

Aspects de l'arbitrage international dans le droit et la pratique des pays arabes

Cour de Cassation Française

Paris 13 juin 2007

Le choix de l'arbitre : le point de vue des institutions d'arbitrage

Vers une responsabilité partagée

MOHAMED ABDEL RAOUF*

INTRODUCTION

- 1- L'arbitrage, par lequel les parties conviennent de soumettre leurs différends au jugement de particuliers qu'elles choisissent, représente un moyen efficace et rapide de règlement des litiges commerciaux. Trouvant ses origines dans les temps les plus reculés¹, répandu à travers la plupart des pays et unanimement reconnu, l'arbitrage serait d'une importance telle qu'on ne saurait concevoir d'économie moderne sans l'arbitrage.
- 2- En l'absence de véritable juridiction internationale compétente, l'arbitrage s'est imposé fort logiquement comme le mode normal et assurément le plus répandu de règlement des litiges du commerce international, de telle sorte que ses institutions permanentes sont devenues de véritables juridictions du commerce international.
- 3- Les caractéristiques de l'arbitrage répondent en effet le mieux aux besoins *sui generis* de règlement des différends en matière de contrats internationaux. Délibérément recherché pour échapper à des tribunaux étatiques gardant leur caractère national, il apparaît comme la meilleure voie pour résoudre les différends entre parties de nationalités, de traditions juridiques et de droits différents.

* Avocat et Docteur en Droit, Secrétaire Général du Centre Régional du Caire pour l'Arbitrage Commercial International. mohamed@abdelraouf.com

¹ En terre d'Islam par exemple, la validité sinon le domaine de l'arbitrage n'a jamais été mise en cause, car elle est bien établie au regard des diverses sources du droit musulman, cf., **A.H. EL-Ahdab**, L'arbitrage dans les pays arabes, Paris, Economica, 1988, p. 6 et s.

- 4- Dans les pays arabes, après une longue période de franche hostilité puis d'hésitation, les années quatre-vingt ont consacré un changement aussi bien quantitatif que qualitatif dans l'attitude à l'égard de l'arbitrage commercial international². Il suffit pour s'en rendre compte de se référer aux législations arabes sur l'arbitrage qui sont allées jusqu'à autoriser le recours des personnes publiques à l'arbitrage³. On observe également que le nombre des parties arabes à des arbitrages internationaux n'a cessé d'augmenter et que ces mêmes parties arabes agissent non seulement en qualité de défenderesses, mais de plus en plus en qualité de demanderesses⁴.

- 5- La liberté sur laquelle se fonde l'arbitrage est indubitablement la condition fondamentale de la confiance qui distingue l'institution d'arbitrage de l'institution judiciaire. *«L'institution arbitrale vit de la confiance, l'institution judiciaire de l'obéissance»*⁵.

- 6- La première liberté est celle d'y recourir ainsi que celle qui lui est intimement liée, le choix de l'arbitre. Ce choix est un sujet important et faussement simple (faut-il rappeler l'adage qui dit *«tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage»*). Aussi, un

² **M. Bedjoui**, "Monde arabe dans l'arbitrage CCI", in "L'arbitrage commercial international dans les pays arabes", Bull. de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, vol.3, n°1, mai 1992, pp. 7-20. Cf., dans le même sens, **Fathi Kemicha**, "future perspectives of international commercial arbitration in the arab countries", in ICCA, Conférence de Bahreïn, 14-16 février 1993, ICCA congress series n°6, éd. Kluwer, 1994, pp. 221-237, spéc., pp.222-223; **Bruno Oppetit**, "Philosophie de l'arbitrage commercial international", J.D.I. 1993, n°4, pp. 811-815, spéc., pp. 815-816 ; **Nathalie Najjar**, L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, L.G.D.J., 2004.

