

INSTITUT POUR LA PROMOTION DE L'ARBITRAGE
ET LA MEDIATION EN MEDITERRANEE



Cour Marocaine d'Arbitrage

RAPPORT SUR LES PRINCIPES RELATIFS A LA SELECTION DES ARBITRES

Le Rapport suivant a été élaboré par:

Me Valentina Renna, consultante de l'ISPRAMED (l'Institut pour la Promotion de l'Arbitrage et de la Médiation en Méditerranée),

sous la supervision de **M. le Professeur Charles Jarrosson**, Coordonnateur du Réseau des Centres d'Arbitrage de la Méditerranée.

SIGLES

Centres

CACI - Centre de Conciliation et d'Arbitrage d'Alger de la Chambre de Commerce et Industrie d'Alger

CAM – Chambre Arbitrale de Milan

CCAT – Centre de Conciliation et d'Arbitrage de Tunis

CMA – Cour Marocaine d'Arbitrage

CRCICA – Centre Régional du Caire pour l'Arbitrage Commercial International

ITOTAM – Centre d'Arbitrage de la Chambre de Commerce d'Istanbul

LAC – Centre d'Arbitrage Libanais

Conventions internationales et Lois mentionnées dans le Tableau comparatif des Règlements (Rules Comparison Chart) et dans le présent Rapport

Convention de NY - Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York, le 10 juin 1958

Loi-type CNUDCI – Loi-type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (1985), y compris ses amendements adoptés en 2006

Règlement CNUDCI - Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (1976), révisé en 2010

Termes spécifiques à ISPRAMED

Méthodologie – Modèle opérationnel convenu parmi les Centres afin de définir la pratique partagée par les Centres pour l'administration des arbitrages dans la région Méditerranéenne

PE – Protocole d'Entente signé par les Centres en tant que membres du Réseau ayant pour but la promotion de l'arbitrage et de la médiation dans le contexte Euro-méditerranéen ainsi que la définition des principes communs et partagés

Avant-propos

L'objectif fondamental du présent rapport est de condenser en quelques principes et pratiques les données et les informations recueillies par l'ISPRAMED auprès des Centres membres du Réseau sur la question de la sélection des arbitres.

En fait, les Centres ont été invités à coopérer avec l'ISPRAMED à partir de leur règlement d'arbitrage ainsi que de leur expérience pratique de la constitution du tribunal arbitral.

Les principes et les pratiques qui ont été recueillis jusqu'ici à cet égard, grâce à la contribution de tous les membres du Réseau¹, ont permis à l'ISPRAMED d'illustrer les standards que les Centres appliquent généralement dans les affaires qu'ils administrent, sur la question de la sélection des arbitres.

Ces standards reflètent en effet une vision partagée de la bonne administration des procédures d'arbitrage dans la région méditerranéenne.

Le processus d'élaboration de principes et pratiques communs s'est déroulé de la manière suivante : l'ISPRAMED a d'abord présenté un projet qui a circulé parmi les membres du Réseau et que les Centres ont approuvé. Le cas échéant, les commentaires reçus ont ensuite été utilisés pour amender le rapport.

Ainsi, en conformité avec les objectifs énoncés dans le Protocole d'Entente, ces principes sont considérés par les Centres comme des normes générales, ayant un certain caractère obligatoire. Les Centres s'engagent à respecter ces principes dans leur activité quotidienne, afin d'assurer un service de premier ordre.

En conséquence, ces principes peuvent fournir aide et conseils aux institutions chargées des cas problématiques pour la constitution du tribunal arbitral. En outre, ils offrent des conseils aux utilisateurs de l'arbitrage international qui peuvent ainsi connaître à l'avance les positions des Centres sur ces questions cruciales pour l'arbitrage.

Enfin, ces principes et pratiques sont conformes à la pratique de l'arbitrage international et sont de nature à s'adapter aux différences juridiques et culturelles dans la région méditerranéenne.

1 CMA, ITOTAM, CCAT, CRCICA, CACI, LAC, CAM.

Tableau comparatif des Règlements à propos de la sélection des arbitres

La sélection des membres du tribunal arbitral opérée par les parties est une caractéristique de l'arbitrage. Comme cela a été souligné, l'un des facteurs distinctifs de l'arbitrage, par opposition à une procédure judiciaire, c'est que "*Whilst a national court of law is a standing body [...], an arbitral tribunal must be brought into existence before it can exercise any jurisdiction over the dispute*"².

C'est une étape importante pour les parties elles-mêmes, car c'est là l'expression de leur autonomie (reconnue par la Convention de New York et par la plupart des lois sur l'arbitrage), comme aussi pour la procédure d'arbitrage et son résultat, également étant donné que "*the arbitration is only as good as its arbitrators*"³.

Un tribunal arbitral se compose généralement d'un ou de trois arbitres. Si les parties n'ont pas précisé dans la convention d'arbitrage le nombre d'arbitres, l'institution d'arbitrage, ou le cas échéant, le droit de l'arbitrage en cause le fera pour elles.

