



ISSN : 1875-4120  
Issue : Vol. 5, issue 4  
Published : July 2008

This article is part of the special issue on **Arbitrator Bias** edited by:



**Sophie Nappert**  
3 Verulam Buildings

#### **Editor-in-Chief**

Thomas W. Wälde  
twwalde@aol.com  
Professor & Jean-Monnet Chair  
CEPMLP/Dundee  
Essex Court Chambers, London

#### **Terms & Conditions**

Registered TDM users are authorised to download and print one copy of the articles in the TDM Website for personal, non-commercial use provided all printouts clearly include the name of the author and of TDM. The work so downloaded must not be modified. **Copies downloaded must not be further circulated.** Each individual wishing to download a copy must first register with the website.

All other use including copying, distribution, retransmission or modification of the information or materials contained herein without the express written consent of TDM is strictly prohibited. Should the user contravene these conditions TDM reserve the right to send a bill for the unauthorised use to the person or persons engaging in such unauthorised use. The bill will charge to the unauthorised user a sum which takes into account the copyright fee and administrative costs of identifying and pursuing the unauthorised user.

For more information about the Terms & Conditions visit [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)

© Copyright TDM 2008  
TDM Cover v1.5

# Transnational Dispute Management

[transnational-dispute-management.com](http://transnational-dispute-management.com)

**L'Independance et L'Impartialite de  
L'Arbitre**  
by **D. Matray and A.J. van den Berg**

#### **About TDM**

**TDM** (Transnational Dispute Management): Focusing on recent developments in the area of Investment arbitration and Dispute Management, regulation, treaties, judicial and arbitral cases, voluntary guidelines, tax and contracting.

Visit [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com) for full Terms & Conditions and subscription rates.

#### **Open to all to read and to contribute**

Our aim is for TDM to become the hub of a global professional and academic network. Therefore we invite all those with an interest in Investment arbitration and Dispute Management to contribute. We are looking mainly for short comments on recent developments of broad interest. We would like where possible for such comments to be backed-up by provision of in-depth notes and articles (which we will be published in our 'knowledge bank') and primary legal and regulatory materials.

Please contact **Editor-in-Chief** Thomas Wälde at [twwalde@aol.com](mailto:twwalde@aol.com) if you would like to participate in this global network: we are ready to publish relevant and quality contributions with name, photo, and brief biographical description - but we will also accept anonymous ones where there is a good reason. We do not expect contributors to produce long academic articles (though we publish a select number of academic studies either as an advance version or an TDM-focused republication), but rather concise comments from the author's professional 'workshop'.

**TDM** is linked to **OGEMID**, the principal internet information & discussion forum in the area of oil, gas, energy, mining, infrastructure and investment disputes moderated by Thomas Wälde.

This contribution was previously published in a book "powers and status of the arbitrator", proceedings of a conference held in Brussels on March 28th, 2003, Bruylant (Macht en onmacht van de arbiter / L'arbitre : pouvoirs et statut; ISBN: 2-8027-1755-3). Republished with kind permission of CEPINA, the Belgian Center for Arbitration and Mediation ([www.cepina.be](http://www.cepina.be))

L'INDÉPENDANCE  
ET L'IMPARTIALITÉ DE L'ARBITRE  
DE ONAFHANKELIJKHEID  
EN DE ONPARTIJDIGHEID VAN DE ARBITER

**Didier MATRAY**

AVOCAT  
CHARGÉ DE COURS A LA FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE  
DE LIEGE  
ADVOCAAT  
DOCENT AAN DE RECHTSFACULTEIT VAN DE UNIVERSITÉ  
DE LIEGE

**Albert-Jan van den BERG**

AVOCAT  
MEMBRE DU BARREAU D'AMSTERDAM, ETABLI A BRUXELLES  
PROFESSEUR A L'UNIVERSITE DE ROTTERDAM  
ADVOCAAT  
ADVOCAAT BIJ DE BALIE TER AMSTERDAM, GEVESTIGD TE BRUSSEL  
HOGLERAAR AAN DE UNIVERSITEIT VAN ROTTERDAM

## L'INDÉPENDANCE ET L'IMPARTIALITÉ DE L'ARBITRE

### I. — INTRODUCTION

1. *L'arbitre en droit belge, définition.* — On appelle arbitres les particuliers choisis par les parties pour juger un litige qui existe entre elles (1). L'arbitre est un juge privé qui ne représente pas la partie qui le désigne (2). Il n'est pas son mandataire, ni *a fortiori* son préposé (3). Le contrat qui le lie est *sui generis*, et il ne peut être comparé à aucun autre organisé par la loi (4).

2. *Les conditions légalés de nomination.* — Les conditions de nomination ne sont pas bien nombreuses. Pour des raisons étrangères à leurs capacités, leur savoir ou leurs talents, les membres des cours, tribunaux, parquets, et greffes, les magistrats admis à l'éminentat mais non ceux qui sont simplement admis à la pension, les juges sociaux et consulaires ne peuvent accepter des arbitrages rémunérés (5). En outre, la loi empêche certaines personnes déterminées d'exercer les fonctions d'arbitre : mineurs émancipés, personnes pourvues d'un conseil judiciaire, définitivement exclues de l'électorat ou frappées de la suspension des droits électoraux (6).

En dehors de ces particularités, les exigences sont minimales. Un arbitre doit avoir la capacité de contracter. Mais aucune qualification n'est requise, et le failli, la personne dépourvue d'expérience profession-

(1) LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé », *R.D.P.B.*, Comp. VII, n<sup>o</sup> 133 et s.

(2) Voir par exemple les règles de bonne conduite du Cepani, qui indiquent expressément que l'arbitre désigné sur proposition d'une partie n'est ni son représentant, ni son mandataire.

(3) LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé », *R.D.P.B.*, Comp. VII, n<sup>o</sup> 134. Les règles de bonne conduite applicables aux procédures qui se déroulent sous l'égide du Cepani le rappellent expressément (point 3 de ces règles).

(4) Marcel HUYS et Guy KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles 1981, n<sup>o</sup> 174, p. 157.

(5) LINSMEAU, L'arbitrage volontaire en droit privé, *R.D.P.B.*, Comp. VII, n<sup>o</sup> 143, 144 et 146.

(6) Article 1680 du Code judiciaire.

nelle ou de connaissance du droit, la personne morale (7) (8) peuvent être arbitres. Encore faut-il, dans ce dernier cas, que l'arbitrage entre dans l'objet social, et que les statuts précisent par quel organe la mission sera exercée (9), ou du moins, que l'organe de gestion ne soit pas privé du choix de la personne physique qui représentera la personne morale pour l'exercice de la mission.

