

**afa**  
Association  
Française  
d'Arbitrage



Association **F**or domestic and international **A**rbitration

**Colloque annuel AFA - 2012**

**“ATTENTE DES ENTREPRISES EN MATIERE  
D’ARBITRAGE”**

---

**ALEXANDRE JOB**  
**Juriste d’Entreprise, Total S.A, Direction Juridique, Grands Contentieux**

**Lundi, 10 septembre 2012 à 18 heures, Espace Cambon – 46, rue Cambon Paris (1er)**

Je souhaite d'abord remercier l'Association Française d'Arbitrage (AFA), et plus particulièrement Geneviève Augendre, Noël Melin et le Professeur Charles Jarrosson d'avoir invité la Direction Juridique du groupe Total à participer à son colloque annuel<sup>1</sup>.

Malgré l'impossibilité pour Peter Herbel, Directeur Juridique du groupe Total, de participer à ce colloque, Total, en retour de l'invitation qui lui avait été faite, a souhaité y être représenté et tenir l'engagement pris à l'égard de l'AFA. « Pacta Sunt Servanda » dirais-je pour employer un adage cher à l'arbitrage !

Je souhaite également remercier les organisateurs de ce colloque de leur confiance :

Ouvrir la tribune qu'offre l'AFA à la Direction Juridique du groupe Total pour y exprimer ses attentes, préoccupations mais également ses critiques à l'égard de l'arbitrage est le signe d'une grande ouverture d'esprit et de la volonté de cette institution de s'intéresser à ses justiciables et d'être en prise directe avec eux. En ce sens, la démarche de l'AFA mérite d'être saluée car si l'on a l'habitude de voir avocats et arbitres s'exprimer sur le sujet, la parole de l'entreprise se fait trop rare alors même qu'elle est la première utilisatrice de l'arbitrage.

Enfin, si je ne parlerai bien évidemment pas au nom de Peter Herbel, les réflexions que j'entends partager avec vous reflètent néanmoins une préoccupation générale de la Direction Juridique du groupe Total.

\*\*\*

A titre liminaire, et afin de répondre une demande qui m'a été faite par le Professeur Jarrosson, quelques éléments d'information vous seront donnés concernant la pratique de l'arbitrage au sein du groupe Total.

Tout d'abord, on trouve fréquemment dans les contrats commerciaux conclus par des entités du groupe Total des conventions d'arbitrage notamment dans les contrats pétroliers, dans les contrats d'acquisition ou de cession ou encore dans les contrats maritimes, etc.

L'arbitrage institutionnel est généralement privilégié; le choix se porte plutôt sur les principales institutions internationales et, plus rarement, sur des institutions régionales.

A ce titre, la multiplication des institutions arbitrales, certaines à vocations internationales, d'autres régionales, certaines généralistes, d'autres sectorielles, est source de complication pour l'entreprise. Il n'est pas toujours aisé de s'y retrouver dans cette offre pléthorique. Pour sortir de cet état de confusion, il serait utile de faire un travail de recensement et d'évaluation de ces différents centres sur la base de critères objectifs à définir entre les acteurs de référence pour aider les entreprises à y voir plus clair et apprécier s'ils disposent tous de l'autorité morale, intellectuelle et économique que doit posséder tout centre qui prétend vouloir administrer des arbitrages.

L'arbitrage ad hoc conserve une certaine vigueur à travers le choix des règles d'arbitrage de la CNUDCI.

---

<sup>1</sup> Le style oral de l'intervention a été conservé. Les propos et opinions de l'auteur sont strictement personnels et n'engagent que lui.

Ensuite, l'arbitrage représente 6% des litiges recensés par le groupe Total dont l'enjeu financier dépasse 1 Million d'Euros ; les autres contentieux relèvent de la compétence des juridictions étatiques ou sont soumis à la médiation. Si ce pourcentage est faible, il faut reconnaître que les contentieux soumis à l'arbitrage emportent des enjeux financiers ou patrimoniaux importants.

Enfin, la convention d'arbitrage s'insère traditionnellement dans un processus contractuel plus large de résolution des litiges. Ainsi, le lancement d'une procédure d'arbitrage est généralement le constat de l'échec des phases préalables de négociation amiable (directement entre les parties) et/ou de médiation.