³ Pour **le Liban**, l'article 809 du nouveau Code de procédure civile libanais (décret législatif 90/83) disposant que "*l'Etat, ainsi que toutes les personnes morales de droit public, peuvent recourir à l'arbitrage international*", Rev. arb., 1993, p.759; pour **la Tunisie**, loi n° 42/93 du 26 avril 1993 portant promulgation du Code de l'arbitrage dont l'art.7-5 autorise les personnes publiques à recourir à l'arbitrage en matière internationale en ces termes : "*On ne peut compromettre : ...5) dans les contestations concernant l'Etat, les établissements publics à caractère administratif et les collectivités locales, à l'exception des contestations découlant de rapports internationaux, d'ordre économique, commercial ou financier (...)*", Rev.arb. 1993, p.723; pour **l'Algérie**, le décret législatif n° 93-09 du 25 avril 1993 dont l'article 1^{er} dispose que "*les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations commerciales internationales*", Rev.arb. 1993, p. 478; pour **l'Egypte**, loi n° 9 de 1997 ajoutant un deuxième alinéa à l'article 1^{er} du Code égyptien sur l'arbitrage en matière civile et commerciale (Loi n°27 de 1994) disposant que "*l'accord pour recourir à l'arbitrage dans les litiges relatifs aux contrats administratifs est donné par le Ministre compétent ou l'autorité compétente en ce qui concerne les personnes de droit public (...)*", Rev.arb. 1997, n° 2, p.311.

⁴ Selon les statistiques commentées par **M. Bedjoui**, sur les 760 affaires intéressant des parties arabes au cours de la période 1981-1990, 279 ont été demanderesses et 481 défenderesses, op.cit., p. 10.

⁵ Le délégué du Brésil participant à la conférence de La Haye de 1907 sur le règlement des différends entre Etats.

praticien américain a écrit : «*The top three subjects in international arbitration are the arbitrators, the arbitrators, the arbitrators*»⁶.

- 7- En droit comparé, la liberté des parties quant à la désignation des arbitres est le principe. Elle est reconnue, par exemple, par la loi type de la CNUDCI de 1985, et ensuite par toutes les lois nationales qui l'ont adoptée plus ou moins fidèlement⁷, en ce qui concerne le nombre et la procédure de nomination des arbitres⁸.
- 8- Cette liberté de choix, si elle est aujourd'hui pleinement consacrée par les lois nationales⁹, ne l'était pas toujours. En effet, il existait des restrictions légales liées au sexe de l'arbitre, à sa nationalité, religion ou profession¹⁰.
- 9- Reflets d'une conception juridictionnelle et nationaliste de l'arbitrage, ces restrictions n'ont guère de sens dans l'arbitrage international, dont elles contredisent la nature et la finalité. Ainsi, la loi type de la CNUDCI écarte les exclusions basées sur la nationalité de l'arbitre en prévoyant que «*nul ne peut en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties*»¹¹. Toute discrimination légale dans ce domaine est donc écartée et si la volonté contraire des parties est réservée, c'est surtout pour leur permettre de convenir que tel ou tel arbitre sera d'une nationalité tierce, de manière à garantir sa neutralité.
- 10- Toutefois, la liberté de choix du juge arbitral n'est pas absolue. Elle connaît certaines limites, imposées par le respect de principes supérieurs d'une bonne administration de la justice. Certaines de ces limites consistent à exiger que les arbitres choisis soient surtout en mesure d'être indépendants et impartiaux.
- 11- Sous réserve de ces deux conditions classiques, la qualité, la spécialité professionnelle et toute autre exigence tenant à la personnalité des arbitres choisis ou à choisir importent peu. Le principe est donc que les parties ont la faculté de

⁶ **James H. Carter**, The selection of Arbitrators, in *Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes*, WIPO Geneva, 1994, p.147.

⁷ Pour les pays arabes : les lois tunisienne de 1993, égyptienne de 1994, bahreïnienne de 1994, omanaise de 1997 et jordanienne de 2001. Selon l'article (17/1) de la loi égyptienne sur l'arbitrage, «*les deux parties à l'arbitrage peuvent convenir de désigner les arbitres ainsi que du mode et du moment de leur désignation. (...)*».

⁸ Art. 10, para. 1 et art. 11, para. 2.