Faut-il s'émouvoir de ce libéralisme? Pour les membres de l'ordre judiciaire, le Code judiciaire se montre plus pointilleux : âge minimum, diplôme de licencié en droit, réussite de l'examen d'aptitude professionnelle ou accomplissement du stage judiciaire, expérience professionnelle, connaissances linguistiques... (10). Le législateur veut assurer aux justiciables que les conflits qu'ils connaissent seront tranchés par des juges compétents. Pourquoi la justice privée ne bénéficie-t-elle pas des mêmes garanties, et pourquoi ni les arbitres, ni les centres d'arbitrage n'en revendiquent-ils l'institution?

3. *Les avantages de la liberté.* – L'arbitrage compense-t-il son handicap? Si, dans la justice étatique, elles n'élisent pas leur juge, les parties peuvent nommer leur arbitre unique ou les membres du tribunal arbitral, et à défaut d'exercer elles-mêmes un choix, confier à un tiers, dont l'autorité morale les rassure, le soin de procéder à ces désignations.

Le Code judiciaire laisse aux parties une grande liberté. Elles peuvent exclure de la fonction d'arbitre certaines personnes (11); elles peuvent aussi exiger que les arbitres disposent d'aptitudes particulières. Il arrive ainsi que la clause d'arbitrage définisse en termes de connaissances ou d'expériences les qualités attendues de l'arbitre, comme la maîtrise d'une ou plusieurs langues déterminées ou la pratique d'une branche spécialisée du droit (12). Les parties expriment indirectement leurs exigences lorsqu'elles se réfèrent à un règlement d'arbitrage qui impose aux arbitres telle ou telle capacité. Elles peuvent aussi désigner l'arbitre par

(7) La technique de la personnalité morale est caractérisée par le principe de la pleine capacité de l'entité sujet de droit (voir à ce sujet notamment COPPEL, « Introduction au droit des sociétés et des autres groupements », in *Droit des sociétés commerciales*, 2<sup>e</sup> ed., Bruxelles, Kluwer, 2002, T. I, n° 120, p. 74).

(8) La situation envisagée n'est pas celle dans laquelle un arbitrage est rendu sous les auspices ou avec la coopération d'une personne morale telle qu'un centre d'arbitrage constitué sous la forme d'une ASBL, une chambre de commerce ou un groupement professionnel (R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris 1982, n° 269, p. 340).

(9) LINSMEAU, L'arbitrage volontaire en droit privé, *R.D.P.B.*, Comp. VII, n° 139 et n° 141; Marcel HUYS et Guy KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles 1981, n° 175, p. 159.

(10) Voir le titre VI du livre premier de la deuxième partie du Code judiciaire.

(11) LINSMEAU, L'arbitrage volontaire en droit privé, *R.D.P.B.*, Comp. VII, n° 140.

(12) Voir l'exemple de clause citée par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commerce international*, Litec 1996, n° 1051, p. 595.

référence à sa profession (13) : les règlements d'arbitrages corporatifs ou sectoriels prévoient fréquemment que les arbitres doivent être des professionnels de la branche ou du secteur.

La revendication de mérites déterminés n'est du reste pas le seul fait de clauses ou de règlements d'arbitrage. L'article 14 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États prévoit, à propos de l'établissement des listes d'arbitres par les États contractants, que les personnes désignées pour figurer sur ces listes *doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière.*

Ne faut-il pas prendre pour postulat que, directement ou indirectement, les parties porteront leur choix sur des hommes ou des femmes dont les qualités particulières les séduisent ? Récemment, s'agissant de procédures se déroulant conformément au Règlement de la CCI, deux spécialistes éminents résumaient comme suit les mérites recherchés : *disposition d'esprit propre à juger du litige (...) en se basant sur les seuls mérites objectifs des prétentions des parties et aptitude professionnelle et humaine requise pour conduire à bien la mission concrète (...) confiée en conformité avec le Règlement et les autres règles de droit applicables* (14).

Ce libellé recouvre sans doute l'ensemble des qualités attendues d'un arbitre. La disposition d'esprit vise certainement l'indépendance et l'impartialité, et les aptitudes professionnelles et humaines comprennent notamment la disponibilité, la connaissance des langues, des matières et du droit concernés par le différend, et sans doute aussi quelque expérience de l'arbitrage (15). Ces capacités supposées ou attendues font sans doute que, même si elles ne nomment pas toujours les arbitres, les parties ont foi en l'efficacité de l'arbitrage, pour des litiges d'un type déterminé, spécialement en matière internationale. Encore faut-il observer que même dans les cas où chacune des parties a le droit de choisir un arbitre, il y aura au moins un des arbitres que la partie en question n'aura pas désigné.

4. *L'arbitre et les droits étrangers.* — Bien sûr, d'autres législations que la nôtre se montrent moins libérales. Par exemple, dans la plupart des

(13) Marcel HUYS et Guy KRUGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles 1981, n° 188, p. 165; LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé », *R.D.P.B.*, Comp. VII, n° 140.

(14) Pierre GABRIEL et Jean VAN UYTVANCK, « La contestation d'arbitre ou les deux visages de Janus », in *Liber Amicorum Lucien Simoni*, Bruylant, Bruxelles 2002, n° 2, p. 290.

(15) Pierre GABRIEL et Jean VAN UYTVANCK, « La contestation d'arbitre ou les deux visages de Janus », in *Liber Amicorum Lucien Simoni*, Bruylant, Bruxelles 2002, n° 7, p. 291.

pays arabes, la Sharia est la source fondamentale du droit. Conformément à la Medjella, un juge doit être un homme d'âge, sage et indépendant. Les non musulmans ne peuvent être choisis comme arbitres, et tout arbitre doit avoir une certaine connaissance de la Sharia. A ces règles de principe s'ajoutent des exceptions si l'arbitrage se déroule dans un pays qui n'est pas islamique (16).

Les discriminations qui, hier, concernaient les femmes, semblent aujourd'hui avoir largement disparu. Faut-il rappeler qu'elles ont existé aux Pays-Bas jusqu'en 1954, en différents cantons suisses jusqu'en 1969, et en Grèce jusqu'en 1971 (17). Dans les pays qui connaissent encore la règle, l'interdiction faite aux étrangers d'être arbitre n'est pas regardée comme étant d'ordre public international. Elle ne s'applique pas aux arbitrages étrangers.

L'article 3 de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 prévoit que « dans les arbitrages soumis à la présente convention, les étrangers peuvent être désignés comme arbitres ». Du reste, dans les arbitrages internationaux, la discrimination s'effectue normalement à rebours. L'arbitre unique ou le président du tribunal arbitral doivent être d'une autre nationalité que les parties.