\*\*\*

C'est un lieu commun de dire que l'arbitrage international a connu un fort développement durant ces trente dernières années au point de s'imposer comme un mode usuel de règlement des différends internationaux.

Les raisons de ce succès sont connues de vous tous. Il n'y a pas lieu d'y revenir, sauf peut-être pour souligner que :

(i) d'une part, l'arbitrage est la méthode la mieux acceptée pour le règlement des différends commerciaux internationaux dès lors que les parties ne souhaitent pas soumettre un éventuel litige aux juridictions nationales de l'une d'entre elles. Un arbitrage vaut souvent mieux qu'un procès en terre inconnue !<sup>2</sup>

(ii) d'autre part, seul l'arbitrage ouvre la possibilité aux entreprises de faire trancher leurs litiges selon une procédure adaptée aux particularismes juridiques, culturels et économiques en jeu ce, par des juges prenant naturellement en compte les usages du commerce.

Si l'on en croit les statistiques récentes de quelques centres d'arbitrages tels la CCI, la LCIA, la SCC, pour ne citer que ceux-là, il semble que ce succès perdure.<sup>3</sup>

La CCI, par exemple, a enregistré 796 demandes d'arbitrage en 2011. Ce chiffre est légèrement supérieur à celui de l'année précédente. Dans le même temps, ce sont 508 sentences qui ont été rendues, ce qui constitue un record pour cette institution<sup>4</sup>. Les autres grandes institutions internationales connaissent de semblables progressions.

L'arbitrage donc se porte bien ! Et cela devrait encore continuer faute d'alternative crédible offerte aux opérateurs du commerce international. D'ailleurs, les sondages récents faits auprès des Directions Juridique d'entreprise sont clairement fixés en ce sens<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> J. Paulsson, E. Kleiman, *Arbitrage International : La construction de sa légitimité*, En Temps Réel, cahier n°47, septembre 2011.

<sup>3</sup> Voir par exemple : <http://www.arbitrationonline.org/research/ArbitrationInstitStat/index.html> ; [http://www.lcia.org/LCIA/Casework\\_Report.aspx](http://www.lcia.org/LCIA/Casework_Report.aspx) ; <http://www.sccinstitute.com/hem-3/statistik-2.aspx>.

<sup>4</sup> A. Job, J. Rosell, . *Rapport statistique 2011 de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) en matière d'arbitrage*, lemondeduroit.fr, 28 juin 2012 ; A. Mourre, *L'arbitrage ICC consolide en 2011 sa place de première institution mondiale d'arbitrage*, Echanges Internationaux, n°93, 2012, p. 11. Voir également : <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>.

<sup>5</sup> Voir *International Arbitration : Corporate attitudes and practices 2006* : Queen Mary School of Arbitration - PricewaterhouseCoopers, disponible sur <http://www.arbitrationonline.org>

Pourtant, on peut légitimement s'interroger sur les raisons de ce succès. Aujourd'hui près de la moitié des entreprises qui ont recours à l'arbitrage se déclare déçue par la manière dont les arbitres se sont acquittés de leur mission<sup>6</sup>. Et depuis près d'une décennie se sont multipliés les articles, colloques ou rapports dénonçant ce que certains ont qualifié de « dérives arbitrales »<sup>7</sup>.

Les critiques portent principalement sur les questions de coûts et de délais de la procédure d'arbitrage. Ces deux sujets sont, et c'est un fait incontestable, au cœur des attentes de l'entreprise.

D'ailleurs, en cas de litige, les premières questions qu'un opérationnel va poser au juriste d'entreprise sont les suivantes :

Combien de temps va durer la procédure ?

Combien va-t-elle coûter ?

Le juriste d'entreprise que je suis attend de l'arbitrage qu'il soit un mode équitable, efficace, flexible, discret de résolution des litiges dont le dénouement doit intervenir dans un délai compatible avec le rythme de vie de l'entreprise et pour un coût économiquement raisonnable.

Aussi, je vous propose de passer en revue un certain nombre de ces attentes que l'on peut articuler autour de deux thèmes : l'efficacité (I), d'une part, la confiance et la transparence (II), d'autre part.

\*\*\*

<sup>6</sup> Voir *2010 International Arbitration Survey – Choices in International Arbitration* : Queen Mary School of Arbitration, disponible sur [http://www. Arbitrationonline.org](http://www.Arbitrationonline.org).

