

## **Article pour les Mélanges Jacques Robert**

### **LE CHOIX DE L'ARBITRE**

par Pierre Lalive \*

A qui, parmi les lecteurs de ce volume d'hommages à Jacques Robert, intitulé "Libertés", s'étonnerait d'aventure d'y trouver une étude concernant l'arbitrage, une première réponse s'imposerait : l'arbitrage, tout au moins international, ne peut-il être considéré, à bien des égards, comme une terre de libertés, dont celle, d'abord, d'y recourir plutôt que de soumettre un litige à la justice étatique ? L'évolution des dernières décennies a consacré, de manière quasi-universelle, cette liberté ainsi que celle, qui lui est intimement attachée, de choisir son arbitre, condition même de la confiance en l'institution, et c'est à cette liberté-là que seront consacrées les quelques observations qui suivent.

Toutefois, avant d'entrer "in medias res", une autre justification est peut-être opportune. On connaît, en France comme hors de France, le grand professeur de droit constitutionnel auquel ces lignes sont dédiées, l'auteur d'une oeuvre scientifique considérable, le Président d'Université, le juge membre du prestigieux Conseil constitutionnel, ainsi, sans doute, que le comparatiste, le voyageur impénitent curieux des diverses cultures du monde. Mais nous voudrions rendre hommage aussi à un aspect moins connu, par la force des choses, de la carrière particulièrement féconde de Jacques Robert, soit à l'activité de l'arbitre international.

Ouvrons ici, un instant, la grande Encyclopédie de Diderot et d'Alembert, à l'article "Arbitre". Selon l'auteur, un certain Monsieur Toussaint, il s'agit d'un "juge nommé par le magistrat, ou convenu par deux parties, auquel elles donnent pouvoir par un compromis de juger leur différend suivant la loi.....Chez les modernes, il y a

---

\* Professeur émérite de l'Université de Genève, Avocat, Lalive & Associés, Genève. Membre (et ancien Président) de l'Institut de Droit international

ordinairement différentes sortes d'arbitres; quelques-uns sont obligés de procéder suivant la rigueur de la loi, et d'autres sont autorisés par les parties mêmes à s'en relâcher, et suivre l'équité naturelle.....les uns et les autres sont choisis par les parties".

Rien n'est probablement plus important que le choix de l'arbitre dans le règlement des différends internationaux, commerciaux ou non-commerciaux, ni plus difficile pour les parties, leurs conseils et pour les institutions d'arbitrage (dans des mesures et pour des raisons différentes). Et c'est cette constatation, peu originale mais fondée sur l'expérience, qui justifie peut-être notre parti de traiter parmi tous les sujets possibles, en ce vaste domaine de l'arbitrage international en rapide expansion et faussement simple, l'un des plus rebattus dans l'abondante, voire surabondante "littérature" relative à l'arbitrage. Le choix de l'arbitre n'est-il pas l'un de ces thèmes éternellement repris et ressassés dans les revues, les congrès et les colloques, et sur lesquels l'on est fort tenté d'observer, en paraphrasant La Bruyère, que "tout est dit et que l'on vient trop tard..." ?

Notre but n'étant que de rendre hommage à un grand arbitre français plutôt que d'apporter de quelconques révélations, on se permet d'espérer qu'il trouvera peut-être quelque intérêt à confronter sa propre philosophie de l'arbitrage à un certain nombre de réflexions fondées ici à la fois sur une expérience pratique personnelle de plusieurs décennies et, bien entendu, sur l'expérience des autres.<sup>1</sup>

"Le choix de l'arbitre..." nous avons affirmé d'entrée de cause et son importance et sa difficulté — deux propositions qu'il convient maintenant de justifier.

La première pourrait, davantage que la seconde, sembler pouvoir se passer de démonstration. Qui ne connaît l'adage "tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage"<sup>2</sup> ? Un adage qui, soit dit en passant, relativise non sans raison l'importance des règlements des institutions d'arbitrage ainsi que celle du droit applicable, mais ceci, dirait Kipling, "est une autre histoire".