⁹ Par exemple, la loi égyptienne sur l'arbitrage prévoit dans son article (16/2) que sauf stipulation contraire des parties à l'arbitrage ou dispositions d'un texte de loi, l'arbitre n'a pas à être d'un sexe ou d'une nationalité déterminée.

¹⁰ Cf., pour de plus amples développements sur ces restrictions légales, **Pierre Lalive**, «Le choix de l'arbitre», in : *Mélanges Jacques Robert, «libertés»*, Montchrestien, Paris 1998, pp. 353-363.

¹¹ Article 11, para. 1.

choisir n'importe quel arbitre ; mais elles sont également libres de convenir de restreindre leur choix.

- 12- Dans les arbitrages institutionnels, l'intervention des institutions d'arbitrage et l'application de leurs règlements d'arbitrage facilitent incontestablement la constitution du tribunal arbitral, car même si les parties conservent un rôle dans cette phase, tout est prévu pour que les institutions d'arbitrage ne se trouvent pas bloquées par la réticence des parties ou par leur désaccord.
- 13- Malgré la diversité de leurs structures et de leurs activités, les institutions d'arbitrage jouent souvent un rôle assez proche en matière de constitution du tribunal arbitral. Ce rôle est pleinement reconnu à travers la force obligatoire de leur règlement au cas où les parties s'y sont référées.
- 14- Certains règlements d'arbitrage exercent une influence très large sur la pratique arbitrale en la matière. C'est le cas notamment du Règlement d'arbitrage de la CCI et du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, initialement destiné aux arbitrages *ad hoc*, mais qui est devenu un modèle pour de nombreuses institutions arbitrales, tel que le Centre Régional du Caire pour l'Arbitrage Commercial International («CRCICA»), qui l'a adopté dès sa création en 1979 en y apportant quelques amendements¹².
- 15- Mais, on entend parfois que les règlements des institutions d'arbitrage tendent à limiter la liberté des parties quant au choix des arbitres¹³. D'où la question de savoir si les centres sont moins bien placés que les parties pour choisir les arbitres. Autrement dit, est-ce que les parties et/ou leurs conseils sont toujours en connaissance de cause quant au choix des arbitres ? Est-ce que le choix porte des risques différents lorsque les parties ou l'institution d'arbitrage choisissent les arbitres ?
- 16- Selon MM. Fouchard, Gaillard et Goldman, la plus grande efficacité de l'arbitrage «organisé» ou «administré» est obtenu au prix d'un certain «affaiblissement» de la relation de confiance personnelle qui devrait unir les parties et les arbitres, d'une plus grande lourdeur dans la mise en place du tribunal arbitral sans pour autant toujours donner aux parties les garanties de bonne justice que celles-ci peuvent attendre des juridictions publiques¹⁴.

¹² Ces amendements ont été adoptés afin d'adapter le Règlement de la CNUDCI à l'arbitrage institutionnel et de satisfaire les besoins des praticiens ainsi que pour faire face à la pratique moderne, les développements récents et le droit comparé en la matière. Il est à noter que le CRCICA est une organisation internationale indépendante à but non lucratif. Selon l'accord de siège, le CRCICA et ses filières bénéficient de tous les privilèges et immunités d'une organisation internationale indépendante en Egypte.

¹³ Cf., en ce sens, **Eric Robine**, «Le choix des arbitres», *Rev. arb.*, 1990, No. 2, pp. 315-336. Selon lui, 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*.

17- C'est cette relation de confiance entre les arbitres et les parties aux arbitrages institutionnels que nous aborderons à travers l'examen du rôle des institutions d'arbitrage en matière de choix du juge arbitral, en distinguant entre le rôle de ces institutions (notamment le CRCICA) lors de la constitution initiale du tribunal arbitral (A) et lors du règlement d'incidents ultérieurs affectant la constitution du tribunal arbitral (B).

A) LA CONSTITUTION INITIALE DU TRIBUNAL ARBITRAL

18- Toutes les institutions d'arbitrage prévoient dans leur règlement un mécanisme de désignation des arbitres. Il est constant qu'ils se réservent toujours un rôle dans cette désignation. Leur intervention aura lieu soit à titre principal, soit à titre subsidiaire.

