétence et l'autonomie de la clause arbitrale pour garantir sa propre raison d'être et la subsistance même de la procédure d'arbitrage, il a besoin maintenant de décideurs dotés de qualités particulières pour demeurer crédible et attractif pour ses usagers potentiels.

Lorsque l'arbitrage – et notamment l'arbitrage international – était presque exclusivement exercé par des académiciens célèbres et prestigieux, les qualités des arbitres ne constituaient pas un sujet de discussion. Ces qualités étant prises comme une donnée évidente, le débat tournait plutôt autour des avantages de l'arbitrage vis-à-vis de la juridiction étatique, en même temps qu'on luttait pour la reconnaissance de la légalité et la légitimité de l'arbitrage. Avec sa généralisation et l'acceptation presque universelle de l'efficacité de la convention d'arbitrage et de la sentence arbitrale, le profil des arbitres a changé autant que leur nombre a grandi. Les arbitres réputés ne pouvant – au moins théoriquement – s'occuper que d'une portion relativement petite de la grande masse arbitrale, le choix des arbitres est devenu de plus en plus problématique et les procédures pour leur sélection chaque fois plus méticuleuses.

Cela étant dit, la crédibilité présente aussi une dimension collective, celle liée au prestige de l'arbitrage en tant que mécanisme pour la résolution de différends. De ce point de vue, la crédibilité a un peu à voir avec l'apparence (comment l'arbitrage et les arbitres sont perçus en général) et beaucoup avec la légitimité dudit mécanisme. C'est évident que l'arbitrage est légitime en tant que tel au-delà de la considération concrète des qualités des arbitres. Cependant, ces qualités jouent un rôle fondamental dans la consolidation de la légitimité.

Les plus mentionnées de ces qualités, l'indépendance et l'impartialité, sont considérées comme étant inhérentes à la fonction juridictionnelle en général. Cependant, tandis qu'à l'égard des juges étatiques elles sont supposées et ne

posent de problèmes que dans des situations exceptionnelles, les juges-arbitres doivent démontrer en être munies. Ils sont ainsi tenus de révéler toute circonstance susceptible de les heurter. L'impartialité semble en général plus importante que l'indépendance. Le problème est qu'elle est, sauf dans des cas grossiers et fort improbables, très difficile à constater en raison de son caractère essentiellement subjectif. C'est pour cela que l'indépendance devient une sorte d'indice objectif pour empêcher la partialité, même si celle-ci peut exister en l'absence de toute dépendance. Au-delà de leur distinction, ce qui importe est qu'il s'agit des seules qualités soumises à l'éventuelle attaque des parties ainsi qu'à la censure des tribunaux étatiques. Les autres qualités, aussi importantes qu'elles puissent être, ne sont contrôlées que par les parties au moment du choix, ce qui signifie que celles-ci prendront en considération le comportement des arbitres lors de nominations futures. Dans l'arbitrage institutionnel, ce contrôle est aussi exercé par l'institution.

Les règlements les plus modernes ont inclus, dans le contenu de la déclaration d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre et comme préalable à sa confirmation, l'information relative à sa disponibilité, condition qui serait impossible de remplir par la plupart des juges étatiques et qui configure l'élément principal du professionnalisme des arbitres. En consonance avec l'obligation de l'arbitre, établie dans l'article 11, alinéa 2 du règlement d'arbitrage de la CCI de 2012, de signer une déclaration d'acceptation, de disponibilité, d'impartialité et d'indépendance, la Cour sollicite des arbitres l'information sur les arbitrages, procédures judiciaires pendantes et autres compromis qui peuvent empêcher la direction efficace et diligente de la procédure d'arbitrage pour laquelle leur nomination est pressentie. Dans le même sens, le règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 suggère aux parties d'ajouter dans la déclaration d'indépendance, le texte suivant : « Je confirme, sur la base des informations dont je dispose actuellement, que je peux consacrer le temps nécessaire pour conduire le présent arbitrage de manière diligente et efficace dans le respect des délais fixés par le Règlement ».

L'existence de toutes ces qualités n'assure néanmoins pas la présence d'un bon arbitre ni de l'arbitre approprié pour un litige spécifique. Pour cela, les parties et les institutions n'ont pas beaucoup d'options : soit elles recourent aux « nommés habituels », soit elles fondent leur élection sur leurs propres expériences lors d'autres procédures d'arbitrage ou sur ce qui se dit dans la communauté épistémique.