<sup>7</sup> A. Clarke, *International Arbitration: Current Corporate Concerns*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 20/2, 2009 ; J-C Najar, *Inside Out: A User's Perspective on Challenges in International Arbitration*, Arbitration International, Volume 25(4), p. 515. M. Mc Ilwraith and R. Schroeder, *The View from an International Arbitration Customer: In Dire Need of Early Resolution*, Arbitration - The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators (2008) 74 ; P. Hobeck, V. Mahnken and M. Koebke, *Time for Woolf Reforms in International Construction Arbitration*, (2008) Int. A.L.R., Issue 2, p. 84. Pour d'autres dérives et abus affectant l'arbitrage (mais qui ne relèvent pas du champ de la présente étude) : M. de Boissésou, *L'arbitrage et la fraude (à propos de l'arrêt Fougerolle, rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992)*, Rev. arb., 1993 p. 3 ; B. Hanotiau, *Misdeeds, wrongful conduct and illegality in arbitral proceedings*, ICCA Congress Series, 2003, n° 11 ; J.S. Boedels et V. Ferré, *En finir avec les abus de l'arbitrage international*, Les Echos, 24 septembre 2012 ; E. Loquin, *L'arbitrage face à la corruption et à la fraude*, RTD com., 1994, p. 703.

## I. L'efficacité du processus arbitral

Deux points seront ici abordés :

- D'abord, les délais et les coûts (a) ;
- Ensuite, la flexibilité de la procédure (b).

### a. Les délais et les coûts<sup>8</sup>

Il convient de se féliciter de la reconnaissance par le droit français de l'arbitrage du principe de célérité, expressément consacré par le récent Décret du 13 janvier 2011<sup>9</sup>, qui s'impose tant aux arbitres qu'aux parties.

Il faut également saluer les initiatives qui ont été prises par un certain nombre de centres d'arbitrage<sup>10</sup>, dont l'AFA avec son nouveau règlement<sup>11</sup>, pour permettre aux procédures conduites sous leur égide de gagner en efficacité et en proposant même parfois aux arbitres des techniques de *Case Management*.

L'heure du bilan viendra et c'est à ce moment là que l'impact réel de ces mesures pourra être évalué et débattu. A ce titre, les entreprises ont un devoir de vigilance.

Cette exigence d'efficacité ne repose d'ailleurs pas que sur les seuls arbitres et institutions d'arbitrage, mais également sur les avocats ainsi que sur les entreprises qui doivent prendre leur part de responsabilité et adapter leur pratique de gestion des litiges en conséquence. La maîtrise des délais et des coûts doit être une préoccupation permanente de tous.

Pour autant, ce serait une erreur de croire que ce qui a été fait est suffisant et qu'il convient de s'en satisfaire.

Dans la continuité de ce qui a déjà été mis en œuvre, les centres d'arbitrage pourraient développer des sessions de formation en matière de *Case Management* et de sensibilisation des arbitres aux techniques de gestion de la procédure. Car n'est pas un *Case Manager* qui veut !

<sup>8</sup> Selon des statistiques internes au groupe Total qui remontent aux années 2006/2007, la durée moyenne des arbitrages dont il a eu à connaître se situe entre 3 et 5 ans ; Quant au coût moyen de ces procédures, il se situe entre 3 et 5 millions d'euros. Des données plus récentes mettent en évidence une hausse sensible des délais et des coûts. Pour une étude sur les coûts en matière d'arbitrage, *CI Arb Costs of International Arbitration Survey 2011*, <http://www.ciarb.org/conferences/costs/2011/09/28/CIArb%20costs%20of%20International%20Arbitration%20Survey%202011.pdf>.

<sup>9</sup> Article 1464 al. 3 du Code de procédure civile : « *A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques. « Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1. « Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure. « Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité. »* Pour une présentation de la réforme du droit français de l'arbitrage, P. Duprey, *Présentation du nouveau décret sur l'arbitrage* in : *L'arbitrage : principes et pratiques*, Les Cahiers du Conseil National des Barreaux, 2011, p. 14. Th. Clay (Dir), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011 ; E. Gaillard, P. de Lapasse, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, D. 2011, Chron. 175.