Les parties sont généralement libres de déterminer la procédure de nomination de l'arbitre et elles le font alors habituellement dans la convention d'arbitrage. Selon ce qu'elles ont prévu dans la clause d'arbitrage, les parties peuvent soit s'entendre sur l'identité de l'arbitre(s) ou coopérer à la constitution du tribunal arbitral. A défaut pour les parties de le faire ou de spécifier le mode de sélection des arbitres, les règles de l'institution et les lois nationales y procéderont.

Lorsque le tribunal est composé de trois arbitres, dans la quasi majorité des cas la convention d'arbitrage prévoit la procédure suivante: chaque partie désigne un arbitre et les deux arbitres ainsi nommés nomment un troisième arbitre en qualité de président du tribunal. Si les parties ont prévu de recourir à un arbitrage institutionnel, l'institution pourra suppléer au défaut d'une des parties ou des co-arbitres.

Dans le cas où il y a un arbitre unique, les parties peuvent le nommer conjointement, mais, si les parties ont prévu de recourir à un arbitrage institutionnel, l'institution sera généralement chargée de la désignation.

En mettant l'accent sur l'arbitrage institutionnel, le présent Rapport s'efforce de comparer les règlements des membres du Réseau, en soulignant les caractéristiques fondamentales et récurrentes du processus de sélection des arbitres aux fins de définir la pratique commune des Centres pour cette étape si importante de la procédure.

En ce qui concerne le nombre d'arbitres, certains des Centres précisent que le tribunal doit être composé d'un nombre impair d'arbitres (art 13.3 CAM; art. 17 ITOTAM), mais aucun des membres du Réseau ne serait enclin à accepter un tribunal composé d'un nombre pair d'arbitres, la question peut également dépendre des dispositions législatives applicables.

² Nigel Blackaby , Constantine Partasides, et al., Redfern and Hunter on International Arbitration, (Oxford University Press 2009) at 241

³ Yves Derains & Laurent Lévy (ed.) ICC Dossier: Is Arbitration Only As Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator, Vol. VIII. (Paris: ICC Publishing SA, 2011).

Lorsque les parties ne prévoient pas le nombre d'arbitres dans la convention d'arbitrage, certains des Centres suivent une même approche, en considérant l'arbitre unique comme la solution par défaut (art. 13.2 CAM ; art. 2.5 LAC). De même, ils prévoient de procéder eux-mêmes à la constitution d'un tribunal de trois membres lorsque le différend est complexe ou porte sur un montant très élevé. Les autres Centres prévoient un panel de trois membres à défaut d'accord des parties sur le nombre d'arbitres (art.7.1 CRCICA; art 17.1 ITOTAM), tandis qu'ils n'excluent pas la possibilité de nommer un arbitre unique en cas d'accord entre les parties dans les 30 jours suivant la réception de la demande d'arbitrage par le défendeur (7.1 CRCICA) ou si aucune partie n'a répondu à la proposition faite par une partie de nommer un arbitre unique dans le délai précité ou si la(es) partie(s) concernée(s) n'a pas désigné un deuxième arbitre (art.7.2 CRCICA).

Certains règlements ne prévoient pas explicitement le nombre d'arbitres à retenir par défaut (art. 2.1 du CCAT), et envisagent un arbitre unique ou un collège de trois membres selon la nature et la valeur du litige (art. 4.1 CMA). Un autre Centre (art. 10 CACI) retient simplement que le tribunal arbitral peut être composé d'un arbitre unique de plusieurs.

Ces deux partis présentent des avantages et des inconvénients: la nomination d'un arbitre unique, comme procédure par défaut, est une solution économique, mais avec un tribunal de trois membres, les parties se sentent mieux représentées au sein du tribunal. Bien qu'il soit difficile de trouver un équilibre entre ces intérêts contradictoires, le besoin se fait sentir de laisser à l'institution la plus grande latitude.

Les modalités de nomination des arbitres ont fait apparaître quelques divergences entre les membres du Réseau : trois Centres laissent les parties déterminer la procédure de nomination, montrant ainsi qu'ils veulent jouer un rôle limité par rapport à la volonté des parties, habituellement exprimée dans la convention d'arbitrage, qui doit passer en priorité (art. 14.1 CAM ; art 8.1 CRCICA; art 17.2 ITOTAM, même si le principe est pour ce dernier centre, atténué par la procédure de la liste). Les autres Centres prévoient une procédure standard prédéterminée pour la désignation des membres du tribunal arbitral (art 2.3 et 2.4 LAC; arts.1 et 2 CCAT; art. 4 CMA; arts. 11, 12, 26 et 34 CACI). En tout état de cause, tous les Centres traitent en détail la procédure pour la nomination de l'arbitre unique ainsi que celle du collège arbitral.

Si on considère les méthodes de nomination de l'arbitre unique, la plupart des Centres précisent que les parties le nomment d'accord entre elles, à défaut de quoi il sera nommé par l'institution d'arbitrage (art. 14.2 CAM; art. 11 CACI; art. 2.3 LAC; art. 1 CCAT; art. 8.2 CRCICA, ce dernier prévoyant un processus à plusieurs étapes ; CMA).