L'article 9.5 du règlement de la CCI prévoit ainsi que l'arbitre unique ou le président du tribunal arbitral doit être de nationalité différente de celle des parties. Toutefois, si les circonstances le justifient et à moins qu'une des parties ne s'y oppose dans le délai imparti par la Cour, l'arbitre unique ou le président du tribunal arbitral pourra être choisi dans un pays dont une des parties est ressortissante. Les règles de l'American Arbitration Association, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2001, prévoient que, dans l'hypothèse où un administrateur est appelé à intervenir pour la désignation du ou des arbitres, il peut, à la demande d'une des parties ou de sa propre initiative, nommer des personnes d'une nationalité autre que celle des parties (18).

Le règlement de la Japan Commercial Arbitration Association impose également le choix d'un arbitre unique ou d'un tiers arbitre d'une autre nationalité que celle des parties si l'une d'elles en fait la demande (19). La convention de la BIRD interdit de désigner un arbitre qui a la natio-

(16) Abdul HAMID EL-AHDAB, « General Introduction on arbitration in arab countries », *International Handbook on Commercial Arbitration*, pp. 9 et 10.

(17) R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris 1982, n° 270, p. 341.

(18) Article 6.5 du règlement.

(19) René DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris 1982, n° 271, p. 343.

nalité d'une des parties lorsque la désignation de l'arbitre doit être faite par le Président du Conseil d'Administration du CIRDI.

Enfin, certains pays exigent que l'arbitre ait la qualité de juriste, — du moins lorsqu'il n'est pas amiable compositeur (20).

5. *L'équivoque de l'arbitrage.* — Le postulat est donc que la liberté de choix des arbitres est un avantage. Mais n'est-il pas en même temps un inconvénient ? Comme les juges étatiques, les arbitres exercent une fonction juridictionnelle. N'y a-t-il pas quelque équivoque à choisir son juge, — même si la décision s'inspire des particularités de la cause à traiter ? L'arbitrage peut-il prétendre, comme la justice étatique, être au-dessus de tout soupçon ? Le choix dont l'arbitre est l'objet ne flatte-t-il pas agréablement l'orgueil de celui qui est nommé, et ne faut-il évoquer, comme le faisait élégamment Marc Henry, à la suite du Chancelier d'Aguesseau, *cette prévention presque imperceptible qui se cache au fond de notre cœur et qui aveugle notre esprit avant même qu'il ait eu le loisir de penser à s'en défendre* (21) ? Ou comprendre qu'adossé au meilleur, l'art de juger, l'arbitre est en même temps proche du pire ?

Sans quelques garanties fondamentales, essentielles, l'arbitrage ne pourrait fonctionner.

## II. — INDÉPENDANCE ET IMPARTIALITÉ — QUELQUES GÉNÉRALITÉS

6. *Les facteurs qui peuvent influencer l'arbitre.* — De façon générale, un arbitre peut être influencé par différents facteurs : l'environnement économique, social et culturel, les apparences, l'identité des parties ou de ceux qui leur sont proches, et l'objet du litige (22). A chacun de ces éléments correspond une exigence particulière : la neutralité pour l'environnement, l'objectivité pour les apparences, l'indépendance pour l'identité des parties ou de ceux qui leur sont proches, et l'impartialité pour l'objet du litige.

La neutralité est l'état de celui qui n'appartient à aucune des parties adverses, qui s'abstient de s'engager ou de prendre parti, qui est dépourvu de passion, même au risque, comme on le dit pour une cou-

(20) René DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris 1982, n° 273, p. 345.

(21) Marc HENRY, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. de l'arbitrage* 1999, n° 1, p. 194.

(22) Voir à ce sujet Marc HENRY, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. de l'arbitrage* 1999, note 10, p. 195 et la référence à la thèse dont celui-ci est l'auteur.

leur, d'être terne et sans éclat. Elle est *une certaine distance que l'arbitre prend vis-à-vis de sa culture juridique, politique et religieuse, un dépassement de ses seules traditions, une ouverture intellectuelle à d'autres modes de pensée* (23). C'est sans doute dans l'arbitrage international que cette qualité est la plus exigée. Par exemple, le règlement de la CCI y fait implicitement référence lorsqu'il indique que la Cour est invitée à tenir compte de la nationalité, du lieu de résidence, ou d'un lien avec les pays dont ressortissent les parties et les autres arbitres lors de la confirmation ou de la nomination d'un arbitre (24).

L'objectivité est la qualité de ce qui est exempt de partialité, de préjugés.

L'indépendance est l'état de celui qui ne dépend de personne (25).

L'impartialité est l'absence de partialité, de parti pris : elle consiste à ne pas faire « *preuve de prévention en se laissant envahir ou dominer par des opinions préconçues et des facteurs étrangers aux mérites de la cause* » (26).

Le champ d'application de ces notions se recouvre en bonne partie. Est-il possible d'être neutre ou objectif si l'on est partial ou dépendant ? Et l'impartialité ne suppose-t-elle pas l'indépendance, bien que l'on puisse être en même temps indépendant et partial ?

7. *Le Code judiciaire belge.* – Entre autant de critères possibles, le Code judiciaire a choisi. En vertu de l'article 1690 § 1 du Code judiciaire, *les arbitres peuvent être récusés s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur leur impartialité ou sur leur indépendance.* Initialement, l'article 1690, § 1<sup>er</sup> du Code judiciaire prévoyait la récusation des arbitres pour les mêmes causes que les juges étatiques, énumérées longuement aux articles 828 et s. du Code. Prenant appui sur la loi type CNUDCI (27) et sur la législation néerlandaise (28), le Cepani demandait l'emploi d'une formule générale (29). La loi du 19 mai 1998

(23) Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec 1996, n° 1036, p. 588 et réf. notes 43 et 49.

(24) Pierre GABRIEL et Jean VAN UYTVANCK, « La contestation d'arbitre ou les deux visages de Janus », in *Liber Amicorum Lucien Simon*, Bruylant, Bruxelles 2002, n° 6, p. 291.

(25) Cfr. *Le petit Robert*, dont la définition est plus complète.

(26) LALAYE, *Sur l'impartialité de l'arbitre international en Suisse*, Semaine judiciaire 1990, p. 3-64.

(27) Article 12 § 2.

(28) Article 1033 § 1<sup>er</sup>.

(29) « Propositions du Cepani pour une réforme du droit belge de l'arbitrage », *Rev. dr. int. et dr. comp.* 1997, p. 57 et Guy KEUTGEN, « Voor een hervorming van de Belgische Arbitragewet », *T.P.R.* 1994, p. 789.



a suivi cette suggestion, en reproduisant littéralement le texte qui lui était soumis par le centre d'arbitrage (30).

8. *La référence fréquente aux notions d'indépendance et d'universalité.* – L'indépendance et l'impartialité sont requises de l'arbitre comme du juge (31); le texte de la loi indique que ces exigences se cumulent.