19- Concernant le nombre d'arbitres, les centres laissent le plus souvent aux parties le soin de le fixer, mais leur choix se limite à un ou trois. Tout en laissant le dernier mot aux parties, certains règlements manifestent une préférence pour un arbitre unique, d'autres pour trois¹⁵.

20- Quant aux modalités de désignation des arbitres, elles sont très généralement les suivantes :

- i. L'arbitre unique est désigné d'un commun accord ;
- ii. Si trois arbitres sont prévus, chaque partie désigne un arbitre, et le troisième est ensuite désigné d'un commun accord par les deux premiers ;
- iii. L'autorité de nomination n'intervient qu'à titre subsidiaire, pour suppléer une partie défaillante et pour désigner l'arbitre unique ou le troisième arbitre en cas de désaccord.

21- Tel est le rôle minimum que se reconnaissent les institutions d'arbitrage les plus respectueuses de la liberté des parties quant au choix des arbitres, y compris le CRCICA¹⁶.

¹⁴ **Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman**, Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, Litec, 1996, n°974, p.561.

¹⁵ C'est le cas du Règlement du CRCICA dont l'article (5) prévoit que «*si les parties n'ont pas convenu antérieurement du nombre d'arbitres (c'est à dire un ou trois) et si, dans les quinze jours de la réception par le défendeur de la notification d'arbitrage, les parties n'ont pas convenu qu'il n'y aura qu'un seul arbitre, il sera nommé trois arbitres*».

¹⁶ Articles 6-8.

- 22- Lorsque les parties sont convenues que le différend sera tranché par un arbitre unique, certains règlements prévoient que le centre nomme lui-même l'arbitre. D'autres règlements sont plus souples comme celui du CRCICA qui n'intervient qu'à défaut d'un choix opéré par les parties.
- 23- En règle générale, et dans l'hypothèse où les parties ne parviennent pas à nommer l'arbitre unique ou le président dans un tribunal composé de trois arbitres, ou aussi lorsque le centre est désigné comme l'autorité de nomination, le centre se charge de cette nomination, pourvu que les parties ne se soient pas accordées sur une autre autorité de nomination. Dans ce but, certaines institutions possèdent des listes comprenant les noms des arbitres, mais ces listes sont parfois facultatifs, les parties ayant la faculté de désigner le ou les arbitres sans être obligées d'y recourir¹⁷.
- 24- Il est beaucoup plus rare que le centre se réserve le pouvoir de désigner seul et directement le troisième arbitre, voire tous les arbitres¹⁸. En revanche, de nombreux centres se réservent le pouvoir de refuser la désignation d'arbitres¹⁹ ou plutôt de les confirmer ou de ne pas le faire²⁰. L'institution peut ainsi s'assurer de la qualification et de l'indépendance de tous les arbitres et prévenir les difficultés résultant d'un arbitrage mal conduit ou d'incidents de récusation.
- 25- Un autre aspect important de l'intervention des institutions d'arbitrage apparaît dans les arbitrages multipartites où il y a une pluralité de demandeurs ou de défendeurs. En effet, certains règlements prévoient qu'à défaut d'une désignation conjointe dans de tels cas et de tout autre accord entre les parties sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, l'institution peut nommer tous les arbitres et désigner l'un d'entre eux en qualité de président²¹.
- 26- Par ailleurs, pour déterminer de manière générale quels sont les arbitres qui peuvent être choisis, les règlements des institutions arbitrales se montrent plus ou moins libéraux. Ils n'édicent aucune restriction et n'imposent aucune qualification particulière. N'importe quel arbitre peut donc être choisi.
- 27- Ainsi, les institutions d'arbitrage interviennent la plupart du temps à défaut d'un choix opéré par les parties, afin de les aider à constituer le tribunal arbitral. Reste à chaque partie et/ou à son conseil de choisir les règlements en fonction de la liberté

¹⁷ C'est le cas du CRCICA qui, par contre, est obligé de passer par les listes en nommant des arbitres au lieu des parties.

