

## Comment le choix de l'arbitre peut-il contribuer à l'efficacité de la procédure ?

Mohamed El Mernissi  
Professeur à la faculté de droit de Casablanca  
Président de la Cour Marocaine d'Arbitrage

Lorsqu'on recourt à la justice étatique, on ne se pose pas la question de savoir quel est le juge ou quels sont les juges qui seront appelés à statuer sur la demande. En fonction de la nature du dossier, le président de la juridiction désigne la formation à laquelle le dossier sera soumis.

Dans l'arbitrage, se pose la sempiternelle question : quel arbitre choisir<sup>1</sup> ? Cette question récurrente est consubstantielle à la nature contractuelle de l'arbitrage.

- 1. Liberté de choix.** L'un des traits caractéristiques de l'arbitrage, qu'il soit ad hoc ou institutionnel, c'est que les parties choisissent leur juge.
- 2. Liberté relative.** La liberté de choix n'est pas absolue, en particulier dans l'arbitrage institutionnel. Dans l'arbitrage CCI, les arbitres doivent être confirmés par l'institution. Le choix du troisième arbitre est généralement effectué, soit par les deux co-arbitres, soit par l'institution d'arbitrage<sup>2</sup>, soit par le juge d'appui dans l'arbitrage ad hoc.

La loi elle-même encadre la liberté de choix de l'arbitre par deux limites : d'une part, il doit être une personne physique, et d'autre part, il doit être indépendant et impartial.

---

<sup>1</sup> E. Robine : Le choix des arbitres, Rev. arb.1990, 315 ; P. Lalive : Le choix de l'arbitre, Mélanges J. Robert, Montchrétien 1998, 353 ; M. Abdel Raouf : Le choix de l'arbitre : Le point de vue des institutions d'arbitrage, Colloque Aspects de l'arbitrage international dans le droit et la pratique des pays arabes, Cour de cassation française, 13 juin 2007 ; J. P. Grandjean et C. Fouchard : Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique, Cahiers de droit de l'entreprise, juil. 2012, n°4

<sup>2</sup> Selon les statistiques de la CCI de 2004 à 2010, la Cour a désigné 75% des arbitres uniques. Pour les présidents, la Cour en a désigné 45%, les coarbitres 45% et les parties 10% (Bull. de la Cour, statistiques 2004 à 2010)

**3. Choix déterminant.** Ce choix est crucial parce qu'il détermine le déroulement et l'issue de la procédure arbitrale qui est sans appel. L'adage tant galvaudé : tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage est une réalité incontournable.

James Carter, un grand nom de l'arbitrage américain, écrivait en 1994 : the top three subjects in international arbitration are the arbitrators, the arbitrators, the arbitrators<sup>1</sup>. Par cette litanie, il voulait dire que le choix de l'arbitre est la clef de voute du système d'arbitrage et détermine le processus arbitral de bout en bout.

La crédibilité et l'efficacité de l'arbitrage reposent sur les qualités intrinsèques de l'arbitre.

Il n'existe pas de recette miracle pour désigner le bon arbitre parce que le choix de l'arbitre est à la fois important, difficile et semé d'embûches. Mais un certain nombre de précautions doivent être prises dans la désignation de l'arbitre afin de garantir à la procédure arbitrale un maximum d'efficacité. Qu'est ce qui pourrait guider les parties et leurs conseils dans le choix de l'arbitre ? Ce choix est déterminé par des facteurs subjectifs et des facteurs objectifs.

## **I- FACTEURS SUBJECTIFS**

Les parties ont tendance à désigner l'arbitre qu'elles connaissent, en qui elles ont confiance et qui est souvent de la même nationalité.

### **1. La connaissance de l'arbitre**

La tendance naturelle est de vouloir nommer un arbitre que les parties ou leurs conseils connaissent. Mais ce choix est risqué s'il y a le moindre soupçon de conflit d'intérêt avec les parties ou leurs conseils. La vertu cardinale de l'arbitre est son indépendance<sup>2</sup>. C'est parce qu'il doit être indépendant que l'on lui confère le pouvoir de juger. C'est l'essence même de toute fonction juridictionnelle. C'est pourquoi l'arbitre pressenti doit, par écrit, déclarer, lorsqu'il accepte sa mission, toutes

---

<sup>1</sup> The selection of arbitrators, WIPO Genève 1994, 147

<sup>2</sup> M. Henry : Le devoir d'indépendance de l'arbitre, LGDJ 2001

circonstances de nature à susciter des doutes quant à son impartialité et à son indépendance<sup>1</sup>. Cette obligation de révélation doit être aussi large que possible.