<sup>10</sup> Voir, par ex., *Techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI Vol. 18 N° 1, p. 23. Christine Lecuyer-Thieffry, *Le règlement d'arbitrage 2012 de la CCI : efficacité et transparence accrue*, Gazette du Palais, 5-7 février 2012, p. 12.

<sup>11</sup> <http://www.afa-arbitrage.com/>. Pour un commentaire du nouveau règlement d'arbitrage de l'AFA, D. Kühner, *The new AFA arbitration rules*, Journal of International Arbitration, 28 (5), 519 - 534, 2011.

En pratique, il n'est pas rare de constater que certains arbitres ne sont pas suffisamment armés et pas suffisamment formés pour gérer efficacement une procédure de bout en bout et sous tous ses aspects : juridique, matériel, organisationnel et humain. Si cela est inné pour certains, ce n'est pas le cas pour tous !

Mais il ne faudrait pas que l'exigence célérité conduise à des excès inverses à ceux dénoncés. Il ne faut pas confondre célérité et précipitation et faire de l'arbitrage une justice expéditive. La mission première de l'arbitre est de rendre une sentence arbitrale, méticuleusement motivée à l'issue d'une procédure conduite de manière contradictoire et équitable. C'est l'essence même de sa fonction juridictionnelle. Le devoir – que l'on peut qualifier d'*administratif* - qui incombe à l'arbitre d'agir avec célérité doit le conduire à être attentif aux délais de la procédure mais cela ne doit pas se faire au détriment du professionnalisme qui est attendu de lui, ni de la qualité et de la rigueur de la décision qui sera rendue. Il y a un équilibre à trouver entre célérité et qualité.

Dans la recherche de cet équilibre, l'arbitre se doit de garder à l'esprit que l'écoute est, en matière d'arbitrage, une attente primordiale des entreprises car c'est véritablement « un plus » qu'offre l'arbitrage par rapport à la justice étatique où les débats oraux sont généralement réduits à leur plus simple expression, où les témoignages sont quasi-inexistants et où les parties n'ont pas toujours le sentiment d'avoir eu l'occasion d'exposer pleinement leurs positions. Cette exigence d'écoute se traduit aussi par le souci de l'entreprise de faire comprendre à l'arbitre ses contraintes opérationnelles, commerciales ou économiques, ce à quoi le juge étatique n'est pas toujours sensible, centré qu'il est sur l'application objective de la règle de droit et contraint par le peu de temps qu'il peut consacrer à chaque affaire face au flux de dossiers auquel il doit faire face quotidiennement.

De même, l'arbitre gagnerait à rappeler aux parties, au tout début de la procédure, l'importance qu'il entend donner au devoir de coopération loyale des parties à l'arbitrage.

Il s'agirait en quelque sorte de moraliser la procédure et de rappeler à l'attention de tous les conséquences que pourraient avoir les tentatives de l'une ou l'autre des parties de présenter des demandes dilatoires pour faire dériver la procédure. L'arbitre a une arme pour sanctionner ces dérives, avec la répartition des frais dans la sentence finale<sup>12</sup>.

Un effort supplémentaire pourrait également être conduit pour assurer une meilleure prévisibilité des coûts à exposer par l'entreprise en cours de procédure :

(i) les avocats devraient, de manière plus systématique, proposer des prévisionnels d'honoraires pour tout ou partie de la procédure (peut-être les entreprises devraient-elles aussi le demander plus fréquemment),

(ii) les arbitres et les centres d'arbitrage devraient aussi donner à leurs utilisateurs une meilleure visibilité sur les coûts à venir. Il serait bon que les parties soient très tôt informées du coût prévisionnel des frais et honoraires d'arbitrage en leur donnant soit des indications sur l'indice minimum ou maximum du barème de frais et honoraires applicable ou, lorsque le

---

<sup>12</sup> Lors du prononcé d'une sentence partielle ou intérimaire, l'arbitre pourrait décider de statuer sur la répartition des coûts liés à cette phase de la procédure. M. E. Schneider, *Lean Arbitration: Cost Control and Efficiency Through Progressive Identification of Issues and Separate Pricing of Arbitration Services*, Arbitration International, Vol. 10, No. 2, 1994. Dans cet article, l'auteur suggère que la répartition des frais et honoraires soit faite demande par demande afin de responsabiliser les parties afin de limiter le risque de demandes frivoles.

montant des honoraires est fonction du temps passé, un estimatif du temps que l'arbitre estime devoir consacrer à l'instruction du litige compte tenu de ses caractéristiques propres.