¹⁸ C'est le cas de la LCIA (art. 3.3) qui, à titre exceptionnel, autorise cependant les parties, si la convention d'arbitrage le stipule, à désigner les deux premiers arbitres, mais jamais le troisième.

¹⁹ LCIA (art. 3.3 et 3.5). Il est à noter que selon l'article (7 bis) du nouveau Règlement du CRCICA, qui entrera en vigueur dans les semaines à venir, celui-ci aura, pour la première fois depuis sa création, le pouvoir de refuser la désignation des arbitres.

²⁰ CCI (art. 9).

²¹ CCI (article 10), CRCICA (article 8 bis) et LCIA (article 8.1).

qu'ils leur donnent. Le rôle de ces institutions ne s'arrête pas là ; elles sont appelées à intervenir également pour régler les incidents survenant après la constitution du tribunal arbitral.

B) REGLEMENT D'INCIDENTS ULTERIEURS

- 28- Un des avantages de l'arbitrage institutionnel sur l'arbitrage *ad hoc* est de toujours prévoir les incidents qui vont affecter un tribunal arbitral déjà constitué. Ainsi, le décès ou l'empêchement d'un arbitre entraîne évidemment son remplacement. Il en est ainsi également en cas de démission, mais celle-ci peut donner lieu à difficulté, si elle est intempestive et a un effet, sinon un but dilatoire. Dans ce cas, certains centres prévoient la possibilité (encore rare) d'autoriser le tribunal arbitral à poursuivre sa mission avec seulement deux arbitres²².
- 29- Dans la même perspective, le Groupe de Travail de la CNUDCI a récemment examiné la question de l'existence des circonstances dans lesquelles les arbitres eux-mêmes, et non une partie, devraient être autorisés à décider soit de poursuivre la procédure en tant que tribunal incomplet, soit de demander à l'autorité de nomination d'approuver cette poursuite de la procédure. Il a toutefois été souligné qu'autoriser le tribunal arbitral à poursuivre la procédure en tant que tribunal incomplet risquait de ne pas offrir de garanties suffisantes aux parties, en particulier en cas de collusion entre les arbitres²³.
- 30- Par ailleurs, les règlements des institutions d'arbitrage prévoient souvent que l'institution peut mettre fin aux fonctions d'un arbitre négligent ou inapte²⁴.
- 31- Auparavant, l'institution d'arbitrage a dû régler un autre incident délicat, né d'une récusation d'un arbitre par une partie. Si l'arbitre récusé ne se déporte pas, la difficulté est portée devant l'organe compétent du centre, qui statue sur le bien ou le mal fondé de la récusation. Dans tous les cas où un arbitre a cessé ses fonctions, il doit être remplacé.
- 32- En principe, les règlements institutionnels prévoient que ce remplacement s'effectue dans les mêmes conditions et selon la même procédure que la nomination initiale de l'arbitre remplacé. Il arrive cependant que pour gagner du temps (ou pour décourager les manœuvres dilatoires) le centre se réserve le pouvoir de procéder directement à ce remplacement, et qu'il prévienne que la procédure ne sera pas nécessairement recommencée, en tout ou en partie²⁵.

²² AAA (art. 11).

²³ Rapport du Groupe de travail de la CNUDCI sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-sixième session (New York, 5-9 février 2007).

²⁴ LCIA (art. 3.6) et CRCICA (nouvel article 12 bis).

²⁵ AAA (art. 11.2).

- 33- Pour ce qui est du CRCICA, l'article (14) de son Règlement prévoit qu'en cas de remplacement de l'arbitre unique ou du président du tribunal arbitral, la procédure orale qui a eu lieu avant le remplacement doit être répétée. Par contre, s'il s'agit du remplacement d'un autre arbitre, la décision de répéter cette procédure est laissée à l'appréciation du tribunal arbitral²⁶.
- 34- En résumé, nous pouvons affirmer qu'après la constitution du tribunal arbitral, le rôle des institutions d'arbitrage est particulièrement de prévenir les incidents susceptibles d'affecter le déroulement de la procédure arbitrale et d'éviter les irrégularités procédurales.