Quand il s'agit de la nomination d'un collège d'arbitres, l'autonomie des parties trouve sa pleine expression dans les règlements ici analysés. Tout d'abord, tous les Centres précisent que la nomination des deux co-arbitres doit être laissée aux parties, chacune ayant le droit de nommer un arbitre. Le troisième arbitre désigné pour présider le Tribunal peut être nommé soit directement par les deux co-arbitres (art 9.1 CRCICA; art. 2 CCAT; art. 26 CACI) soit par l'institution (art. 14.4 CAM; art. 4.1 CMA; art 2.4 LAC), sauf stipulation contraire. Lorsque les deux co-arbitres ne procèdent pas à la nomination du troisième arbitre (pour cause de désaccord ou d'échec), une solution de repli est parfois offerte, le président du collège arbitral étant nommé par l'institution (art. 27 CACI).

Le principe d'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral est en danger lorsque le litige soumis à l'arbitrage implique une pluralité de parties. Cette pluralité peut consister aussi bien en une pluralité de demandeurs ou de défendeurs, ou les deux (par exemple, le demandeur cite au moins deux défendeurs, deux ou plusieurs demandeurs citent deux défendeurs). Les problèmes surviennent lorsque les défendeurs (ou les demandeurs) ont entre eux des intérêts divergents et refusent de procéder à une nomination conjointe.

Les institutions d'arbitrage doivent être extrêmement prudentes face à un scénario multipartite : dans un tel cas, la règle exigeant la nomination d'un arbitre par chaque partie conduirait à la constitution de tribunaux pléthoriques. C'est pourquoi certains des membres du Réseau ont prévu des règles spécifiques pour l'arbitrage multipartite. L'approche de ces institutions est légèrement différente. Toutefois, le cas échéant, elles font prévaloir le mécanisme prévu les parties dans la convention d'arbitrage.

Selon le Règlement de l'ITOTAM, Art.17, en cas de pluralité de parties, et si le litige doit être soumis à trois arbitres, les demandeurs ou les défendeurs doivent nommer conjointement un arbitre pour confirmation par la Cour d'Arbitrage. A défaut, et si toutes les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur une méthode pour la constitution du tribunal arbitral, la Cour nomme chaque membre du tribunal arbitral et désigne l'un d'entre eux pour agir comme président.

C'est ce que prévoit le CRCICA (art. 10), mais seulement pour la première étape relative à la nomination conjointe par les parties. A défaut, le Centre doit, à la requête d'une partie, constituer l'intégralité du tribunal arbitral, ce qui peut le conduire à révoquer un arbitre déjà nommé. Enfin, le Règlement de la CAM (art. 15), retient également la méthode de nomination conjointe, le président du tribunal étant nommé par l'institution, à moins que la nomination (du collège ou du président) soit confiée par les parties à une troisième autorité. A titre de procédure de repli, au cas où les parties ne mettraient pas d'accord sur le choix des arbitres, le Règlement prévoit la nomination de tout le tribunal arbitral par l'institution, ici encore sans tenir compte de toute nomination précédemment faite par les parties.

S'agissant à présent de la nationalité du président du tribunal arbitral, lorsque les parties sont de nationalités différentes, la pratique ordinaire est de nommer un président du tribunal arbitral (ou un arbitre unique) d'une nationalité tierce.

La neutralité de la nationalité est une expression spécifique de l'indépendance des arbitres, dont le but est de préserver l'apparence d'un processus juste et équitable. Toutefois, seuls quelques des Centres appliquent un tel principe et prévoient la nomination d'un arbitre unique ou du président du tribunal arbitral d'une nationalité différente de celle des parties (art. 8.4 CRCICA ; art. 14.5 CAM ; art. 2.6 LAC), sauf accord contraire des parties. Les autres Centres (ITOTAM, CMA, CCTA) ne retiennent apparemment pas cette règle. Cependant, l'absence d'une disposition expresse en ce sens n'empêche pas ces Centres d'opter le cas échéant pour un président/arbitre unique d'une nationalité tierce.

S'agissant du choix concret des arbitres, certains membres du Réseau veulent parfois jouer un rôle plus actif, en établissant des listes prédéfinies d'arbitres qu'ils utilisent lorsque le Centre intervient dans le processus de nomination. Les parties, elles, ne sont pas obligées de choisir les arbitres au sein de la liste établie par le Centre ; leur choix n'est donc pas limité. On le vérifie pour la CMA

(art. 4.4), pour le CRCICA (art. 8.3 et art. 9.3 concernant respectivement la nomination de l'arbitre unique et du président) et pour l'ITOTAM (Règles Intérieures art. 10 : la Cour d'arbitrage n'est elle-même pas tenue de choisir des arbitres au sein de sa propre liste). Toutes ces institutions ont une liste permanente qui peut être révisée périodiquement. L'avantage tient à la disponibilité d'un groupe d'arbitres, soigneusement sélectionnés par l'institution, laquelle retient des professionnels qui ont de l'expérience et connaissent l'arbitrage.