Cela est difficile à mettre en œuvre en pratique, car le temps nécessaire à l'instruction d'un dossier dépend beaucoup du comportement des parties, du volume des écritures, de leur nombre, de l'importance du volume des pièces communiquées, etc. ; mais la difficulté n'est pas une raison suffisante pour se dérober devant l'obstacle.

Outre l'intérêt purement comptable et budgétaire pour l'entreprise, ces données financières, recouvrent deux avantages supplémentaires :

- d'une part, ce travail oblige à une implication rapide de l'arbitre dans la prise de connaissance des éléments de la procédure,
- d'autre part, cela permettrait aux entreprises de faire, au plus tôt, une évaluation la plus complète possible du litige dans toutes ses dimensions : factuelles, juridiques, temporelles, financières dont la mise en perspective avec l'enjeu réel du litige et la nécessité de préserver une relation commerciale établie peut conduire à encourager un règlement amiable.

(iii) la rationalisation des coûts passe enfin par une plus grande implication de l'entreprise dans la gestion de ses litiges. Cela impose donc une autre façon de travailler pour le juriste d'entreprise. Pour les dossiers les plus complexes, la procédure doit être gérée de la même manière que l'entreprise gère ses projets industriels, c'est-à-dire en « mode projet ». De la sorte, le juriste d'entreprise vient prendre une part plus active dans le suivi, la coordination et l'animation de la procédure d'arbitrage et valider l'ensemble des actions à prendre et fixer les objectifs à atteindre. Le contentieux n'étant que la poursuite de la stratégie d'entreprise par d'autres moyens, le juriste d'entreprise doit en être le garant pendant toute la durée de la procédure.

### **b. La flexibilité : l'ouverture vers des solutions alternatives**

L'une des caractéristiques de l'arbitrage est sa flexibilité. Ainsi, l'arbitrage plus que toute autre procédure juridictionnelle, permet d'ouvrir des passerelles vers une résolution amiable du litige. L'arbitre ne peut plus se contenter aujourd'hui de sa casquette de « juge » ; il doit aussi savoir se coiffer de celle d'un « facilitateur ».

Plus qu'aux parties (qui pour des raisons tactiques ne le feront pas toujours d'elles-mêmes par crainte de voir une telle proposition perçue comme un signe de faiblesse), c'est à l'arbitre de savoir proposer, au moment opportun et lorsque que les circonstances s'y prêtent, une tentative de conciliation ou de médiation en cours d'arbitrage. Cette proposition peut intervenir à tous les stades de la procédure.<sup>13</sup>

Dans un contexte de 'judiciarisation' de l'arbitrage un recours plus fréquent à ce type de passerelle rend à l'arbitrage une part de sa flexibilité perdue.

---

<sup>13</sup> Pour un exemple propre au groupe Total : Après deux années de pourparlers infructueux sur l'interprétation des stipulations d'un contrat d'opérateur industriel, un arbitrage est engagé sous l'égide de l'AFA. A deux mois, des plaidoiries sur le fond, les parties se sont accordées pour soumettre leur différend à la médiation. Un médiateur est rapidement désigné. En une semaine, un procès verbal de médiation a été signé entre les parties qui c'est par la suite concrétisée par la formalisation d'un accord transactionnel.

Cette attente s'inscrit dans la recherche par le groupe Total, sauf en cas de contentieux de principe, de solutions plus orientées sur la préservation de ses intérêts commerciaux.

L'arbitrage n'est pas une fin en soi pour l'entreprise. C'est un moyen d'atteindre un objectif : trouver une solution à un litige donné.

Si l'arbitre peut prendre l'initiative de proposer aux parties, dans les dossiers qui le justifient, des ouvertures vers une possible conciliation ou médiation, il ne doit pas pour autant porter ces deux casquettes en même temps.

Il n'y a rien de pire que l'arbitre qui pousse à tout prix les parties à transiger lorsque celles-ci ne le souhaitent pas. Cela peut conduire à des dérives, comme par exemple une sentence partielle qui statuerait sur le principe de la responsabilité - mais pas sur le quantum - en étant davantage inspirée par la volonté d'inciter les parties à transiger, en les renvoyant dos à dos, là où juridiquement une solution plus rigoureuse s'imposerait en termes de partage de responsabilité.