CONCLUSION

- 35- Dans une récente étude sur les attitudes et pratiques des sociétés en matière d'arbitrage commercial international, il apparaît que le choix des arbitres par les parties elles-mêmes est l'un des facteurs déterminants quant à la décision de recourir à l'arbitrage²⁷. Ceci explique pour certains la faveur dont jouit l'arbitrage *ad hoc*. Mais, en optant pour ce dernier, les parties risquent de rater la chance d'être encadrées et assistées par un centre spécialisé.
- 36- Il est vrai que l'arbitrage est à base de liberté et que la liberté du choix des arbitres est une condition fondamentale de la confiance qui nourrit l'institution toute entière. Mais, l'exercice de cette liberté implique aussi une responsabilité, une responsabilité qui devrait être partagée entre les institutions d'arbitrage et les parties.
- 37- Pour ce qui est des institutions d'arbitrage, elles ne devraient intervenir qu'à titre supplétif et non directif, c'est-à-dire en cas de désaccord des parties ou de carence. Parallèlement, elles doivent dissiper toute méfiance quant à la qualité de leurs listes²⁸, notamment en les étendant à des jeunes arbitres afin de les former, cassant ainsi le présumé cercles d'arbitres.

²⁶ Il est à noter que la Cour d'appel du Caire, dans un arrêt récent, a annulé une sentence arbitrale CRCICA pour violation d'une règle impérative prévue dans l'article (167) du Code égyptien de procédures civiles et commerciales selon laquelle le juge qui n'a pas assisté aux plaidoiries ne peut pas participer aux délibérations. Selon la Cour, cette règle prévaut sur l'article (14) du Règlement du CRCICA. Arrêt du 27/12/2006 non publié.

²⁷ International arbitration: Corporate attitudes and practices, 2006, par PriceWaterHouseCoopers et le School of International Arbitration, Queen Mary University of London, p.6.

²⁸ Selon **Pierre Lalive**, les seules listes véritablement utiles aux praticiens sont orales, et aussi souvent «noires» que blanches, «Le choix de l'arbitre», op.cit., p. 12.

- 38- Quant aux parties (et leurs conseils), ils devraient profiter de la liberté qui leur est offerte par la majorité des institutions d'arbitrage en choisissant leurs arbitres d'une manière responsable.
- 39- Toutefois, cette liberté de choisir "leur" arbitre, n'est pas toujours, loin de là, exercée en connaissance de cause; elle l'est même parfois contrairement à tout bon sens, par simple ignorance ou pour des raisons personnelles sans rapport avec le litige et les qualités nécessaires pour le comprendre et le juger. Il arrive également que des motifs d'amitié, de relations sociales, de "renvois d'ascenseur" soient la seule explication à telle ou telle désignation parfois surprenante pour l'observateur.
- 40- A l'évidence, le choix par une partie d'un arbitre exige la participation d'un conseil, voire devrait être laissé 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 international. Or, comme l'a bien noté M. Lalive, la pratique nous enseigne que les erreurs ou les maladresses ne sont pas rares dans ce domaine²⁹.
- 41- Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que les arbitres, qu'ils soient désignés par les parties ou par les institutions d'arbitrage, interviennent pour régler des litiges de nature contractuelle. Il appartient alors aux parties contractantes elles-mêmes d'aborder les questions délicates et de tenter de dissiper les ambiguïtés par des stipulations précises. En réalité, les meilleurs contrats sont ceux dans lesquels toutes les parties trouvent leurs comptes et leurs intérêts, et que l'intention, la bonne foi, la volonté de coopérer des contractants sont les gages indispensables non seulement du succès de leur relation mais également des solutions équilibrées en cas de litige.
- 42- La solution équitable passe ainsi par les parties avant de passer par les arbitres. Ceci est indispensable pour une meilleure compréhension du rôle des institutions d'arbitrage en matière de choix du juge arbitral et, par conséquent, l'établissement d'une relation de confiance entre ces institutions et les parties.

²⁹ Ibid., p. 11.