---

<sup>1</sup> Cf. Claude Reymond, "The President of the Arbitration Tribunal" in ICSID Review 1994, p. 3.

<sup>2</sup> Ce à quoi il conviendrait d'ajouter, au moins, "tant valent les conseils des parties..." ! Voir P. Lalive in "Assurer l'exécution des sentences arbitrales", Cour d'Arbitrage de la CCI, 60 Ans après, pp. 331, 368.

Dans le même sens, un praticien américain pouvait écrire récemment : “the top three subjects in international arbitration are the arbitrators, the arbitrators, the arbitrators”.<sup>3</sup>

Nul ne l’ignore : l’arbitrage repose sur la confiance des parties — élément psychologique malaisément mesurable. Participant à la Conférence de La Haye de 1907, le Délégué du Brésil observait avec pertinence “L’institution arbitrale vit de la confiance, l’institution judiciaire de l’obéissance”<sup>4</sup>. Cette confiance se traduit, en droit, par le consentement, constitutif du contrat d’arbitrage, et en fait par la désignation, directe ou indirecte, de l’arbitre ou des arbitres (selon des modalités qu’il est superflu d’examiner).

Ce qui mérite ici attention c’est, d’abord, l’importance voire le caractère décisif de ce choix, ce qui peut paraître d’une grande banalité, mais en même temps et surtout, le fait qu’il est reconnu, très généralement, en tous les cas en matière internationale, comme entièrement libre. On serait tenté d’observer que cette liberté “totale” ne rend son exercice que plus difficile, mais n’anticipons pas.

Relevons d’abord une donnée sociologique, avec Eric Robine<sup>5</sup> : “...les parties souhaitent avoir la plus grande liberté dans le choix des arbitres”, ce qui explique “pour beaucoup la faveur dont jouit l’arbitrage ad hoc” alors que, au moins en matière interne, “les règlements des centres d’arbitrage limitent souvent la liberté des parties” ou que, ce qui est une autre raison, ces centres — dans le cas de désignation “indirecte” — sont parfois, mais pas toujours, moins bien placés que les parties elles-mêmes pour choisir l’arbitre ou qu’ils n’inspirent peut-être pas à ces dernières, quant à leur choix, la confiance totale que d’aucuns s’imaginent.

Au temps de l’Empire soviétique et de ses systèmes d’arbitrage particuliers, l’on sait que certains pays limitaient la liberté de choix en imposant des conditions de nationalité ou en restreignant le choix à des listes pré-établies. Tout cela semble relever de l’histoire et la tendance quasi-universelle est de supprimer toutes ces conditions de nationalité.

---

<sup>3</sup> James H. Carter, *The Selection of Arbitrators*, in *Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes*, WIPO Geneva, 1994, p. 147.

<sup>4</sup> Et la Convention de La Haye de 1907 sur le règlement des différends entre Etats parle de “décisions” rendues “par des juges de leur choix”.

<sup>5</sup> Le choix des arbitres, *Revue de l’arbitrage* 1990, pp. 315, 316.

On mentionnera seulement pour mémoire, quant à la liberté de choix, le cas spécial des arbitrages organisés par des associations professionnelles, dont le système particulier, imposant la désignation d'arbitres figurant sur leurs listes, a parfois donné lieu aux interventions correctrices de la jurisprudence aux fins d'assurer le respect de l'égalité des parties entre membre de l'association et non-membre. C'est ainsi que le Tribunal fédéral suisse a très justement exigé à plusieurs reprises qu'une pleine égalité de choix soit reconnue, dans la désignation des arbitres membres d'un tribunal arbitral, entre membre et non-membre d'une association professionnelle, tout accord contraire étant nul. Le Bundesgerichtshof allemand a statué dans le même sens en 1968.<sup>6</sup>