Il doit donc y avoir dans l'arbitrage un temps pour envisager la solution transactionnelle, au besoin à l'initiative de l'arbitre, mais aussi un temps pour dire le droit et juger avec toute la rigueur qu'impose la mission de l'arbitre.

C'est d'autant plus important que parfois, c'est parce que l'arbitre sera allé jusqu'au bout du processus arbitral, et aura rendu une sentence juste et rigoureuse en droit, que les parties prendront mieux conscience des droits et obligations que le contrat litigieux faisait peser sur elles. Cela sera susceptible d'aider les parties à régler leur conflit, autrement dit à dé-cristalliser les positions irrationnelles de chaque parties qui sont souvent à l'origine de ce conflit.

## **II. Confiance et transparence**

Face à certains errements de la pratique arbitrale, l'ensemble des acteurs de référence doivent s'interroger sur les nouveaux défis que doit relever l'arbitrage pour s'assurer de la confiance des entreprises et de leur adhésion à ce mode de règlement des litiges. C'est la légitimité même de l'arbitrage qui est alors en question<sup>14</sup>. Et les attentes de l'entreprise sont fortes en la matière.

Faute de temps, je n'aborderai que deux points.

- D'une part : la confiance dans l'arbitre **(a)**,
- D'autre part, la confiance dans les décisions rendues en cours de procédure arbitrale **(b)**.

---

<sup>14</sup> P. Tercier, *La légitimité de l'arbitrage*, Rev. arb. 2011, p. 653.

### a. La confiance dans l'arbitre

Le choix de l'arbitre est, pour l'entreprise, un moment clé du processus arbitral. Et le groupe Total y accorde une attention particulière<sup>15</sup>. Comme on a coutume de le dire « Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage »<sup>16</sup>.

Au-delà des qualités juridiques, scientifiques, techniques, linguistiques normalement attendues des arbitres, les entreprises accordent une grande importance à leur professionnalisme, leur expérience, leur disponibilité, mais aussi leur part d'humanité, et *last but not least* à leur indépendance et leur impartialité<sup>17</sup>.

La mission de l'arbitre est noble. L'arbitre est un juge. En tant que tel, il doit, aux yeux des justiciables, être irrécusable.<sup>18</sup>

Or, on a assisté ces dernières années à un développement du contentieux de la récusation et de l'annulation des sentences arbitrales fondés sur des manquements de l'arbitre à ses obligations d'indépendance et d'impartialité. C'est le signe d'une crise de confiance. Quant à la jurisprudence, on le voit, elle se montre de plus en plus sévère et exigeante dans son contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre. Exigeantes, les entreprises le sont aussi en ce domaine.

L'enjeu est d'importance puisque le manquement de l'arbitre à ces qualités essentielles peut conduire à l'annulation pure et simple de la sentence et partant, mettre à néant plusieurs années de procédure, sans compter l'argent et le temps perdus pour l'entreprise.

L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre s'apprécient au travers de l'obligation de révélation à laquelle il est astreint tout au long de la procédure<sup>19</sup>. La révélation est l'instrument de vérification dont disposent les parties pour mesurer, jauger l'indépendance de l'arbitre<sup>20</sup>.

La révélation est la clef de la confiance des parties envers l'arbitre, élément essentiel au processus arbitral. C'est justement l'honnêteté de l'arbitre, sa capacité à jouer la transparence et sa sérénité à révéler aux parties tout élément de nature à lever un doute légitime dans l'esprit des parties sur son indépendance, qui va contribuer à lui permettre de gagner leur confiance.

<sup>15</sup> P. Lalive, *Le choix de l'arbitre*, in : *Mélanges Jacques Robert, «libertés»*, Montchrestien, Paris 1998, pp. 353-363 ; E. Robine, *Le choix des arbitres*, Rev. arb., 1990, n°2, pp. 315-336. Selon lui, les parties souhaitent avoir la plus grande liberté dans le choix des arbitres.

<sup>16</sup> *Is Arbitration Only As Good as the Arbitrator?*, ICC Publication No. 714, 2011.