Leur caractère vague et ambigu est souvent dénoncé (32). Pourtant, elles sont fréquemment utilisées. Il a déjà été relevé que la loi CNUDCI avait inspiré la loi belge. Son article 12, § 2 est libellé comme suit :

*Un (...) arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties.*

Le poids de la loi Cnudei est considérable, compte tenu du nombre de pays qui en ont aujourd'hui adopté le texte (33). Cet article 12, § 2 se retrouve par exemple dans les législations du Canada, de l'Allemagne, du Mexique, de Singapour, de l'Australie et de la Nouvelle Zélande. Mais outre la loi Cnudei et la loi néerlandaise, – qui reprend sur ce point la loi Cnudei – de nombreux lois ou règlements d'arbitrage prévoient la récusation d'un arbitre

- lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance (34),
- si un défaut d'indépendance ou (...) tout autre motif est allégué (35),
- en vertu de doutes légitimes concernant son impartialité ou son indépendance (36),
- en présence de doutes légitimes concernant son indépendance (37),
- s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes sérieux sur son impartialité ou son indépendance (38),

(30) Loi du 19 mai 1998 modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à l'arbitrage.

(31) Marcel HUYS et Guy KRUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles 1981, n° 179, p. 161.

(32) Teresa GIOVANNINI, « Arbitres et institutions d'arbitrage : conflits d'intérêt », *R.D.A.I.* 2002, p. 629; Pierre LALIVE, *Publ. CCI*, n° 472, p. 59.

(33) Des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ont été adoptés dans les pays et territoires suivants : Allemagne, Australie, Azerbaïdjan, Bahreïn, Bélarus, Bermudes, Bulgarie, Canada, Chypre, Croatie, Égypte, États-Unis d'Amérique (Californie, Connecticut, Illinois, Oregon et Texas), Fédération de Russie, Grèce, Guatemala, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Irlande, Jordanie, Kenya, Lituanie, Madagascar, Malte, Mexique, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Oman, Pérou, Région administrative spéciale de Hong Kong (Chine), Région administrative spéciale de Macao (Chine), République de Corée, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (Écosse), Singapour, Sri Lanka, Tunisie, Ukraine, Zambie et Zimbabwe (<http://www.uncitral.org/tr-index.htm>).

(34) Voir le texte de l'article 180 litt. c de la loi suisse sur le droit international privé.

(35) Article 11 du règlement de la CCI.

(36) Article 10.3 du règlement LCIA.

(37) Article 16 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Zurich.

(38) Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, article 10.

— en présence de circonstances qui *peuvent diminuer la confiance en (son) impartialité*, la loi suédoise ajoutant une liste non exhaustive de telles circonstances.

Les conditions d'impartialité et d'indépendance se retrouvent également dans le Code d'arbitrage tunisien (39). En France, la Cour de Cassation a affirmé dans un arrêt de principe que *l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, qu'elle est une des qualités essentielles des arbitres* (40), et, spécialement en matière internationale, le juge ajoute expressément à la condition d'indépendance celle d'impartialité (41).

L'article 7 du règlement de la CCI impose à tout arbitre d'être et de demeurer indépendant des parties. Mais l'article 11 permet de fonder une demande de récusation, non seulement sur une allégation de défaut d'indépendance mais aussi sur tout autre motif.

Le règlement d'arbitrage de l'AAA (American Arbitration Association) prévoit en son article 7 que : « *sauf convention contraire des parties* (42), les arbitres agissant selon ce règlement seront impartiaux et indépendants ». Le règlement d'arbitrage international de l'AAA, — celui qui est spécialement adapté pour les litiges internationaux, — exige cependant impartialité et indépendance pour tous les arbitres. La flexibilité de l'article 7 n'est donc pas reproduite pour les litiges internationaux.

L'article 14 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats prévoit que les personnes désignées pour figurer sur les listes d'arbitres doivent être *des personnes dont on peut se fier qu'elles jugeront en toute indépendance* (43). L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dont nous examinerons plus loin l'influence sur l'arbitrage, prévoit que *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (... ) par un tribunal indépendant et impartial*.

(39) cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commerce international*, Litec 1996, n° 1024. La Tunisie a adopté la loi-modèle CNUDCI.

(40) Cass. II, 2<sup>e</sup> ch. civile, 13 avril 1972, *J.C.P.* 1972, éd. G., II, 17189, note P. LEVEL; *D.*, 1973, 2, note J. ROBERT; *Rev. arb.* 1975, note E. LOQUIN.

(41) Cass. fr., 2<sup>e</sup> ch. civile, 20 février 1974, *Rev. arb.* 1975, p. 238; TGI Paris, réf. 28 octobre 1989, 29 juin 1989, Philipp BROTHERS, *Rev. arb.* 1990, 247, 1<sup>ère</sup> et 3<sup>e</sup> décision; Marc HENRY, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. de l'arbitrage* 1999, n° 3, p. 194; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commerce international*, Litec 1996, n° 1024, pp. 580 et 581.

(42) C'est nous qui soulignons.

(43) Teresa GIOVANNINI, « Arbitres et institutions d'arbitrage : conflits d'intérêt », *R.D.A.I.* 2002, p. 629.

9. *Les doutes sur les qualités requises.* — Nous avons cité ci-dessus différents textes, qu'il s'agisse de dispositions légales, ou de règlements d'arbitrage. Pour qu'un arbitre ne puisse exercer ses fonctions, aucun de ceux-ci ne requiert que le juge privé manque effectivement d'indépendance ou d'impartialité; tous considèrent qu'il suffit que puissent naître des doutes sur l'indépendance ou l'impartialité de celui-ci. C'est à la fois une conception objective et concrète qui est ainsi mise en œuvre. Nous reviendrons sur ces deux notions dans nos conclusions.

10. *Indépendance ou impartialité.* — Faut-il considérer que l'exigence cumulée de l'indépendance et de l'impartialité s'impose comme une évidence, qu'elle refléterait un principe commun à tous les droits modernes qui traitent de l'arbitrage commercial international, et qu'elle ferait partie des principes généraux du droit commercial international. Les droits anglais et suédois ne font pas référence au critère de l'indépendance, le droit anglais considérant même que *a separate requirement of independence may be superfluous and lead to misguided challenges to arbitrators* (44). Le droit suisse adopte une position inverse en se référant exclusivement à l'indépendance, et non à l'impartialité (45).