D'autres Centres (CAM, LAC, CCAT, CACI) ne prévoient pas de liste et sont libres de nommer toute personne dont le profil est adapté à l'espèce en cause. Selon ces Centres, maintenir une liste d'arbitres peut entraîner une baisse de la qualité des tribunaux arbitraux, car il faut également prendre en compte le fait que les compétences nécessaires pour connaître d'un différend peuvent varier d'un cas à l'autre.

Enfin, les Centres - et les parties - devraient être conscients que la disponibilité des arbitres, c'est-à-dire leur capacité à consacrer le temps nécessaire à s'occuper de l'arbitrage, est fondamentale pour assurer à la procédure un cours rapide. La qualité de l'arbitrage en dépend également, car les arbitres internationaux auxquels les parties font appel pour leur confier des missions d'arbitrage sont très souvent surchargés de travail et il est possible qu'ils n'aient pas la disponibilité nécessaire en temps opportun ou ne soient pas disposés à voyager facilement, ce qui porte atteinte à la célérité de la procédure.

La majorité des Centres a voulu développer le souci de transparence appliqué à la charge de travail des arbitres. Leurs Règlements énoncent le principe selon lequel les arbitres devraient être en mesure de consacrer le temps nécessaire à l'arbitrage ainsi que de mener le processus d'une manière diligente et efficace (art.15.2 ITOTAM; art. 4.3 CMA; art 4. code de déontologie CAM; art. 11.4 CRCICA, selon lequel l'arbitre doit éviter tout acte ou comportement susceptible de gêner les délibérations ou de retarder la résolution du litige; v. ég. l'art. 13 CACI). Un autre Centre, bien qu'il ne le spécifie pas dans son règlement, exige que l'arbitre déclare sa disponibilité au moment de la signature par l'arbitre de sa déclaration d'indépendance, impartialité et disponibilité (LAC). L'ITOTAM, spécifie dans son règlement que l'arbitre doit préciser sa disponibilité dans sa déclaration d'indépendance et d'impartialité. Dans le même sens, un centre sanctionne expressément l'arbitre qui retarde délibérément le début ou la continuation de l'arbitrage, éventuellement en le révoquant, dès lors que l'une des parties en fait la demande et après avoir donné à l'arbitre et à l'autre partie la possibilité d'exprimer leur point de vue à cet égard (art. 12 CRCICA ; rappr. Art. 19 ITOTAM). En revanche, le règlement du CCAT ne traite pas la question de la disponibilité des arbitres.

PRINCIPES

1. Modalité de nomination des arbitres

Les Centres reconnaissent tous l'importance d'une procédure transparente et claire pour la nomination des membres du tribunal arbitral, comme gage d'un bon déroulement de l'arbitrage. Le choix de l'arbitre par les parties est caractéristique de l'arbitrage et comme l'est de manière générale la liberté dont elles disposent dans l'organisation du règlement de leurs différends. Ainsi, les Centres conviennent que les parties ne devraient jamais être privées, au profit de l'institution d'arbitrage, du pouvoir de nommer les membres du tribunal arbitral, sauf impasse procédurale nécessitant l'intervention du centre. En outre, lors de la nomination des arbitres, les centres peuvent soit recourir à une liste interne d'arbitres (en veillant à ce qu'ils répondent tous aux meilleurs standards de compétence) soit nommer librement les professionnels en lesquels ils ont confiance.

2. La Composition du tribunal arbitral

Les Centres considèrent que les parties doivent avoir le dernier mot sur la composition du tribunal arbitral (collège arbitral ou arbitre unique) ainsi que sur le processus de nomination. Cependant, certains des Centres peuvent prévoir une solution par défaut : collège de trois membres ou arbitre unique, au cas où les parties restent silencieuses à cet égard ou ne parviennent pas à un accord. Ils prendront alors en considération les particularités de l'espèce (valeur, type de litige, complexité, etc.). En tout état de cause, les membres du tribunal arbitral ne seront pas en nombre pair.

3. Arbitrage multipartite

Des difficultés particulières de procédure surgissent quand il y a plus de deux parties qui participent au processus de sélection des arbitres. Les Centres conviennent que le principe le plus important dans un tel cas est l'égalité de traitement entre les parties, qui doivent y prendre part de la même manière. Dès lors, les parties peuvent, soit se diviser en deux groupes opposés qui désignent chacun un arbitre, soit nommer conjointement le collège arbitral (ou l'arbitre unique). En cas d'échec, les Centres s'engagent à prendre en charge la nomination du collège ou de l'arbitre unique.

4. Neutralité des arbitres

Les Centres conviennent que le partage d'une même identité culturelle entre l'arbitre et l'une des parties n'est pas synonyme de partialité de cet arbitre. Toutefois, les membres du Réseau peuvent énoncer une disposition spécifique sur la dite « règle de la nationalité tierce », en prévoyant, lorsque les parties ont des nationalités différentes, que le Centre peut nommer comme arbitre unique ou comme président du tribunal arbitral une personne d'une nationalité différente, sauf accord contraire des parties.