Cette dernière possibilité est fortement limitée dans l'arbitrage commercial en raison de l'étendue encore reconnue à la confidentialité et l'attitude généralisée de ne pas publier les sentences. En revanche, dans l'arbitrage d'investissements, où la transparence prend de plus en plus pied, outre l'accès à des informations concernant le niveau professionnel des arbitres, les parties peuvent souvent connaître la position de ceux-ci sur des questions juridiques précises et, dans certains cas, leur tendance à s'aligner avec les prétentions de l'investisseur ou de l'État. C'est-à-dire, contrairement à ce qui se passe dans l'arbitrage commercial, où la partialité est très difficile à démontrer, dans l'arbitrage d'investissements la partialité peut s'avérer nette, même en l'absence de la moindre dépendance.

Malgré ces différences, dans tous les types d'arbitrage les qualités exigées et attendues des arbitres dépendent de facteurs divers et sont soumises à certains risques. Par exemple, en constituant une caractéristique fondamentale de l'arbitrage, le consensus autour de l'exigence d'impartialité des arbitres ne pose en principe guère de difficultés. Néanmoins, la tâche de déterminer face à un cas concret si un arbitre remplit nettement cette exigence peut se révéler extrêmement

ardue et produire des résultats tout à fait différents selon le cadre juridique de référence et selon la personne ou l'institution chargée d'une telle détermination. En outre, l'évidence de l'exigence d'impartialité est souvent affectée par une certaine instabilité en fonction de facteurs divers tels que la définition de la marge d'action du dénommé arbitre d'une partie, les nominations répétées d'un arbitre par la même partie ou la multiplication de rôles joués par la même personne, en tant que conseil et en tant qu'arbitre, dans des affaires liant les mêmes parties.

Toutes ces questions sont abordées dans les contributions suivantes. Au moment de concevoir le contenu de ce dossier, il nous a paru que parmi toutes les options possibles la meilleure était celle d'analyser les questions proposées depuis les points de vue particuliers des différents acteurs de l'arbitrage. D'un côté, Yves Derains, l'un des arbitres les plus reconnus et expérimentés, qui a aussi développé une riche activité au sein de la Cour d'arbitrage de la CCI, nous offre la vision de l'arbitre en insistant spécialement sur le professionnalisme qu'on exige de lui. D'un autre côté, nous avons voulu réunir les différentes perspectives des avocats : celle du juriste d'entreprise (ici, Jean-André Diaz, conseiller juridique de Total et Président du *Corporate Counsel International Arbitration Group*) qui donne non seulement son avis sur l'opportunité de l'arbitrage et les modalités que celui-ci doit prendre, mais qui peut aussi intervenir dans la sélection des arbitres ; celle de l'avocat du département d'arbitrage d'un grand cabinet (dans notre cas, Jean-Pierre Grandjean et Clément Fouchard, avocats chez Clifford Chance Paris) dont l'avis est fondamental pour parvenir au choix de l'arbitre approprié ; et enfin celle de l'avocat qui représente l'État devant les tribunaux arbitraux (ici, Ignacio Torterola, qui a représenté l'Argentine devant le CIRDI pendant dix ans), qui a souvent une façon différente de celle des avocats précédents d'apprécier les qualités des personnes qui peuvent devenir arbitres. Le lecteur pourra constater que, nonobstant les différences, il existe davantage de coïncidences que celles que l'on pourrait imaginer.

L'arbitrage, désormais mécanisme central de la résolution des différends commerciaux internationaux, a dépassé son rôle strictement privé pour devenir un instrument principal de la gouvernance globale. L'activité des arbitres, dans ce contexte, est de plus en plus surveillée, et les qualités qu'on exige d'eux soigneusement analysées.

Dans ce dossier :

Le professionnalisme des arbitres par Yves Derains – article [19](#)

Indépendance, neutralité et professionnalisme des arbitres par Jean-André Diaz – article [20](#)

Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique par Jean-Pierre Grandjean et Clément Fouchard – article [21](#)

Les conflits d'intérêts des arbitres et avocats par Ignacio Torterola – article [22](#)