<sup>17</sup> M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ 2001 ; J-D Bredin, *La révélation, Remarques sur l'indépendance de l'arbitre en droit interne français*, in : *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, p. 349 (Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999) *Indépendance de l'arbitre*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Supplément Spécial, ICC Publication No. 690, 2008. M. Danis, C. Dupeyron, *Arbitrage et impartialité de l'arbitre*, lemondedudroit.fr, 18 septembre 2012. Th. Clay, *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable*, in J. van Compernelle et G. Tarzia (sous la dir. de) : *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Étude de droit comparé*, Bruylant, 2006, p. 199.

<sup>18</sup> S. Lazareff, *De l'immoralité présumée de l'arbitre*, Les Cahiers de l'arbitrage, Vol. V, p. 12.

<sup>19</sup> Th. Clay, *La disparition de l'obligation d'indépendance au profit de l'obligation de révélation*, note sous Paris 12 février 2009, Rev. arb., 2009, p. 186.

<sup>20</sup> CA Paris, 12 février 2009, n°07/22164 : « l'arbitre doit révéler aux parties toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités d'impartialité et d'indépendance qui sont l'essence même de sa fonction arbitrale ». Voir également, CA Paris, 10 mars 2011, no 09/28540, EURL Tesco – CA Paris, 10 mars 2011, no 09/28826, Nykcool AB– CA Paris 1er juillet 2011, no 10/10402, SA Sobrior – Cass. 1re civ., 29 juin 2011, no 09-17346, Papillon Group Corporation.

Or c'est bien souvent d'une révélation imparfaite, incomplète ou « perlée », pour emprunter l'expression du Professeur Thomas Clay, que va naître le doute dans l'esprit d'une partie<sup>21</sup>. Dans les faits, l'abstention de révéler crée souvent une présomption (irréfragable) de doute dans les yeux de la partie qui s'estime lésée.

En ce domaine l'attente des entreprises est simple : Il faut tout révéler des liens que l'arbitre peut entretenir avec l'une des parties, l'un des conseils à la procédure et/ou avec l'un des co-arbitres. Exerçant une fonction juridictionnelle, l'arbitre doit être indépendant à l'égard de chacune des parties mais aussi à l'égard des autres membres du tribunal arbitral et cela, pour conserver sa liberté de jugement.

L'excès de prudence est un péché véniel sans conséquence. L'inverse, lui, ne l'est pas.

Les centres d'arbitrage ont aussi un rôle à jouer en adoptant, par exemple, des chartes éthiques ou guides de bonne conduite s'imposant aux arbitres siégeant sous leur égide et en proposant aux arbitres des outils pour leur permettre d'identifier plus aisément les situations de conflits d'intérêts potentiels. Ils doivent également adapter le fonctionnement de leurs organes internes à cette exigence de transparence<sup>22</sup>.

Quant aux entreprises, elles peuvent aussi apporter leur pierre à l'édifice en créant des bases de données internes recensant le nom des arbitres auxquels elles ont eu recours au fil du temps afin de prévenir le risque de désignations répétitives<sup>23</sup>. De même, l'intervention sur le marché de l'arbitrage de tiers financeurs doit conduire les entreprises qui ont recours à ce type de financement à en dévoiler l'existence afin de permettre à l'arbitre de faire une révélation aussi exacte que possible car l'on ne peut a priori exclure le cas de conflits d'intérêts entre un arbitre et le tiers financeur.

Pour autant, il ne faut pas inverser les rôles. C'est à l'arbitre qu'il incombe de révéler et non pas à l'entreprise d'investiguer.

Enfin, les entreprises sont à la recherche d'une certaine harmonie dans la manière dont les différents centres d'arbitrage traitent les questions d'indépendance et d'impartialité lorsqu'ils sont saisis de recours en récusation.

Il est difficilement compréhensible pour une entreprise de voir une même situation appréciée de manière différente selon que le centre d'arbitrage se situe à Paris ou dans le nord de l'Europe.

De telles contradictions nuisent à la prévisibilité attendue des entreprises.

Un travail de concertation et d'uniformisation entre les centres d'arbitrage serait louable (tout en respectant les particularités de chacun) ; et il me semble que la Fédération des Centres

<sup>21</sup> Th. Clay, *L'application perlée du règlement d'arbitrage pour la révélation des liens entre arbitre et conseil*, note sous Reims 2 nov. 2011, Paris Journal of International Arbitration 2011, p. 1109.