Le droit suisse de l'arbitrage, que l'on voudra bien nous pardonner de citer ici, est entièrement fondé sur le principe de la liberté des parties (qu'il s'agisse du Concordat suisse de 1969 ou du Chapitre 12 de la Loi Fédérale de 1987 sur le droit international privé), principe qui comprend notamment celui du libre choix des arbitres. Aussi J.-F. Poudret a-t-il pu écrire<sup>7</sup> : “Le Concordat consacre...une entière liberté des parties tant en ce qui concerne le nombre...la qualification...des arbitres que les modalités de leur désignation”. Et Jolidon écrit dans son commentaire<sup>8</sup> que, “en principe, n'importe qui peut être appelé à exercer les fonctions d'arbitre”. Les parties ont même toute liberté de désigner des personnes à qui, pour une raison ou une autre, leur fonction imposerait certaines restrictions ou prohibitions (du genre de celles qui sont imposées aujourd'hui aux juges du Tribunal fédéral).

Il y a quelques années, un organe officiel de surveillance des avocats avait cru pouvoir reprocher à certains d'entre-eux d'avoir accepté une désignation d'arbitres faite par leurs clients respectifs. Il semblait soupçonner quelque infraction aux règles déontologiques, voire une éventuelle atteinte à l'indépendance de l'arbitre. Renseignements pris, ledit organe dut reconnaître s'être fourvoyé, aucune règle légale quelconque ne pouvant apporter des limites à la liberté de choix des parties

---

<sup>6</sup> Voir à ce sujet l'article de A. Goldstajn in *Essays on International Commercial Arbitration*, edited by P. Sarcevic, M. Nijhoff, 1989, pp. 27 ss., 37, 38 ss. - qui mentionne aussi, à propos du choix “indirect” des arbitres, une curieuse affaire concernant la Chambre arbitrale des cafés et poivres du Havre, jugée par la Cour de Cassation en 1983, et concernant le droit des parties de connaître le nom de leurs arbitres.

<sup>7</sup> In *Lalive/Poudret/Reymond, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, éd. Payot Lausanne, 1989, p. 71.

<sup>8</sup> Ed. Stämpfli 1984, pp. 197-198.

(une question sans rapport avec celle de l'opportunité d'un tel choix, ainsi que sans rapport avec celle, qui a été et continue d'être abondamment discutée, de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre dit "de partie").<sup>9</sup>

Il en est de même dans le droit français de l'arbitrage international. Dans un magistral traité récent (Fouchard/Gaillard/Goldman...)<sup>10</sup>, on peut lire

N° 752 : La primauté de la convention des parties constitue un principe fondamental du droit français de l'arbitrage international, qui inspire toute la matière de l'instance arbitrale, et spécialement sa phase initiale qu'est la constitution du tribunal arbitral. Mais il est également affirmé par les conventions internationales et par nombre de systèmes juridiques étrangers.

N° 761 : Choix de la personne des arbitres :  
Pour assurer la primauté de la volonté des parties, il faut limiter ou supprimer toute restriction à leur libre choix, quelle qu'en soit la cause."

Ces quelques exemples récents illustrent le chemin parcouru par la liberté contractuelle en ce qui concerne aussi la désignation des arbitres (étant bien entendu qu'elle est soumise, on l'a vu, à une restriction universelle, le principe de l'égalité des parties).

Il y a un peu moins de deux siècles, un "Manuel des arbitres ou traité complet de l'arbitrage", en 1807<sup>11</sup> pouvait contenir un titre II intitulé "Des personnes qui peuvent être arbitres, et de celles qui ne peuvent pas l'être". Et l'auteur y développait gravement les motifs pour lesquels, à son avis, et contrairement à des siècles de pratiques antérieures et à de nombreux auteurs, "les principes, la bonne morale, les lois et la jurisprudence des arrêts interdisent également la juridiction arbitrale aux femmes, tout en leur en réservant une autre bien plus noble, bien plus flatteuse...la conciliation", et cela sans leur interdire le rôle d'experts ! On lira avec amusement ce qu'un praticien de 1807 pouvait écrire à ce sujet, en se réclamant entre autres de l'autorité du Chrysale de Molière !<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Sur ce dernier point, et les conflits de cultures existant en la matière, nous nous sommes déjà exprimé, par exemple, dans "On the neutrality of the Arbitrator and of the place of arbitration", in *Swiss Essays...*, Zurich 1984, pp. 23 ss., et dans "Sur les dimensions culturelles de l'arbitrage international" in *Essays in Honour of K. Skubiszewski*, Kluwer 1997, pp. 771, 777 ss.