C'est sans doute le droit des États-Unis qui se démarque le plus de celui des autres pays (46). Il y est de tradition qu'un arbitre nommé par une partie ne doit pas nécessairement être neutre ni indépendant, et les exigences sont différentes pour le Président du tribunal arbitral et pour les co-arbitres (47). On remarquera cependant que l'AAA et de nombreux auteurs recommandent que tous les arbitres, — même ceux qui sont désignés par les parties — soient neutres, et se soumettent aux mêmes exigences d'indépendance et d'impartialité.

11. *L'indépendance par rapport aux personnes.* — Nous avons rappelé ci-dessus que l'indépendance est l'état de celui qui ne dépend de personne. S'agissant d'un arbitre, cette qualité n'est pas limitée aux contingences matérielles: elle s'étend à toute forme de lien, d'affiliation ou de besoin qui pourrait influencer son jugement, même si les considérations invoquées sont de nature purement intellectuelle. Il en résulte que l'in-

(44) *Projet IBA*, n° 2.1, p. 11.

(45) *Projet IBA*, n° 2.1, p. 11.

(46) Aux USA, il existe un droit fédéral de l'arbitrage, constitué essentiellement par le Federal Arbitration Act (le FAA). Mais en outre presque tous les États fédérés ont adopté des lois particulières. Trente quatre de ces États et le district de Columbia ont adopté les dispositions les plus importantes de l'Uniform Arbitration Act (UAA). Onze États ont adopté une réglementation particulière pour les arbitrages internationaux et sept de ces États ont approuvé des textes inspirés, mais non nécessairement recopiés de la loi modèle (Howard HOLTZMANN et Donald Francis DONOVAN, « United States », in *International Handbook on Commercial Arbitration*, Vol. IV, pp. 2 et 3).

(47) Voir à ce sujet les commentaires du projet IBA, n° 2.3, p. 13.

dépendance ne concerne pas seulement les liens directs ou indirects qui pourraient exister entre l'arbitre et une partie, mais aussi ceux qui pourraient être tissés entre l'arbitre et toute autre personne. Ainsi se justifie notamment que les relations de l'arbitre avec les centres d'arbitrage, entre coarbitres ou même avec un éventuel secrétariat du tribunal arbitral doivent être envisagées, comme nous le ferons ci-après.

En France, la vérification de l'indépendance doit se faire de façon objective, car il serait *généralement aisé de déterminer si un arbitre et une partie agissent en collusion ou s'ils sont en relations d'affaires ou financières* (48). Dans le système du Code judiciaire, l'arbitre peut être récusé non seulement s'il manque d'indépendance, mais aussi s'il existe *des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes* sur cette indépendance. Le test doit donc porter sur l'existence d'éléments extérieurs, non sur l'état d'esprit réel de l'arbitre. Il suffirait donc, comme en France, d'établir *un risque certain de prévention à l'égard d'une des parties à l'arbitrage* (49) pour justifier la récusation. Aux Pays-Bas aussi, il est de jurisprudence constante que pour apprécier l'opportunité de recuser un arbitre, il faut tenir compte, en fonction des circonstances, de la situation apparente.

12. *L'impartialité.* – Tandis que l'indépendance est une notion objective, – une situation de non dépendance à l'égard d'une partie, – l'impartialité est une notion subjective; elle consiste à ne pas faire « *preuve de prévention en se laissant envahir ou dominer par des opinions préconçues et des facteurs étrangers aux mérites de la cause* » (50). Les parties peuvent renoncer à exiger de l'arbitre qu'il soit indépendant; elles ne peuvent le dispenser d'être impartial. On le conçoit aisément : « *l'impartialité est (...) une garantie essentielle que le proces arbitral se déroule de manière équitable dans le respect des droits de chacune des parties, et que la sentence soit rendue au vu des arguments avancés par celle-ci* » (51).

Comme elle est de nature subjective, la partialité sera souvent difficile à établir. La dépendance, critère objectif, est plus aisée à démontrer; il suffit d'établir un lien avec l'arbitre pour en apporter la preuve (52).

(48) Teresa GIOVANNINI, « Arbitres et institutions d'arbitrage : conflits d'intérêt », *R.D.A.I.* 2002, p. 629.

(49) Voir les références citées par Ph. FOUCARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, n° 1029, p. 583.

(50) LALIVE, *Sur l'impartialité de l'arbitre international en Suisse*, Semaine judiciaire 1990, p. 3-64.

(51) Guy KÉUTGEN, « Propos sur le statut de l'arbitre », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommegast*, Bruxelles, Bruylant 2000, p. 936.

(52) Ph. FOUCARD et E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec 1996, n° 1028, p. 532.

L'absence d'impartialité sera évoquée par exemple lorsqu'un arbitre a déjà connu du litige, ou d'un litige connexe dans un arbitrage antérieur : il n'aurait plus alors l'objectivité ou la candeur requise (53). Elle pourra aussi être mise en avant, soit en raison d'une attitude antérieure de l'arbitre, par exemple une position prise dans un débat d'ordre juridico-professionnel, soit en raison d'une attitude prise par l'arbitre en cours de procédure, — à condition que celle-ci soit suffisamment caractérisée. Par exemple, une sentence préliminaire avait qualifié de quelque peu autocratique le système juridique d'un Etat. Le Tribunal de Grande Instance de Paris juge que « *ces propos ne sont pas de nature à démontrer une inimitié quelconque de l'arbitre envers l'une des parties au litige, ni susceptibles de révéler un préjugé défavorable à l'égard des thèses défendues par celle-ci* » (54).

De même, « *des fautes de procédure et une décision matériellement erronées ne suffisent pas à fonder l'apparence de prévention d'un arbitre, sauf erreur particulièrement grave ou répétée qui constituerait une violation manifeste de ses obligations* » (55).

13. *L'indépendance et l'impartialité doivent exister à tout moment.* — L'arbitre doit être indépendant et impartial au moment de sa désignation. Il doit le rester pendant toute la procédure arbitrale et ce, jusqu'au prononcé de la sentence. Un fait qui survient pendant la procédure peut justifier la récusation s'il est de nature à porter atteinte à l'indépendance ou l'impartialité (56). Mais la récusation ne peut intervenir que jusqu'au prononcé de la sentence (57).

Bien entendu, la circonstance susceptible de mettre en cause l'indépendance ou l'impartialité doit être antérieure au prononcé de la sentence, comme le relève à juste titre la Cour d'appel de Bruxelles. Dans la cause qui lui avait été soumise, deux des trois arbitres étaient les conseils d'une compagnie d'assurances qui, après le prononcé de la sentence, avait absorbé une autre compagnie plus petite. Ces arbitres avaient eu à juger le différend qui opposait cette compagnie à un tiers. Les reproches adressés à ces arbitres ne pouvaient être pertinents (58).

(53) FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN, *ibidem*, n° 1034, p. 586.