<sup>22</sup> B. Moreau, *L'Éthique dans l'arbitrage : l'exemple de l'Association Française d'Arbitrage* : [http://www.afa-arbitrage.com/IMG/pdf/11-12-09\\_-\\_L\\_ETHIQUE\\_DE\\_L\\_ARBITRAGE\\_9\\_DECEMBRE\\_2011.pdf](http://www.afa-arbitrage.com/IMG/pdf/11-12-09_-_L_ETHIQUE_DE_L_ARBITRAGE_9_DECEMBRE_2011.pdf)

<sup>23</sup> Voir par exemple, 1<sup>re</sup> Civ., 20 octobre 2010, Bull. 2010, I, n° 204, pourvoi n° 09-68.131 ; 1<sup>re</sup> Civ., 20 octobre 2010, Bull. 2010, I, n° 204, pourvoi n° 09-68-997.

d'Arbitrage (FCA)<sup>24</sup>, dont l'existence doit beaucoup à l'AFA et à Geneviève Augendre en particulier, a assurément un rôle moteur à jouer dans la réalisation de cette tâche et qu'elle gagnerait à y prendre toute la part qui lui revient.

**b. L'exigence de transparence face à la motivation des sentences arbitrales et des décisions de récusation d'arbitre**

Les entreprises expriment le souhait d'un effort dans la motivation de sentences arbitrales.

Si l'on voulait être un peu piquant, on pourrait dire qu'en pratique la motivation des sentences est trop souvent encore inversement proportionnelle à la longueur de la sentence !

Or la motivation est la base de l'acceptation de la sentence par les parties, gagnante comme perdante. Une décision bien motivée, dont les parties comprennent la rationalité, est le gage d'une exécution spontanée.

Par ailleurs, la question de la motivation des décisions de récusation se pose aujourd'hui avec acuité. A ce jour, seule la *London Court of International Arbitration (LCIA)*<sup>25</sup>, parmi les grandes institutions internationales, motive les décisions de récusation. Une telle situation n'est plus acceptable pour les entreprises utilisatrices de l'arbitrage qui ont besoin de comprendre « le pourquoi du comment » de la décision rendue. L'absence de motivation est bien souvent source d'incompréhension, de frustration et partant, de rejet.

On peut certes convenir que les décisions en matière de récusation sont parfois difficiles à motiver en ce qu'elles portent sur des questions de personnes, mais si le juge d'appui se prête à l'exercice on ne voit pas bien pourquoi les centres d'arbitrage ne trouveraient pas le courage de le faire aussi.

---

<sup>24</sup> La Fédération des Centres d'Arbitrage (FCA) a été constituée le 5 avril 2012, entre l'AFA – Association Française d'Arbitrage, le CMAP – Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, la CAMP – Chambre arbitrale maritime de Paris, le CCFA – Centre de médiation et d'arbitrage de la Chambre de commerce franco-arabe, la Chambre régionale d'arbitrage d'Aix-en-Provence, le Centre d'arbitrage et de médiation de Bretagne de Rennes, la CAREN – Cour d'arbitrage et Centre de médiation de l'Europe du Nord de Lille, la CEA – Cour Européenne d'Arbitrage, ayant son siège à Strasbourg et Valencia, la Chambre de conciliation et d'arbitrage de Toulouse Midi-Pyrénées, l'IEAMA – Institut euro-méditerranéen d'arbitrage de Nice, l'ABA – Association bretonne d'arbitrage de Rennes, le CEFAREA – Centre français d'arbitrage de réassurance et assurance de Paris, l'IEAM – Institut d'expertise, d'arbitrage et de médiation de Paris.

<sup>25</sup> Arbitration International, vol. 27, no. 3, 2011.

\*\*\*

A l'heure où l'arbitrage est devenu un mode de règlement des litiges à la fois de plus en plus courant et de plus en plus technique et procédurier, il n'est pas inutile de lui redonner une certaine forme d'humanisme. Autrement dit, il s'agit de replacer l'humain au cœur du processus arbitral.

Cela passe par une meilleure perception par les arbitres des attentes des parties sur le fond de leur litige, mais aussi par davantage de rigueur, de transparence, voire de moralité, de la part de celui auquel les parties accordent leur confiance et confient cette difficile mission de juger.

**Alexandre JOB**  
Juriste d'Entreprise