

Casablanca, 14 octobre 2014

Colloque ISPRAMED

La sélection de l'arbitre : la clé pour une procédure efficace

Rapport de synthèse

par

Charles Jarrosson

Professeur à l'Université de Paris II

Dans tous les romans policiers, il y a au début une énigme, que l'auteur expose au lecteur, mais cette énigme, il ne lui en donne bien entendu pas la clé. C'est le lecteur qui essayera, par défi, de trouver lui-même cette clé avant la fin du roman, lorsque l'auteur la révélera.

Notre colloque d'aujourd'hui était un peu original à cet égard, puisque son titre même donnait déjà la clé de l'énigme et annonçait que la clé pour une procédure arbitrale efficace, c'est la sélection de l'arbitre.

En fait, ce roman doit être lu autrement : nous savons tous que l'arbitre est au cœur de la qualité de l'arbitrage, mais ce qui nous intéresse, c'est de savoir comment s'opère cette sélection et comment elle doit s'opérer pour arriver au but poursuivi : une procédure d'arbitrage efficace.

M. Ferranti, le Consul général d'Italie à Casablanca a, ce matin, inauguré nos travaux en insistant sur la source commune de nos droits, à nous tous qui sommes des ressortissants d'Etats qui bordent la Méditerranée.

L'arbitre, en droit romain, ce fut d'abord l'*arbiter bonus vir*, l'arbitre, homme de bien. Quelle belle expression pour présenter notre colloque ! Mais qu'est-ce qu'un homme de bien ? Aujourd'hui encore, bien entendu, c'est un homme (une femme) de bien que l'on va rechercher, mais plus concrètement, les critères de sélection vont apparaître comme étant plus nombreux.

Cette journée nous a surtout montré combien tout dépend de l'angle sous lequel on se place. En effet, selon que l'on se situe dans la perspective qui est celle d'une partie ou bien celle de l'institution d'arbitrage, les choses apparaissent différemment.

Qu'avons-nous entendu au cours de cette journée ? Beaucoup de choses que je ne vais pas répéter, mais synthétiser en essayant de faire ressortir quelques idées-forces.

Tout d'abord, on a vu apparaître la très forte prévalence de la volonté des parties et qui a été justement reliée à l'aspect contractuel de l'arbitrage. Mais, on a vu ensuite que, hors de la volonté des parties, la clé est dans la confiance que l'arbitre doit inspirer. *Volonté* et *confiance* ont donc été les deux lignes de force de cette journée, les deux clés. Et voici la clé de l'énigme : il n'y avait pas une clé, mais au moins deux.... C'est un trousseau de clés qu'il faut utiliser pour ouvrir la porte sur une procédure. Je vais me limiter à revenir sur ces deux clés.

I. – La Volonté

C'est ici la libre volonté des parties qui nous retient.

Me Jil Ahdab a commencé son intervention en rappelant que l'arbitrage permet de choisir son juge, « son » arbitre (M. Belkacem a précisé comment il fallait ne pas comprendre le sens de cette expression).

Les centres d'arbitrage respectent cette liberté nous ont dit quasiment tous les représentants des centres d'arbitrage et notamment MM. Kaissi et Stefano Azzali et n'interviennent qu'à titre subsidiaire (6 cas sur 72 en 2013 a précisé M. Abdel Raouf).

Le centre marocain respecte la liberté des parties au point de se refuser à s'immiscer et à confirmer ceux-ci. Cette position est isolée, comme on le verra.

Insistant sur l'essence contractuelle de l'arbitrage, Me El Ahdab a dessiné les limites de cette autonomie des parties, au regard des règles qui s'imposent à

elles, qu'elles soient celles posées par la loi ou bien par le règlement du centre d'arbitrage.

La volonté conjointe des parties peut améliorer l'arbitrage. Maître Giulia Gosi a posé la question de savoir s'il existe une méthode de sélection idéale. Une proposition que je fais mienne pourrait être dans un premier temps d'essayer une nomination par les parties ensemble, des 3 arbitres.

Le nombre des arbitrages multipartites est en hausse, nous a dit Maître Michelangelo Cicogna et, notamment dans le domaine de la construction. Le multipartisme est d'abord celui du contrat, mais il peut aussi survenir à l'occasion du litige (consolidation entre arbitrages).

Le caractère multipartite de l'arbitrage introduit des particularités dans le processus de nomination des arbitres. L'arrêt *Dutco* de la Cour de cassation française, rendu en 1992¹ a modifié la donne. Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité lors de la constitution du tribunal arbitral. Doit-on choisir un lieu d'arbitrage en fonction de sa jurisprudence au regard de la solution *Dutco* ? Cela peut jouer pour éviter l'annulation de la sentence, mais attention : la sentence devra être exécutée et la question pourra resurgir lors de l'exécution. Toutefois, le droit comparé montre que les solutions sont diverses : pourra-t-on toujours nommer tous les arbitres si les parties ne sont pas toutes d'accord ?

L'intervention d'une partie nouvelle en cours d'arbitrage n'est possible que si toutes les parties sont d'accord. C'est là une nouvelle marque de la prééminence de la volonté.

Un conseil pour régler en amont la difficulté : faire attention à la rédaction de la clause d'arbitrage (c'est là une autre clé de l'efficacité de la procédure).

La liberté de choix de l'arbitre inclut-elle celle d'utiliser toutes les méthodes de sélection ?