<sup>10</sup> Traité de l'arbitrage commercial international, LITEC Paris, 1996, n°752 et 761.

<sup>11</sup> Par P. B. Boucher, Paris 1807, chez Arthus-Bertrand, p. 45.

<sup>12</sup> Voir Les Femmes Savantes, Acte II, scène VII.

Et pourtant ... on trouve encore, en 1981, dans ce qui reste l'ouvrage de base en la matière, celui de René David, sous la rubrique "Capacité d'être arbitre" et dans un paragraphe intitulé "femmes et personnes morales", l'observation suivante : "En certains pays, où l'arbitrage est étroitement intégré à la justice étatique, on peut exclure les femmes parce qu'elles ne peuvent pas dans ces pays être juge ou parce qu'elles n'ont pas une pleine capacité civile". Mais l'auteur observe que cette prohibition est en voie de disparition, "sans que pour autant on se soit habitué à voir en fait des femmes arbitres" dans les pays où la discrimination légale entre sexes a été supprimée<sup>13</sup>

Cette première limite légale à la liberté de choix, ou cause d'exclusion de la capacité d'être arbitre — une limite fondée sur le sexe — peut donc être rangée au magasin des accessoires. Mais sa mention n'est pas dénuée d'intérêt pour deux raisons au moins : cette exclusion est loin d'avoir été générale dans les siècles passés : l'histoire ancienne cite nombre d'arbitrages rendus par des femmes — ainsi, selon Cujas, en droit romain (jusqu'à ce que JUSTINIEN les prive de cette faculté !). De même dans l'ancien droit français, en particulier mais pas seulement, s'agissant de femmes de haut rang et de litiges d'ordre féodal.

D'autre part, la disparition de cette exclusion légale désuète ne s'est nullement traduite, en aucun pays, par un accroissement sensible de la présence féminine dans la fonction arbitrale, et le fait contraste avec une tendance générale, en Europe tout au moins, à la féminisation des professions judiciaires. On peut aisément en supposer la raison, qui tient à la liberté des parties quant au choix des modes de solution des litiges du commerce international et au choix des acteurs de ce règlement. La faible proportion d'arbitres femmes n'est guère que le reflet de leur présence réduite dans les directions des sociétés et dans les divisions juridiques de ces dernières.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, ed. Economica 1982 (n° 270); on observera en passant que, par une erreur d'imprimerie ou un "lapsus calami", le texte parle des pays "où la discrimination (sic) entre sexes a fait le plus de progrès", alors qu'il s'agit évidemment de son interdiction ou de la non-discrimination.

<sup>14</sup> A supposer qu'une directrice de société ou d'un service du contentieux serait plus encline à choisir comme arbitre une femme qu'un homme, ce qui resterait à démontrer.

Il est une autre restriction légale à la liberté de choix qui a disparu, assez récemment, celle qui tient à la nationalité étrangère. Reflet d'une conception juridictionnelle et nationaliste de l'arbitrage<sup>15</sup>, ladite limitation n'a guère de sens dans l'arbitrage international, dont elle contredit la nature et la finalité. Aussi est-ce à juste titre que, après la Convention européenne de 1961 (Art. III), la Loi Modèle de la CNUDCI (art. 16) écarte expressément cette exclusion.

Fait bien connu, mais qui mérite cependant d'être relevé, la nationalité étrangère, d'abord cause d'incapacité légale, s'est transformée avec l'évolution de l'arbitrage en une sorte de qualification nécessaire, au moins pour l'arbitre unique ou tiers-arbitre président, dans une certaine pratique conventionnelle ou dans les dispositions, au moins supplétives, de certains règlements d'institutions, comme le CIRDI, la LCIA ou la CCI, en tous les cas lorsque la désignation doit être faite par l'institution ou par un autre tiers.