(54) Réf. 1<sup>er</sup> avril 1993, *Rev. arb.* 1993, 455, note P. BILLET, cité par FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN, *ibidem*, n° 1035, p. 587.

(55) Trib. fédéral suisse, 11 mai 1992, D.C.A., *Bull. ASA*, 1992, p. 381, spécialement p. 392.

(56) Guy KRUTGEN, « Propos sur le statut de l'arbitre », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, n° 14, p. 930; Guy KRUTGEN, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.* 1998, n° 15, p. 764.

(57) Guy KRUTGEN, « L'arbitrage, une institution à visage humain », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Editions Formation Permanente GUP, Décembre 2002, Vol. 59, p. 341.

(58) Bruxelles (7<sup>e</sup> ch.) 8 octobre 2001, *J.T.* 2002, p. 635.

14. *La primauté de l'efficacité sur les garanties procédurales.* – Tant le Code judiciaire que la jurisprudence donnent priorité à la rapidité de la procédure arbitrale.

En vertu de l'article 1691 § 1 du Code judiciaire, la demande de recusation doit être notifiée *aussitôt que le récusant a eu connaissance de la cause de récusation* (59). Dans un jugement rendu le 14 juillet 2000, le tribunal de première instance de Bruxelles considère qu'un délai de quatre mois est excessif, et rend la demande de récusation tardive, et partant irrecevable (60). La même préoccupation se retrouve dans les règlements d'arbitrage. Par exemple, en vertu de l'article 10, § 2 du règlement du Cepani, la demande de récusation, fondée sur une allégation de défaut d'indépendance ou sur tout autre motif, doit être envoyée, à peine de forclusion, *soit dans le mois suivant la réception par celle-ci de la notification de la nomination de l'arbitre, soit dans le mois suivant la date à laquelle la partie introduisant la récusation a été informée des faits et circonstances qu'elle invoque à l'appui de sa demande de récusation, si cette date est postérieure à la réception de la notification susvisée.*

Selon l'article 1690, § 2 du Code judiciaire, une partie ne peut récuser un arbitre que pour une cause dont elle a eu connaissance après sa désignation (61). La sagesse de cette disposition a déjà été saluée à l'étranger (62). Mais il peut arriver que cette cause, pre-existante, ne soit connue d'aucune partie au moment de la désignation, ou même qu'elle ne surgisse qu'au cours de la procédure arbitrale, la pire des hypothèses étant celle où elle survient juste avant, voire même pendant le délibéré. Si elle n'apprend qu'après le prononcé de la sentence les liens qui unissaient une partie à un arbitre, l'autre partie ne peut plus entamer la procédure de récusation. Dans un tel système, la qualité de l'institution repose surtout sur les qualités morales des arbitres pressentis.

La victime éventuelle de l'absence d'indépendance ou d'impartialité ne peut normalement apprendre que fortuitement qu'un arbitre autre que celui qu'elle a désigné n'est pas dépourvu des qualités requises pour lui permettre d'accepter sa mission. Comment une entreprise saurait-elle

(59) Dans la loi CNUDCI, le délai est de quinze jours à compter de la date à laquelle elle a eu connaissance de la constitution du tribunal arbitral ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées à l'article 122) (article 13, § 2).

(60) Trib. civ. Bruxelles (32<sup>e</sup> Ch.), 14 juillet 2000, *DAOR* 2001, cahier 59, p. 276, et note Bernard HANOTIAU, *Un arbitre nommé par des sociétés du même groupe dans deux procédures parallèles est-il susceptible de révocation ?*

(61) L'article 12 § 2 de la loi modèle CNUDCI prévoit également que *une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination.*

(62) R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris 1982, n° 285, p. 363.

que l'arbitre désigné par l'autre partie est ou a été un conseil juridique ou technique de celle-ci, ou qu'il a des liens habituels d'affaires avec elle? Les sites Web sont sans doute pleins d'enseignements, et offrent des renseignements que précédemment, il était difficile d'obtenir. Mais il n'est pas de tradition d'être explicite dans un site sur les relations que l'on entretient avec des clients, ou plus généralement des tiers, surtout lorsque les liens ne sont qu'indirects.

Bien entendu, des précautions sont prévues : le Cepam, par exemple, exige non seulement que l'arbitre confirme son indépendance avant d'accepter sa mission, mais aussi qu'il signale immédiatement au secrétariat (*tout*) fait quelconque de nature à susciter le doute quant à cette indépendance dans son esprit ou dans celui des parties (63). L'article 7.2 du règlement de la CCI impose à l'arbitre pressenti de signer une déclaration d'indépendance et de faire connaître par écrit les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties et de faire connaître immédiatement par écrit les faits ou circonstances de même nature qui surviendraient pendant l'arbitrage. Les parties doivent communiquer leurs observations dans le délai qui leur est fixé, et c'est sans recours et sans communiquer les motifs de ses décisions que la Cour internationale d'arbitrage de la CCI statue sur la nomination, la confirmation, la récusation ou le remplacement d'un arbitre.

15. *L'indépendance, l'impartialité et l'action en nullité de la sentence.* – Existe-t-il un examen de rattrapage pour la victime, d'autres moyens d'écartier une sentence rendue dans des conditions difficilement acceptables? On sait que la nature même de l'arbitrage et sa raison d'être (rendent) souhaitable un régime propre de voies de recours (64), que l'abus des voies de recours directes ou indirectes peut nuire à l'efficacité de l'arbitrage (65), mais que l'exclusion de toute forme de recours ne renforcerait pas l'institution.

Pour accélérer le déroulement des procédures, le Code judiciaire exclut presque complètement que puissent être introduits contre une sentence arbitrale une opposition, un appel ou un pourvoi en cassa-

(63) Article 3 des règles de bonne conduite pour les procédures à l'intervention du Cepam.

(64) Marcel HOYS et Guy KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles, 1981, n° 516, p. 345.

(65) Voir notamment à ce sujet BREDIN, « La paralysie des sentences arbitrales étrangères par l'abus des voies de recours », *J.D.I.* 1962, p. 638.

tion (66). Il autorise l'arbitre à rectifier (67), interpréter (68) et compléter lui-même sa sentence. Il permet cependant d'attaquer la sentence devant le tribunal de première instance par la voie de l'annulation, dans certains cas, qui sont limitativement énumérés par l'article 1704 du Code judiciaire (69). Pourrait-on invoquer un de ces cas pour annuler une sentence qui aurait été rendue par un arbitre partial ou dépendant ?