5. Disponibilité

Les Centres reconnaissent l'importance d'une plus grande transparence relativement à la disponibilité et la charge de travail des arbitres. Ainsi, ils s'engagent à exiger de leurs arbitres la confirmation de leur capacité à consacrer le temps nécessaire à l'arbitrage et à mener le processus avec diligence et efficacité, et en respectant les délais fixés dans les règlements

PRATIQUES COMMUNES

L'objectif du présent rapport est d'étudier les critères de sélection des arbitres ainsi que leurs applications pratiques par les membres du Réseau.

Ainsi, à travers quelques principes qui résument la position des Centres sur ce point, le rapport illustre les pratiques de ces institutions face à des cas difficiles ou importants concernant la désignation des arbitres, en partant de la présomption que l'offre de procédures de haute qualité est la meilleure façon de promouvoir l'arbitrage dans la région méditerranéenne.

Les Centres pensent que l'harmonisation de bonnes pratiques pour la sélection des arbitres offre certitude et fiabilité, et crée donc un climat de confiance entre les professionnels et les utilisateurs de l'arbitrage. Dans cette optique, ils ont isolé certaines hypothèses délicates de processus de nomination et en ont débattu. Bien que l'on puisse s'attendre à ce que chaque institution réagisse différemment aux cas soumis en fonction de son propre règlement, les Centres s'efforcent de prendre en compte la pratique et la position de la majorité des Centres dans les cas suivants.

LES CAS

Les Centres ont mis en commun une liste indicative d'exemples pratiques susceptibles de se produire pendant l'administration de procédures d'arbitrage. Ils intéressent les circonstances les plus fréquentes qui peuvent soulever des doutes et une variété de problèmes de procédure à l'égard du processus de nomination. Il sera utile de connaître la position des Centres au regard de ces situations, afin de définir des principes communs et de présenter à l'attention des utilisateurs de l'arbitrage des exemples commentés. Les Centres s'engagent à suivre les décisions pertinentes les plus communément retenues lorsqu'ils devront choisir des arbitres.

1. La composition du Tribunal arbitral

a. La convention d'arbitrage est dépourvue de toute disposition ou est ambiguë sur le nombre des arbitres et les parties ne parviennent pas à un accord sur la question.

Il n'est pas rare en pratique de rencontrer des clauses très peu détaillées ou silencieuses. Les règlements des Centres donnent des réponses diverses, en laissant aux parties plusieurs options. Le CRCICA opte par défaut pour un collège de trois membres, tandis que d'autres (CAM; LAC) optent pour un arbitre unique. Cependant, ces derniers, tous comme d'autres Centres (CCAT; CMA) font preuve de souplesse (un ou trois arbitres), et l'arbitrage peut être renvoyé à un collège de trois membres, si les circonstances le requièrent (comp. le CRCICA qui prévoit au contraire en principe un collège de trois arbitres, mais la possibilité de recourir à un arbitre unique). Quand les règlements n'offrent pas de solution par défaut, le Centre invite les parties à préciser rapidement leur position quant à la composition du tribunal arbitral; si elles ne répondent pas, le Centre décidera pour elles (CACI, ITOTAM).

Cette approche souple assure aux parties une composition du tribunal arbitral appropriée au cas d'espèce, en permettant de retenir des arbitres aux compétences complémentaires, propres à développer lors du délibéré un échange fructueux des points de vue sur des questions

controversées. L'institution doit toujours trouver un équilibre, lorsque les parties adoptent une position contradictoire, en prenant en compte les intérêts en jeu (un différend portant sur un montant important n'est pas nécessairement synonyme de complexité des questions de fond).

Ainsi, en cas de désaccord des parties sur le nombre d'arbitres, les Centres s'efforcent d'opter pour une solution adaptée, après un examen attentif des particularités du litige ainsi que des positions des parties.

- b. *La convention d'arbitrage prévoit un processus en deux étapes : les parties nomment deux arbitres qui sont chargés de trouver un accord des parties et, en cas d'échec, un troisième arbitre est nommé pour présider un collège composé par les trois arbitres.*

La parité du tribunal arbitral peut conduire à une égalité de voix et partant, à un blocage de la procédure. De nombreuses législations nationales considèrent les conventions d'arbitrage qui prévoient une composition paire du tribunal arbitral comme non valables ou bien prévoient qu'elles seront modifiées en adjoignant un arbitre supplémentaire. Les Règlements des Centres prévoient toujours un tribunal arbitral comprenant un nombre impair d'arbitres. L'expérience des Centres montre que de telles rédactions sont rares dans la pratique internationale. Un seul centre - CAM - l'a rencontré. L'institution a invité les co-arbitres, dont l'indépendance et l'impartialité avaient été contrôlées, à informer les parties et le centre de leur accord éventuel sur le nom d'un président et ce, dans un délai raisonnable. Faute de quoi, le Conseil arbitral nommerait le président dans les deux à trois semaines suivantes. La date de la réunion du Conseil approchant alors qu'aucun accord n'avait été trouvé, le Secrétariat a informé les parties et les co-arbitres que le Conseil nommerait l-même le président, sauf à ce que les parties s'entendent sur une extension du délai pour parvenir à un accord. Les co-arbitres n'ayant pas pu se mettre d'accord, le président a été nommé par l'institution.