On a souvent observé, à raison, que la nationalité tierce, étrangère aux deux parties en litige, "n'est pas en soi chose fondamentale"<sup>16</sup> et ne devrait pas être surestimée, pas plus que "la conception politique, économique et sociale du monde de cet arbitre-président"<sup>17</sup>.

Cette dernière précision n'est pas inutile car, pour beaucoup d'opérateurs du commerce international, et notamment ceux qui sont le moins avertis des réalités de la pratique arbitrale, la nationalité étrangère, tierce, est vue ou ressentie comme un symbole, voire une garantie de neutralité et d'impartialité de l'arbitre.

On discerne ici deux idées, implicites, voire confuses : la première est que la nationalité commune, entre le tiers-arbitre et une des parties, permet de présumer une certaine communauté de vues, de "Weltanschauung" ou d'idéologie, au détriment de la pleine égalité des parties (et des arbitres) et, partant, de la confiance indispensable au bon déroulement de l'arbitrage.

---

<sup>15</sup> Voir René David, op. cit., n° 274, qui cite les exemples des pays de l'Amérique Latine, de la Grèce, du Portugal et de l'Italie — en ce dernier pays la règle n'a été supprimée qu'avec la réforme de 1983.

<sup>16</sup> R. David, op. cit., n° 271, p. 343.

<sup>17</sup> L. Kopelmanas, in "La rédaction des clauses d'arbitrage et le choix des arbitres", Hommage à F. Eisenman, CCI p. 29.

Si cette idée peut se comprendre dans une certaine mesure, la seconde idée, elle, est des plus contestables, en tant qu'elle postule, par un singulier déterminisme, que l'arbitre-tiers est en somme conditionné par l'environnement social et politique de sa "nation", dont il partagerait nécessairement les idées dominantes.

Sans aller jusqu'à nier au contraire le rôle du milieu social, de l'éducation (par exemple juridique) reçue ou l'existence de différences culturelles entre pays, on se gardera d'adhérer à des équations simplistes, à des présomptions aussi fragiles, plus encore, sans doute, s'agissant de la nationalité de l'arbitre-tiers que du pays de sa résidence.

Cette nationalité tierce, qu'on peut appeler "neutralité géographique", ne donne à l'évidence aucune garantie certaine que l'arbitre choisi sur cette base sera plus impartial que ne le serait le compatriote de l'une ou l'autre des parties.

Et pourtant le fait demeure que, dans la pratique, ce genre de considérations joue, et continuera de jouer, un rôle considérable dans la psychologie de ceux qui ont à exercer leur faculté de choix, les parties et leurs conseils ainsi que, de manière plus indirecte et à un moindre degré, l'institution ou l'instance de désignation. C'est que l'on se meut ici dans le domaine des symboles et des apparences et que, ici comme en matière judiciaire ou davantage encore, "il ne suffit pas que justice soit faite", il faut, selon l'adage anglais, "qu'elle soit visiblement et manifestement faite"<sup>18</sup>. La confiance — et la confiance non seulement initiale mais continue — des parties, et donc la réussite de l'arbitre, est à ce prix.

En résumé, si irrationnel que puisse paraître le choix d'un arbitre fondé sur cette "neutralité géographique", le praticien de l'arbitrage ne saurait faire abstraction de son importance psychologique et symbolique. La preuve en serait fournie, s'il en était besoin, par la difficulté où sont souvent les parties, ou les arbitres choisis par elles, de s'entendre sur le choix du tiers-arbitre, et, davantage encore, par les contestations étonnantes ou même ridicules dont sont l'objet certaines désignations opérées par une institution d'arbitrage. Deux exemples suffiront à cet égard.

---

<sup>18</sup> "It is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly be seen to be done", *R. v. Sussex Justices, Ex parte Me Carthy* (1924), K.B. 256, 259 (per Lord Hewart, C.J.).