En soi, l'existence d'une procédure de sauvegarde ne serait pas aberrante. Par exemple, le Règlement de la CCI permet à la Cour de remplacer un arbitre qui *ne remplit pas ses fonctions conformément au Règlement ou encore dans les délais impartis*. Si cette disposition n'offre pas aux parties une alternative à la récusation, elle permet à la Cour *d'exercer un contrôle à la marge. On ne sous-estimera pas (...) l'effet dissuasif de l'existence de cette disposition ni du rappel discret qui en est parfois fait par la Cour à certains arbitres dans le cadre du suivi continu des dossiers* (70). Elle permet aussi de remplacer des arbitres qui n'ont pas démerité, mais qui pour des raisons diverses peuvent être écartés sans qu'une mesure de type péjoratif, comme la récusation, soit prise à leur rencontre.

16. *L'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral.* – En vertu de l'article 1704, § 2 f du Code judiciaire, une sentence peut être annulée si elle a été rendue par un tribunal arbitral irrégulièrement constitué (71). Cette cause d'annulation vise notamment la situation dans laquelle le tribunal arbitral est l'émanation d'une seule des parties au litige. Elle ne s'applique pas en revanche au défaut d'indépendance ou d'impartialité d'un ou de plusieurs arbitres (72). Il en va ainsi même si la cause de récusation n'a été connue qu'après le prononcé de la décision (73). L'irrégularité de la composition du tribunal arbitral n'est donc pas un moyen de remettre en cause, après coup, l'absence d'indépendance ou d'impartialité.

(66) Article 1703 alinéa 2 du Code judiciaire en ce qui concerne l'appel. Pour l'opposition et le pourvoi en cassation, voir *infra*.

(67) Article 1702bis du Code judiciaire.

(68) Article 1702bis du Code judiciaire.

(69) sur les voies de recours contre les sentences, nous renvoyons à l'article que J.-Fr. MOREAU et nous-mêmes avons consacré aux voies de recours contre la sentence arbitrale, in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Formation permanente CUP, Décembre 2002, pp. 265 à 317.

(70) Pierre GABRIEL et Jean VAN UYTVANCK, « La contestation d'arbitre ou les deux visages de Janus », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruylant, Bruxelles 2002, n° 19, p. 298.

(71) Article 1704 § 2 f.

(72) Article 1704, § 5 du Code judiciaire; *contra* Bruxelles (7<sup>e</sup> ch.) 8 octobre 2001, *J.T.* 2002, p. 635.

(73) Article 1704, § 5 *in fine* du Code judiciaire.



17. *La contrariété à l'ordre public.* — En vertu de l'article 1704 § 2 a du Code judiciaire, une sentence arbitrale peut être annulée si elle est contraire à l'ordre public. Le principe selon lequel le juge doit être indépendant et impartial constitue un principe général de droit, applicable à toutes les juridictions (74).

Les parties ne peuvent dispenser l'arbitre d'être impartial : *l'impartialité est (...) une garantie essentielle que le procès arbitral se déroule de manière équitable dans le respect des droits de chacune des parties et que la sentence soit rendue au vu des arguments avancés par celles-ci* (75). En revanche, on admet généralement que l'exigence d'indépendance n'est pas d'ordre public (76) : les parties pourraient y renoncer, soit expressément en désignant de commun accord une personne ayant des liens quelconques avec une partie ou un proche de celle-ci, ou tacitement en ne se prévalant pas, pendant la procédure arbitrale, d'une circonstance de nature à mettre en cause l'indépendance de l'arbitre (77).

L'absence d'indépendance ou d'impartialité pourrait-elle rendre la sentence elle-même contraire à l'ordre public ? Devant les juridictions étatiques, la récusation est une simple faculté offerte à celui qui a le droit de la proposer, et, faute d'être d'ordre public, le moyen fondé sur l'existence d'une cause de récusation ne peut être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation (78). En principe donc, l'absence d'indépendance ou d'impartialité ne permettra pas d'invoquer la contrariété de la sentence à l'ordre public, sauf si l'absence d'indépendance ou d'impartialité peut être le résultat d'une situation elle-même contraire à l'ordre public. Par exemple, la Cour de cassation a jugé qu'est d'ordre public le principe général de droit selon lequel nul ne peut être à la fois juge et partie dans la même cause (79). De même, notre Cour suprême considère qu'il y a violation d'une règle essentielle de l'administration de la justice quand un jugement est rendu par un magistrat directement

(74) Voir notamment à ce sujet VAN COMPERNOLLE et CLOSSET-MARONAL, « Droit judiciaire privé. Examen de jurisprudence 1985 à 1996 », *R.C.J.B.* 1997, n° 91, p. 545.

(75) GUY KEUTGEN, « Propos sur le statut de l'arbitre », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, n° 19, p. 936.

(76) *Contra* LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé », *R.D.P.B.*, Comp. VII, n° 136.

(77) GUY KEUTGEN, « Propos sur le statut de l'arbitre », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, n° 14, p. 930 ; voir aussi GUY KEUTGEN, « L'arbitrage, une institution à visage humain », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Formation permanente CUP, Décembre 2002, n° 10.4, p. 345.

(78) FETTWIS, *Manuel de Procédure civile, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège*, 1985, n° 623, p. 432.

(79) LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé », *R.D.P.B.*, Comp. VII, n° 136.

intéressé dans la cause (80). Si l'ordre public est violé, la nullité est absolue, et doit le cas échéant être soulevée d'office par le juge.

Aux Pays-Bas, le Hoge Raad a décidé dans un arrêt célèbre que

*« bij beantwoording van de vraag of het arbitraal vonnis vernietigbaar is wegens strijd met de openbare orde een strengere maatstaf [moet] worden aangelegd dan wanneer het gaat om de wraking of verschoning » (81).*

La nullité ne peut donc être invoquée que dans les circonstances suivantes

*« alleen dan plaats wanneer feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen op grond waarvan moet worden aangenomen dat [i] hetzij een arbiter bij het geven van de arbitrale beslissing in feite niet onpartijdig dan wel onafhankelijk was, [ii] hetzij omtrent diens toenmalige onpartijdigheid of onafhankelijkheid in zo ernstige mate twijfel mogelijk was dat het, de overige omstandigheden in aanmerking genomen, onaanvaardbaar zou zijn van de partij die in de arbitrage in het ongelijk is gesteld, te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt » (82).*

Selon le Hoge Raad, l'annulation de la sentence ne peut se justifier que dans la mesure où une partie invoque, à l'appui de sa demande, des faits ou des circonstances qui ne lui étaient pas connus et qu'elle n'était pas censée connaître pendant la procédure arbitrale. On doit sans doute approuver le principe; mais sa mise en œuvre appelle quelques questions, comme le démontrent les faits de l'affaire suivante. Il s'agissait d'un arbitre qui, après qu'il eut accepté sa nomination avait donné des conseils à l'actionnaire principal d'une des parties. L'arbitre s'était abstenu de notifier aux parties cette circonstance particulière. La partie succombante en avait été informée uniquement au cours de la procédure en annulation.