- c. *La convention d'arbitrage prévoit un arbitre unique, mais le différend est un litige important pour lequel un tribunal de trois personnes devrait être nommé (ou l'inverse: le différend est de faible valeur : - moins de \$ 5.000- \$ 10,000 - et la clause prévoit un tribunal de trois membres).*

Le principe fondamental de l'arbitrage est l'autonomie des parties, au sens large, qui comprend leur droit à déterminer la composition du Tribunal arbitral. En règle générale, l'accord des parties est un élément de première importance et l'institution doit s'y conformer. Cependant, il est également vrai qu'un même contrat peut donner lieu à divers litiges, chacun ayant ses particularités (complexité, montant en jeu, etc.). Or, lors de la rédaction de la convention d'arbitrage, au moment de signer le contrat, les parties ne sont généralement pas au courant des futurs développements de leurs relations et ne savent pas à quel genre de conflit elles seront confrontées le cas échéant. C'est pourquoi la disposition d'origine sur la composition du tribunal arbitral pourrait ne pas correspondre aux caractéristiques du différend, au moment où il se manifeste. Dès lors, et tout en respectant par principe la volonté des parties, les Centres, peuvent dans l'intérêt de celles-ci, leur suggérer de s'écarter de la disposition d'origine ou d'utiliser un autre MARC (par exemple, la médiation).

2. Les cas d'arbitrage multipartite

- a. *La convention d'arbitrage prévoit que chaque partie désignera un arbitre et que le président sera nommé par les deux arbitres nommés par les parties, mais il y a plus de deux parties en litige et les parties n'ont pas confié la nomination du tribunal à une autorité tierce.*

Cette situation pose une limite évidente à l'autonomie des parties: la volonté des parties, telle qu'elle est exprimée dans la clause, rendrait impossible l'arbitrage dès lors qu'il y aurait plusieurs parties. Pour les membres du Réseau qui ont rencontré ce cas (CAM; CMA), l'obstacle procédural a été surmonté grâce à une nomination conjointe (par le groupe des demandeurs ou des défendeurs) d'un même arbitre. Mais dès lors que les parties ne se divisent pas en deux groupes, l'institution nommera le collège arbitral.

D'autres Centres (CRCICA) ont connu le cas d'une convention d'arbitrage dans un contrat multipartite prévoyant la nomination d'un tribunal de trois membres par l'une des parties seulement ; il a estimé qu'il n'avait pas d'autre choix que de se conformer à l'accord des parties tout en signalant le risque qu'une telle nomination entraînait. Dans un autre cas délicat, où la clause d'arbitrage prévoyait la nomination conjointe des co-arbitres par les parties, le demandeur a lancé l'arbitrage contre deux défendeurs. Cependant, les défendeurs sont restés silencieux. Le Centre (CRCICA) hésita entre nommer l'arbitre à la place des défendeurs ou nommer le collège tout entier, sans considérer le choix de l'arbitre fait par le demandeur. Selon les Notes Pratiques du CRCICA publiées en juin 2014, dans certains cas multipartites, où les parties sont convenues de nommer trois arbitres et où les défendeurs ne nomment pas le deuxième arbitre, la question s'est posée (à propos de l'application de l'article 10(3) de son Règlement) de savoir si un arbitre peut être nommé par le Centre à la place des défendeurs défailants, conformément à l'article 9(2) du Règlement CRCICA. La pratique du CRCICA dans ce cas est de nommer, à la requête du demandeur(s), un arbitre à la place des défendeurs défailants conformément à l'article 9(2) du Règlement. Ainsi, en pratique l'article 10(3) du Règlement du CRCICA n'est appliqué que dans les cas où les défendeurs ont nommé plus d'un arbitre au lieu d'en nommer un conjointement, faisant ainsi échec dans à une constitution du tribunal arbitral selon l'accord des parties.

- b. *Des conventions d'arbitrage se trouvent dans plusieurs contrats liés, lesquels donnent lieu à plusieurs arbitrages multipartites. Certaines des parties nomment des arbitres différents.*

Ce cas se produit très rarement dans la pratique des Centres. Habituellement l'institution traite chaque arbitrage multipartite comme un cas particulier et applique la disposition pertinente de ses règles.

3. Le processus de nomination

- a. *La convention d'arbitrage se réfère à une autorité de nomination autre que l'institution qui administre l'arbitrage.*

Les Règlements des Centres permettent en général que le processus de nomination soit opéré par une autre institution (sauf pour le LAC, qui considère l'arbitrage comme *ad hoc* et ne

l'administre pas); quand cela se produit, les parties doivent informer le Centre de la sélection de l'arbitre/s faite par une autre institution.