Dans la célèbre affaire Westland Helicopters (un arbitrage où la société demanderesse dut batailler pendant 14 ans avant d'obtenir gain de cause !), un des défendeurs égyptiens contesta la régularité de la composition du tribunal arbitral (de trois membres, un Suédois, un Français et un Suisse puis un Italien) au motif qu'elle ne comprenait aucun ressortissant d'un "pays en développement"<sup>19</sup>. Dans un autre arbitrage CCI, le Conseil d'une partie africaine entendait s'opposer à ce que l'institution chargée de désigner le président du tribunal (et le lieu de l'arbitrage) choisisse le ressortissant d'un pays membre de l'Union européenne et partie au Traité de Maastricht. La Cour s'appêtant à retenir la Suisse, pour la nationalité du président et pour le lieu de l'arbitrage, le même Conseil prétendit s'y opposer, la proximité géographique avec la France entraînant, à son avis, une présomption d'influence et donc d'absence d'impartialité (cela dans un litige n'ayant au demeurant aucun rapport avec les traités de l'Union européenne !).

En conclusion sur ce point, l'extravagance de tels cas de contestation ou de récusation ne doit pas conduire à sous-estimer les divergences de vues, voire les véritables "conflits de cultures" pouvant séparer les parties provenant de pays, continents ou milieux différents, quant à la neutralité géographique, à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre.<sup>20</sup>

Reste à évoquer en quelques mots une dernière restriction légale au libre choix : la religion de l'arbitre. Dans certains pays arabes (comme l'Arabie Saoudite, Oman, Qatar, Abu Dhabi et Dubai)<sup>21</sup>, un non-musulman ne peut être arbitre, ce qui se comprend si l'arbitrage implique l'application de la Shari'a. On peut penser que cette exclusion disparaîtra, elle aussi, à mesure que ces pays se doteront, à l'instar de l'Egypte, de législations modernes reconnaissant la spécificité de l'arbitrage commercial international.

---

<sup>19</sup> Le Règlement d'arbitrage CCI n'imposait à la Cour, chargée du choix, aucune exigence de ce genre, le litige n'ayant en outre aucun rapport avec les problèmes du développement. L'objection fut rejetée par la Cour de Genève (le 26 novembre 1982, pp. 50-51).

<sup>20</sup> Cf. P. Lalive, "Sur des dimensions culturelles de l'arbitrage international", in Essays in honour of K. Skubiszewski, Kluwer 1997, p. 771.

<sup>21</sup> Voir P. Sanders, Chapter 12, Arbitration, in International Encyclopedia of Comparative Law, 1996, n° 144.

Enfin, pour être complet, on mentionnera les quelques lois, inadaptées à l'arbitrage international, qui excluaient les non-juristes de la fonction d'arbitre (à moins qu'il ne s'agît d'équité ou d'amicable composition).<sup>22</sup>

Venons-en à l'exercice de cette liberté de choix, dont nous voudrions, pour conclure, après en avoir ci-dessus souligné l'importance, mettre en lumière la difficulté, souvent sous-estimée par les opérateurs du commerce international et par les commentateurs.

Il ne s'agit certes pas, dans les strictes limites du présent hommage, de reprendre des considérations générales maintes fois exposées dans la "doctrine" en la matière et bien connues, sur les qualités idéalement requises de l'arbitre<sup>23</sup>, qu'il s'agisse de l'arbitre dit "de partie" ou parfois "partisan", ou de l'arbitre-tiers ou "neutre". On ne traitera pas davantage, en général, de l'indépendance et de l'impartialité<sup>24</sup> des divers arbitres, ni des diverses modalités de désignation, directe ou indirecte.

Il appartient bien entendu aux parties de fixer librement, en l'absence de restrictions légales dont on a vu l'érosion quasi-universelle, les qualifications exigées de leurs (futurs) arbitres, en quelque sorte "in abstracto", dans la clause compromissoire. Ce n'est pas ici notre sujet. Le litige survenu, il faut choisir, et choisir le plus souvent à bref délai, sous la pression des événements ou d'un règlement d'institution et selon des modalités pré-établies.