Ph. Leboulanger a traité de cette pratique, peu répandue autour de la Méditerranée, qui consiste en des entretiens préalables entre une partie et une

¹ Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, *Rev. arb.* 1992, p. 470, note P. Bellet ; *JDI* 1992, p. 708, note Ch. Jarrosson.

personne en qui elle voit un arbitre potentiel. Il nous a exposé quels sont le contenu et l'objet de ces *beauty contests*. Il attiré notre attention sur les limites éthiques à respecter. Il est évident que l'on ne doit pas interroger l'arbitre potentiel sur l'affaire et que celui-ci ne doit pas donner son opinion sur ce point. Le risque d'instrumentalisation de ces procédés pour neutraliser un arbitre, c'est-à-dire pour le rendre indisponible, n'est pas absent. La méfiance entoure ce procédé, d'où comme souvent, la nécessité d'éditer des lignes de conduite. Citons à titre d'exemple, la liste des *do* et des *don't* du Chartered Institute.

Avec cette liberté des parties dont on aperçoit les dangers, le risque est que si elle est mal employée, elle ouvre la porte à la perte de confiance. Cela nous conduit à nous intéresser à la 2^e clé : la confiance.

II. – La confiance

Comme nous l'a expliqué le Professeur Mernissi, il n'existe pas de recette miracle : la sélection des arbitres est une question de relations humaines et non une science exacte. Toutefois, on peut essayer de faire ressortir les éléments qui sont de nature à susciter la confiance.

Il y a ceux qui tiennent à la neutralité de l'institution d'arbitrage : les divers centres du réseau Ispramed – qui sont ici représentés – nous ont exposé leur mode de fonctionnement, mode qu'ils s'emploient à rapprocher. Ainsi, S. Azzali a justement insisté sur le fait qu'à la Camera Arbitrale di Milano, ce n'est pas un individu isolé qui nomme l'arbitre à la place des parties, c'est un comité, ce qui est plus sûr du point de vue de l'objectivité de la nomination.

Le centre peut-il aller contre la volonté d'une partie lorsqu'elle choisit un arbitre ? La majorité des centres se réserve le droit de le faire et c'est à mon avis une bonne chose, car le centre doit aussi penser, au-delà d'un arbitrage particulier, à sa réputation, au sérieux des arbitrages qu'elle administre.

La confiance que l'on peut avoir en l'arbitre ne nécessite pas de très bien le connaître : sa réputation est également souvent prise en considération, mais comme l'a justement relevé David Hesse, mieux vaut procéder objectivement à l'évaluation des mérites de l'arbitre. Il y a en effet des réputations usurpées.

Quelques éléments sont revenus régulièrement au fil des interventions quant aux qualités (au sens large) recherchées chez les arbitres et dont l'objectif est de renforcer la confiance que l'on peut avoir en eux :

- La maîtrise de la langue de l'arbitrage : c'est bien le moins que l'on puisse attendre.
- La disponibilité de l'arbitre : M. Mernissi a rappelé que le contrat d'arbitre est un contrat conclu *intuitu personae*, et que sous-traiter sa mission ne fait pas partie de ses attributions.
- Le Professeur Hajji a montré comment la nationalité de l'arbitre et sa culture juridique peuvent avoir une incidence, car ces éléments rassurent les parties sur sa proximité culturelle avec les éléments et les acteurs du litige. Cette idée a été prolongée par une remarque sur la nécessaire ouverture d'esprit de l'arbitre.
- Le profil professionnel de l'arbitre est parfois capital : un panachage au sein du tribunal arbitral est possible, a relevé M. Mernissi, tandis que le professeur Ergun Oszunay a expliqué qu'un centre pouvait très bien, aux côtés d'une liste d'arbitres juristes, constituer une liste de professionnels de la vie des affaires.

On peut tout de même laisser transparaître une préférence pour un président juriste : c'est plus prudent. Certains ont conseillé de ne pas le prendre trop vieux : l'idée de rajeunir les cadres a été évoquée par Me Modenesi, mais aussi par S. Azzali lorsqu'il a rappelé la pratique de la Chambre de Milan (les étudiants et jeunes avocats ici présents n'ont pas pris la parole, mais ils sont certainement d'accord).

- S'agissant du droit applicable, l'arbitre doit au moins avoir la connaissance de la famille juridique dans laquelle il s'insère. On retrouve encore ici l'aspect culturel dont il a été question. La suggestion du Professeur Mazzoni de choisir les principes Unidroit pourrait apparaître comme un choix neutre.

Les listes d'arbitres sont-elles une bonne chose ? On en a beaucoup parlé et sous divers angles : à mon sens, il vaut mieux ne pas recommander les listes fermées ; on doit toujours pouvoir choisir quelqu'un d'extérieur. Cela fait plaisir à tout le monde d'être sur une liste et il est souvent difficile d'en refuser l'entrée ; le tout est de ne pas nommer ceux qui se sont infiltrés alors qu'ils ne remplissaient pas les conditions pour être un bon arbitre.

M. Chawki Tabib a indiqué que le Centre de Tunis n'a pas de liste ; ce n'est pas gênant. L'idée de M. Ben Belkacem de faire un réseau de listes des centres membres d'Ispramed est à approfondir.

Ma conclusion, m'a été involontairement soufflée par M. Abdel Raouf qui a évoqué certaines pratiques comme celle qui voit les co-arbitres référer aux parties qui les ont nommés lorsqu'ils choisissent le président. Cette pratique peut être de nature à renforcer la confiance des parties dans le tribunal arbitral, mais nous devons remarquer ici que ce renforcement de la confiance renvoie à son tour à la volonté des parties, car elle lui fait une place supplémentaire. Cela montre bien que ces deux clés que sont la confiance et la volonté des parties sont liées et qu'elles font bien partie du même trousseau, ce qui confirme ce que je vous disais en introduction : la boucle est donc bouclée.