Il doit être clair, cependant, que tout en admettant cette possibilité, les Centres ne doivent pas abandonner leur contrôle sur l'impartialité et l'indépendance des arbitres nommés par cette autre autorité.

Une question importante se pose lorsque la convention d'arbitrage se réfère à une autorité de nomination inexistante ou lorsque ladite autorité ne parvient pas à nommer l'arbitre. Dans la pratique, le CRCICA a alors procédé elle-même aux nominations, sur le fondement de l'article 8.1 de son Règlement selon lequel la nomination doit être effectuée par le Centre au cas où le tribunal arbitral n'a pas été nommé (selon la procédure convenue par les parties) dans le temps convenu par les mêmes parties, ou à défaut dans les 30 jours après la réception par le Centre de la demande de nomination. Dans ce cas, le Centre doit être chargé du processus de nomination, afin d'éviter une impasse.

b. Les parties n'ont pas précisé dans la convention d'arbitrage qui nommera les arbitres en cas de défaillance des parties.

Habituellement les Règlements des Centres prévoient la nomination par défaut des arbitres par le centre lui-même lorsque le(s) partie/s intéressée(s) n'y procèdent pas.

c. Les parties ont identifié un professionnel comme arbitre dans la convention d'arbitrage, en précisant son nom, mais le professionnel choisi est indisponible quand l'arbitrage commence (il est décédé ou incapable).

Cette convention d'arbitrage mal rédigée pose une question importante et est un exemple caractéristique de clause pathologique. Bien que la validité de la convention d'arbitrage défectueuse ne doive être finalement vérifiée que par le tribunal arbitral (kompetenz-kompetenz), la question est de savoir comment procéder, étant donné que la sélection de l'arbitre a été prévu *intuitu personae*. Les Règlements des Centres ne mentionnent pas expressément ce cas, mais ils peuvent tenir compte de l'incapacité de l'arbitre à effectuer ses fonctions (art. 19.2 ITOTAM). Lorsque l'arbitre présélectionné est décédé ou devient incapable d'accomplir la tâche, le Centre peut inviter les parties à modifier conjointement la convention d'arbitrage. A défaut d'accord entre les parties, les Centres peuvent être chargés de cette nomination.

d. Les parties ne parviennent pas à respecter les délais pour la nomination des arbitres tels que définis dans la convention d'arbitrage.

Ce n'est pas un cas fréquent dans la pratique des Centres et ce peut être une question de négociation entre les parties : les parties peuvent s'entendre sur l'extension du délai, avant qu'il ne commence à s'écouler. En tout état de cause, au cas où une des parties ne respecte pas le délai indiqué dans la convention d'arbitrage pour nommer l'arbitre, l'autre partie peut soit contester toute nomination tardive soit marquer son accord sur la prolongation du délai. Dans le premier cas, la partie sera considérée comme ayant renoncé à son droit de nommer l'arbitre et le Centre se préoccupera d'effectuer cette nomination. Le tribunal arbitral décidera en fin de compte de la validité de la constitution du tribunal arbitral lui-même.

- e. *Selon la clause d'arbitrage le président du tribunal arbitral doit être nommé par les co-arbitres, mais ceux-ci ne parviennent pas à un accord sur le troisième arbitre. Le Centre, chargé de la nomination du président, demande aux co-arbitres de l'informer de leurs discussions afin d'éviter une répétition inutile et de comprendre les critères de sélection appréciés par les parties.*

Dans le cas décrit ci-dessus, les Centres sont impliqués dans le processus de nomination pour la sélection du troisième arbitre pour pallier au défaut des parties. Pour commencer, tous les Centres du Réseau nomment l'(les) arbitre(s) par le biais d'un de leurs organes (cour, conseil, comité, etc.) : il est important de souligner que cet organe est composé de nombreux professionnels de sorte que tous les Centres retiennent un processus de prise de décision collective. Les Centres ne permettraient jamais qu'un arbitre soit nommé par une seule personne au sein de l'institution.

Lors de la nomination du troisième arbitre, chaque Centre, en tant qu'organe indépendant, choisira librement un professionnel qualifié qui possède les compétences et l'expertise requises. Cependant, bien qu'on ressente le besoin de préserver la complète indépendance du Centre dans le processus de sélection - sans influence excessive des parties ou des co-arbitres - l'institution peut se servir des éléments pertinents mis au jour par les parties ou les co-arbitres au cours de leur tentative de nomination du président. À cet égard, les co-arbitres peuvent coopérer avec les parties lors de la sélection du troisième arbitre, afin de mieux connaître leurs besoins et exigences. Ainsi, il pourrait être utile que les Centres soient informés des critères de sélection souhaités et de la manière dont les co-arbitres ont essayé de les utiliser.