Cette liberté de choisir "leur" arbitre, à laquelle les parties sont fortement, voire viscéralement attachées, elle n'est pas toujours, loin de là, exercée en connaissance de cause; elle l'est même parfois contrairement à tout bon sens, pour des raisons personnelles sans rapport aucun avec le litige et les qualités nécessaires pour le

---

<sup>22</sup> A l'inverse, on peut citer l'article 7 du Concordat suisse de 1969 (CIA), interdisant d'exclure les juristes des fonctions d'arbitres, secrétaires ou représentants des parties.

<sup>23</sup> A lire dans certains écrits le profil requis de l'arbitre idéal, non sans optimisme, l'observateur est parfois tenté de paraphraser le mot de Figaro au Comte Almaviva : "Aux qualités qu'on exige d'un domestique ...!?"

<sup>24</sup> Deux notions qu'il y a lieu à notre avis de distinguer, et que l'on ne saurait appliquer de façon identique, sans irréalisme, à l'arbitre de partie et à l'arbitre unique ou président, n'en déplaise au Tribunal fédéral suisse et à d'autres jurisprudences ou règlements d'institutions. Voir par exemple : P. Lalive, in la Procédure arbitrale et l'indépendance des arbitres, CCI 1991, Rapport de synthèse, pp. 119-126 et 127-135; ainsi que "Sur l'impartialité de l'arbitre international en Suisse", Semaine judiciaire, Genève 8-9 juin 1990.

comprendre et le juger. Il arrive que des motifs d'amitié, de relations sociales, de "renvois d'ascenseur" soient la seule explication "rationnelle" à telle ou telle désignation surprenante pour l'observateur. Le cas survient notamment lorsqu'un Gouvernement est appelé à désigner un arbitre — tâche pour laquelle la haute administration manque en général d'expérience. Ainsi a-t-on vu par exemple figurer comme arbitre au sein d'une importante institution le ressortissant d'un Etat dont la seule compétence en matière d'arbitrage du commerce international consistait à avoir présidé avec fermeté des tribunaux pénaux d'exception !

Les parties non-étatiques (sociétés grandes ou petites) ne laissent pas de commettre à l'occasion des erreurs analogues dans le choix de l'arbitre, en particulier lorsqu'elles procèdent au choix sans le concours de leur conseil, voire avant même d'avoir désigné ce dernier — ce qui est le plus souvent une erreur monumentale.

A l'évidence, le choix par une partie de "son" arbitre — tâche d'autant plus délicate que le litige est important et complexe — exige la participation d'un conseil, voire devrait être laissée à ce dernier. Encore faut-il que celui-ci ait, lui-même, été bien choisi et qu'il possède les connaissances et l'expérience voulues de l'arbitrage commercial international — un domaine devenu aujourd'hui d'une complexité aussi certaine qu'insoupçonnée des profanes. Or la pratique montre, ici aussi, que les erreurs ou les maladresses ne sont pas rares. Les arbitres internationaux ne manquent pas de s'étonner, dans des litiges opposant d'importantes sociétés, de la présence d'avocats peut-être localement renommés mais peu familiers des spécificités, du climat comparatif et multiculturel, de la "diplomatie" propres à la procédure arbitrale internationale. Ici encore les raisons personnelles mentionnées plus haut, ou la simple ignorance, ont dû, comme pour le choix de l'arbitre, jouer un rôle décisif !

Supposons cependant que la partie en cause — comme dans la majorité des cas, on peut l'espérer — a eu la sagesse de bien choisir son conseil et de le consulter sur le choix de l'arbitre. La tâche dudit conseil est l'une des plus difficiles qui soient, à la mesure de la responsabilité qu'il assume (et qui va s'ajouter à celles déjà prises, par exemple, en conseillant s'il y a bien lieu, d'abord, à un arbitrage et en recommandant le recours à tel ou tel système ou organisme d'arbitrage).