Avec Internet, les parties et les conseils se livrent à une enquête minutieuse sur la vie professionnelle et privée de l'arbitre pour essayer de détecter des liens, aussi ténus soient-ils, avec l'autre partie et ses conseils. Tous les motifs, même des plus saugrenus, sont bons pour récuser un arbitre dont on ne souhaite pas la nomination. On est allé jusqu'à demander l'annulation d'une sentence au motif qu'un arbitre et l'avocat ou l'une des parties sont « amis » sur Facebook.

La contestation de l'indépendance ou de l'impartialité de l'arbitre peut donner lieu à deux procédures pendant les deux temps forts du processus arbitral : pendant la phase de désignation de l'arbitre par la procédure de récusation ; si celle-ci n'aboutit pas, après le prononcé de la sentence, par le recours en annulation qui est susceptible de remettre en cause la validité de la sentence.

Dès lors, la première précaution à prendre est de choisir un arbitre au dessus de tout soupçon ou qui fait une déclaration d'indépendance qui révèle tous les liens directs ou indirects qui le lient aux parties ou à leurs conseils de manière à purger sa désignation de toute contestation ultérieure et à immuniser définitivement la procédure d'arbitrage contre toute remise en cause de l'indépendance de l'arbitre.

## **2. La confiance**

Les arbitres doivent susciter l'adhésion et la confiance des parties. C'est le gage d'une procédure apaisée, loin des incidents et des polémiques stériles et dans laquelle les parties font preuve de bonne volonté et de collaboration active. Les arbitres de leur côté doivent faire preuve de loyauté<sup>2</sup> à l'égard de toutes les parties. Cette loyauté doit se manifester au premier chef par l'observation d'une obligation de révélation renforcée<sup>3</sup> qui calme les appréhensions des parties sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres.

La notoriété, la réputation et l'expérience des arbitres contribuent à asseoir cette confiance.

---

<sup>1</sup> Article 327-6 al.2 du Code marocain de procédure civile

<sup>2</sup> G. Augendre : Loyauté et impartialité de l'arbitre, Gaz. Pal. 23 et 24 mai 2012, 21

<sup>3</sup> L. Weiller : L'irrésistible ascension de l'obligation de révélation, Procédures 2012, com. 73

### **3. La nationalité**

La nationalité de l'arbitre est très souvent un critère de sélection important dans l'arbitrage international. Une partie peut avoir intérêt à nommer un compatriote de même culture<sup>1</sup> qui partage les mêmes valeurs et la même conception de la justice.

## **II- FACTEURS OBJECTIFS**

Dans la recherche de l'arbitre idéal, les parties se déterminent par rapport à sa disponibilité, à son profil professionnel et à sa connaissance de la langue de l'arbitrage et du droit applicable.

### **1. La disponibilité**

Il faut vérifier la disponibilité de l'arbitre. Dans la mesure où l'arbitrage international fonctionne souvent en circuit fermé et que l'on retrouve les mêmes arbitres dans la plupart des dossiers d'arbitrage, ces derniers sont submergés et ont du mal à agir avec la célérité voulue. Cette situation se répercute fatalement sur les délais de l'arbitrage. Il n'est pas rare de voir les arbitres mettre plusieurs mois après l'ordonnance de clôture avant de rendre leur sentence. Un sondage effectué par le Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG) en 2010 a révélé qu'à la question : « quels sont les facteurs qui contribuent à augmenter l'efficacité de l'arbitrage », 100% des sondés ont répondu : la disponibilité de l'arbitre<sup>2</sup>.

Cette disponibilité est donc un facteur de l'efficacité de la procédure arbitrale. Elle conditionne la durée de la procédure qui est une préoccupation majeure des parties en litige et un des principaux attraits de l'arbitrage. C'est pourquoi la Cour Marocaine d'Arbitrage prend soin de faire signer par les arbitres, en même temps que la déclaration d'indépendance, une déclaration de disponibilité. La CCI exige des arbitres pressentis qu'ils indiquent le nombre de dossiers d'arbitrage dans lesquels ils sont impliqués en qualité de président, de co-arbitres ou de conseils.

Pour inciter les arbitres à la célérité, le Règlement de la CCI stipule que la Cour prendra en considération la durée et la conduite de la procédure pour la fixation des honoraires des arbitres.

---

<sup>1</sup> P. Lalive : Sur des dimensions culturelles de l'arbitrage international, Mélanges K Skubiszewski, Kluwer 1996, 783

<sup>2</sup> [http : //kluwarbitrationblog.com](http://kluwarbitrationblog.com), 16 juil. 2010

En effet, Les parties n'ont pas seulement droit à un procès équitable, mais aussi à un procès qui se dénoue dans un délai raisonnable. Les prolongations répétées et injustifiées de délai peuvent mettre en cause la responsabilité civile des institutions d'arbitrage et des arbitres parce qu'elles ont un coût qui est supporté par les parties.