4. Les critères de la sélection

- a. *La convention d'arbitrage ne rien dit sur la qualification des arbitres et les parties ne s'entendent pas sur les profils des arbitres potentiels. La sélection des arbitres se fait alors par exemple selon les critères suivants : la nature et les éléments caractéristiques du litige, la loi applicable, le siège, la langue, les questions de procédure qui seront posées aux arbitres, l'identité et la nationalité des parties, de leurs avocats ; des co-arbitres, la valeur du litige, l'âge des co-arbitres, leurs titres universitaires et/ou professionnels, les éléments « personnels », les nominations précédentes, les expériences antérieures en tant que co-arbitre, président, arbitre unique, avocat, secrétaire, etc.*

Certains des Centres ayant une liste d'arbitres nomment l'une des personnes de la liste ; les arbitres sont sélectionnés et inscrits sur la liste en raison de leurs compétences et de leur expérience dans le domaine de l'arbitrage (CMA).

Les Centres qui n'ont pas de liste peuvent choisir librement les arbitres parmi les spécialistes renommés de la communauté internationale. Ils prennent alors en compte un grand nombre de critères pour la sélection, afin de nommer le meilleur professionnel possible en fonction du cas d'espèce. Ils peuvent prendre en considération : l'objet du litige (en repérant les experts du domaine en cause), la nature du différend, ainsi que les questions de procédure qui doivent être traitées par les arbitres, la loi applicable au fond, le siège de l'arbitrage, les compétences linguistiques requises pour le cas (la langue de l'arbitrage et du contrat), la nationalité des parties,

le montant du litige (un litige mineur n'intéressera pas un professionnel connu et très occupé, tandis qu'un plus jeune pourrait accomplir au mieux cette tâche), l'âge et les diplômes des co-arbitres et des avocats des parties (ce, afin d'éviter un déséquilibre excessif à l'intérieur du collège ou lors de la conduite de la procédure), la disponibilité de l'arbitre, son expérience comme arbitre, le fait que les arbitres n'aient pas respecté les règles du Centre dans des cas antérieurs, etc.

- b. *La convention d'arbitrage prévoit un collège composé de professionnels ayant une formation non juridique, alors que le différend montre que les questions juridiques sont fondamentales.*

Il n'est pas question pour les arbitres d'être omniscients : à la fois avocats, comptables ou hommes d'affaires expérimentés, et familiers de toutes les régions du monde. Il y a en effet des cas, dans la pratique internationale, où le collège comprend des professionnels qui n'ont pas de qualification juridique (mais qui ont une réelle expérience dans l'arbitrage) ; toutefois, la plupart du temps les arbitres désignés sont des juristes (avocats, professeurs de droit, juges, etc.) ou possèdent une expertise mixte. La préférence accordée à l'expérience juridique se fonde sur l'idée que la plupart des litiges portent sur des questions juridiques, et donc qu'une expérience juridique est nécessaire afin de résoudre correctement ces questions et de garantir un résultat juste. Choisir un arbitre ayant une bonne formation juridique favorise une conduite de qualité de la procédure et une bonne rédaction de la sentence. Néanmoins, certains des membres du réseau (CMA) soutiennent que l'institution doit toujours se conformer à la volonté des parties telle qu'exprimée dans la convention, ou essayer de sensibiliser les parties aux conséquences possibles d'un tel choix (CACI). Certains des Centres pensent qu'un des arbitres au moins doit avoir une formation juridique (LAC; ITOTAM) (à défaut, ils s'assurent que les parties sont conscientes de la situation : CAM, ITOTAM) et que les personnes nommées arbitres ont de l'expérience en matière d'arbitrage (CCAT, ITOTAM). Un Centre (CRCICA) a connu le cas inverse, dans lequel la convention d'arbitrage était muette quant aux qualifications des arbitres, et les parties avaient nommé des juges comme co-arbitres, ce qui était interdit par la loi du siège de l'arbitrage (rapp. le cas où la convention d'arbitrage exige la nomination de juges, ce que la loi du siège interdit). Dans ce cas, le CRCICA a menacé de ne pas confirmer les co-arbitres (au vu de l'article 8.5 de son Règlement qui l'autorise, avec l'approbation de son Comité consultatif, à rejeter la nomination d'un arbitre ne répondant pas aux conditions posées par la loi. Cette réaction a conduit à la nomination de nouveaux co-arbitres.

- c. *Dans la convention d'arbitrage les parties choisissent une personne d'une religion particulière ou cherchent à imposer certaines restrictions quant aux personnes qui peuvent être nommées arbitres (par ex. des qualifications très spécifiques rendant extrêmement difficile la recherche d'un arbitre répondant à ces conditions).*

C'est une situation rare et aucun des Centres n'en a jamais fait l'expérience (même si elle s'est produite récemment dans la pratique internationale et a été vivement débattue après la décision dans l'affaire *Jivraj*). Un Centre (CAM) a rencontré un cas où la religion de l'une des parties a dû être prise en considération lors de la sélection des arbitres ; un autre Centre indique qu'il adopterait une approche rigoureuse, en considérant une telle disposition comme nulle car contraire à la Constitution nationale et aux traités internationaux (ITOTAM).