Opposera-t-on qu'il est tout de même plus aisé de choisir "son" arbitre que de désigner un arbitre unique ou président (ce qui est souvent le fait, non des parties elles-mêmes, mais des deux "arbitres-parties" — et cela généralement, comme il est souhaitable, en consultation avec chaque partie) ? Sans doute, puisque dans la première hypothèse, ce n'est certes pas la qualité de totale indépendance qui est le facteur décisif du choix !<sup>25</sup>

Il reste que, dans ces genres de choix (arbitre de partie, arbitre-président), la tâche de la partie ou du conseil de celle-ci est le plus souvent difficile, d'autant que les délais sont parfois brefs. En est-il de même pour la personnalité ou l'institution d'arbitrage chargée en de certaines circonstances (par exemple pour suppléer à la carence d'une partie, ou en cas de désaccord sur le choix du président) du rôle de "appointing authority" ? La difficulté est certaine, mais elle n'est pas de même nature ou de même degré. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans le détail, ce qui exigerait l'examen des règlements particuliers et du fonctionnement des principales institutions d'arbitrage.

S'il est comme toujours périlleux de généraliser, surtout en matière d'arbitrage, on peut néanmoins rappeler deux éléments contradictoires : d'une part, on peut supposer qu'une institution active, comme la CCI, la LCIA ou l'AAA, a dû ou pu acquérir une bonne connaissance des personnes qualifiées pour être arbitres; d'autre part, on devra faire preuve de sens critique et s'interroger sur la fiabilité et la valeur des "listes" établies par certains organismes. Le système des "listes", d'une manière générale, offre peu de garantie, et cela d'autant moins que, tout "copinage" ou complaisance mis à part, l'expérience semble montrer qu'aucune institution humaine n'a jamais refusé d'inscrire sur sa liste un solliciteur (pour autant que ce dernier n'ait pas un casier judiciaire) et ils semblent devenir de plus en plus nombreux !

En vérité, les seules listes véritablement utiles aux praticiens sont orales, et aussi souvent "noires" que blanches ! Et il en existe, ex natura rerum, autant que de cercles, nationaux ou internationaux, de praticiens peu ou prou expérimentés de l'arbitrage.

---

<sup>25</sup> Un critère essentiel du choix de l'arbitre "de partie" sera, pour cette partie et son conseil, plus encore que les qualités professionnelles et la faculté d'influencer le "futur" président, d'avoir — selon l'astucieuse formule de Martin Hunter, un des meilleurs connaisseurs du sujet — "le maximum de prédisposition en faveur de son client, combiné avec le minimum d'apparence de prévention" !

Dans son étude déjà citée, sur le choix de l'arbitre, du point de vue d'un juriste d'entreprise, M. Eric Robine exprime, au milieu d'une série de conseils des plus judicieux et d'observations fort pertinentes, un regret assez surprenant : celui "que la CCI ne publie pas la liste des arbitres de ses Comités nationaux.....et qu'il n'existe pas non plus de listes d'arbitres auprès du Tribunal de grande instance de Paris" <sup>26</sup>. Pour les raisons qui viennent d'être esquissées, nous ne cacherons pas ici quelque scepticisme.<sup>27</sup>

Concluons en quelques mots : l'arbitrage international, aussi bien public que commercial, est à base de liberté, et la liberté du choix des arbitres — que certains centres d'arbitrage cherchent à tort à limiter — est une condition fondamentale de la confiance qui nourrit et vivifie l'institution tout entière. L'exercice de cette liberté implique dans ce domaine comme en tant d'autres, une responsabilité, et il constitue, pour les parties et plus encore pour leurs conseils, l'une des tâches les plus délicates qui soient parmi toutes celles qui incombent aux praticiens de l'arbitrage international.

---

<sup>26</sup> Op. cit., supra note 3, à la page 330.

<sup>27</sup> De même, il est difficile d'être entièrement convaincu par l'affirmation, page 334, que "les parties se tournent d'autant plus volontiers vers des arbitres prestigieux qu'elles sont inexpérimentées". Si elles le sont, ne se tourneront-elles pas plus volontiers encore, avec une confiance aveugle, vers les listes évoquées ci-dessus ?