On a relevé à l'heure que l'on souhaite des arbitres disponibles, qui ont du temps à conserver au dossier, mais en même temps, on tient à nommer souvent les grands noms des arbitres qui par définition sont submergés de dossier.

Cette exigence de disponibilité peut être liée à l'obligation pour l'arbitre de s'acquitter personnellement de sa mission. Les arbitres professionnels ont des collaborateurs qui les assistent dans le traitement des dossiers d'arbitrage qui leur sont confiés. Lorsqu'ils sont présidents de tribunaux arbitraux, ils tiennent à nommer une collaboratrice secrétaire du tribunal arbitral dont les frais sont pris en charge par les parties. Dans la pratique, la fonction de secrétaire va au-delà d'une tâche purement administrative ou de service support. Elle consiste à résumer les mémoires, à rédiger des notes, à faire des recherches doctrinales et jurisprudentielles, à préparer les projets d'ordonnance de procédure et de sentence. De ce fait, la secrétaire du tribunal peut influencer sur la décision à travers le travail préparatoire qu'elle fait pour le président. Il suffit que ce dernier soit sur plusieurs fronts pour se rallier à l'avis de la secrétaire qui est en même temps sa collaboratrice. Même les correspondances avec les arbitres et les parties sont envoyées de la boîte mail de la collaboratrice. La mention du nom du président en signature est souvent purement formelle. Cette situation, poussée à son extrême, équivaut à une délégation des fonctions et du pouvoir de juger du président à la secrétaire. C'est fâcheux lorsqu'on connaît le rôle départiteur du président qui doit arbitrer entre les positions souvent divergentes de ses co-arbitres.

L'un des paradoxes inhérents au choix de l'arbitre, c'est que les parties souhaitent la désignation d'arbitres disponibles, qui ont du temps à consacrer à leur dossier, mais en même temps, souvent à l'initiative de leurs conseils, tiennent à nommer les grands noms de l'arbitrage qui, par définition, sont submergés de dossiers, en qualité d'arbitre ou en qualité de conseil.

## **2. le profil professionnel de l'arbitre**

L'arbitre doit-il être un juriste (professeur de droit, avocat, conseil juridique, ancien magistrat) ou un homme de l'art (ingénieur, architecte, expert comptable, financier...). Lorsque le dossier ne soulève que des problématiques juridiques, le choix d'un juriste s'impose de lui-même. Lorsque, en revanche, les aspects techniques conditionnent la solution du litige, n'est-il pas mieux indiqué de faire

appel aux spécialistes de ces questions pour éviter de tomber dans les errements judiciaires qui consistent à recourir systématiquement aux expertises pour peu que le dossier comporte une dimension technique. Mais d'un autre côté, il est difficile pour un non juriste de conduire une procédure arbitrale, qui peut être émaillée d'incidents, face à des avocats aguerris qui n'hésiteront pas à lui rendre la tâche difficile, et même à le déstabiliser. Dans cette situation, les risques d'une annulation de la sentence ne sont que plus grands.

La solution idéale serait que le président soit un juriste et que l'un ou les deux co-arbitres soient des hommes de l'art. A tout prendre, une partie a intérêt à nommer un juriste et à engager dans son équipe un expert qui sera appelé à éclairer le tribunal arbitral sur les aspects techniques du dossier.

Les parties sont libres d'exiger des arbitres des qualifications particulière : un diplôme, l'exercice d'une profession ou d'une activité, une expérience professionnelle, la connaissance d'une ou de plusieurs langues ou la connaissance d'un droit particulier.

### **3. La langue**

L'arbitre doit bien évidemment maîtriser la langue de l'arbitrage, et s'il y a lieu, la langue dans laquelle sont rédigés les documents contractuels et les pièces qui seront versées aux débats. Ce qui évite de les traduire dans la langue de l'arbitrage et, le cas échéant, d'avoir recours à la traduction simultanée en cas d'audition de témoins et/ou d'experts. On rencontre de plus en plus d'arbitrages qui sont conduits en anglais, mais dans lesquels toute la documentation est en français et vice-versa.

### **4. Le droit applicable**

L'arbitre doit avoir une parfaite connaissance du droit applicable ou, à tout le moins, du système juridique dans lequel s'intègre le droit applicable. Un arbitre issu de la common law aura des difficultés à appréhender les mécanismes de droit civil et inversement. La différence est patente en particulier dans les modes d'administration de la preuve. Un arbitre de tradition civiliste est peu habitué aux procédures de discovery, d'examination et de cross examination.

En conclusion, il convient de relever que le libre choix de l'arbitre est le point fort de l'arbitrage, mais en même temps la source de toutes les dérives si on fait le mauvais choix. C'est un choix décisif auquel les parties doivent accorder le maximum d'attention dans le cadre d'une stratégie bien arrêtée qui tient compte de la nature de l'affaire et du profil souhaité de l'arbitre.