La situation était-elle aussi douteuse que la partie succombante le suggérait? Faudrait-il déduire de cet arrêt du Hoge Raad que les arbitres qui ne notifient pas les circonstances qui peuvent faire surgir un doute justifié sur leur indépendance ou leur impartialité (83) et qui veulent garder le silence sur de telles circonstances, jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale, peuvent faire en sorte que la sentence ne puisse être attaquée?

Les garanties organisées par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme sont d'ordre public. En vertu de cette disposi-

(80) Voir la note J.V. sous cassation 13 octobre 1975, *Pas.* 1976, I, pp. 181 et s., spécialement p. 183.

(81) *Nordström c. Nigoco*, HR 18 februari 1994, *N.J.* 1994?, 765 m.n. HJS; gearnoteerd door P. SANDERS in *T.V.A.* 1994, pp. 187 e.v.

(82) *Nordström c. Nigoco*, HR 18 februari 1994, *N.J.* 1994? 765 m.n. HJS; gearnoteerd door P. SANDERS in *T.V.A.* 1994, pp. 187 e.v.

(83) Voir l'article 1034 du Code de procédure civile néerlandais.

tion, que nous avons déjà évoquée, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal indépendant et impartial. Sans doute, l'application de la Convention ne s'impose-t-elle pas directement aux arbitres qui n'ont pas de for, ne constituent pas une juridiction de l'Etat et ne le représentent pas (84). L'application de la convention à l'arbitrage se fait de façon indirecte, au stade du contrôle par le juge étatique de la régularité de la procédure arbitrale; mais à ce stade, elle doit nécessairement avoir lieu (85). Le caractère d'ordre public des garanties de l'article 6 ne fait pas obstacle à une renonciation partielle à celles-ci, pour autant que cette renonciation ne soit entachée d'aucune contrainte (86). En revanche, une renonciation générale ne serait pas valable (87).

Si un arbitre tait les liens étroits qu'il entretient avec une partie, l'article 6 peut sans doute être invoqué. Mais le résultat n'est pas garanti. Si les arbitres ont été librement choisis par les parties, celles-ci peuvent-elles se plaindre de la situation qu'elles ont créée, dès lors qu'elles ont assumé leur responsabilité en exprimant librement leur volonté avant la naissance du litige (88)? La Cour d'appel de Bruxelles a récemment jugé que :

*le caractère d'ordre public des garanties de l'article 6 § 1<sup>er</sup> (...) ne s'oppose pas à ce que les parties à un litige renoncent à ces garanties en décidant, librement, de soustraire le litige aux juges institués par la loi pour le soumettre à un tribunal arbitral, constitué conformément à leurs accords (89).*

S'il est admis que le droit de récusation n'est pas d'ordre public (90), que les parties peuvent y renoncer et que les causes de récusation peu-

(84) Alexis MOURRE, « Réflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable en matière d'arbitrage après les arrêts des 6 novembre 1999 et 20 février 2001 de la Cour de cassation française », in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Coll. *Droit et Justice*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles 2001, n° 17, p. 35.

(85) Alexis MOURRE, « Réflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable en matière d'arbitrage après les arrêts des 6 novembre 1999 et 20 février 2001 de la Cour de cassation française », in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Coll. *Droit et Justice*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles 2001, n° 10 et 11, pp. 30 et 31.

(86) Pierre LAMBERT, « L'arbitrage et l'article 6 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme », in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Coll. *Droit et Justice*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles 2001, n° 4, p. 16; Commission, Décision du 5 mars 1962, req., n° 1197/61, *Ann. Conv.*, Vol. V, p. 88, *Rec.*, n° 8, p. 68; cf. arrêt *Deweert* du 27 février 1980, série A, n° 35, pp. 25 et s., § 49; VELD, « Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.P.B. Comp.* VII, n° 407.

(87) Pierre LAMBERT, « L'arbitrage et l'article 6, 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme », in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Coll. *Droit et Justice*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles 2001, n° 6, p. 21.

(88) Ernest KRINGS et Lambert MATRAY, « Le juge et l'arbitre », *Revue de droit international et droit comparé*, 1982, pp. 227 et s., spécialement pp. 254 à 258.

(89) Bruxelles (7<sup>e</sup> ch.) 8 octobre 2001, *J.T.* 2002, p. 635.

(90) En ce sens, Guy KEUTGEN, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.* 1998, n° 15, p. 764. LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé », *R.P.D.B. comp.* VII, n° 172, alinéa 3.; BERNARD, *L'arbitrage volontaire en droit privé*, n° 331.

vent être couvertes, les qualités qui justifient la récusation pourraient-elles être d'ordre public, alors que la récusation elle-même ne l'est pas ? Une réponse négative semble s'imposer. Il en va d'autant plus ainsi que le Code judiciaire prévoit expressément que « une partie ne peut récuser un arbitre que pour une cause dont elle a eu connaissance après sa désignation » (91).

Encore faut-il se demander si la solution ainsi dégagée est opportune. Le projet de rapport de l'IBA condamne certainement les renonciations partielles aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : il estime en effet que *this provision should be considered as the minimum standard with regard to impartiality and independence of the arbitrator* (92) (93).

18. *La fraude.* — Enfin, une sentence peut être annulée si elle a été obtenue par fraude (94). La fraude dans l'arbitrage désigne des manœuvres qui pervertissent le sens et les conditions du déroulement de l'instance arbitrale (95). La notion de fraude implique nécessairement un dol (96), c'est-à-dire une tromperie qui a été la cause déterminante de l'acte. Ce dol peut émaner de l'une des parties, de ses représentants, ou de l'un des arbitres (97). Si le mensonge porte sur les qualités de l'arbitre, cette cause d'annulation pourrait le cas échéant être invoquée.

### III. — INDEPENDANCE ET IMPARTIALITE. LES APPLICATIONS

19. *Plan.* — L'indépendance et l'impartialité imposent que l'arbitre n'ait pas au moment de la procédure arbitrale et n'ait plus eu depuis longtemps avant celle-ci de relations avec une partie ou avec une personne trop proche de celle-ci (§ 1<sup>er</sup>). Mais les contraintes liées à ces qua-

(91) Article 1690 § 2 du Code Judiciaire.

(92) *Projet IBA* p. 14.

(93) Article 1704 § 3 a du Code judiciaire.

(94) Les relations entre fraude et arbitrage sont complexes : on peut principalement distinguer deux cas de figure : la fraude dans l'arbitrage et la fraude par l'arbitrage. Le problème de la fraude objet de l'arbitrage relève lui de la question de l'arbitrabilité.

(95) Matthieu de BOISSISSON, « L'arbitrage et la fraude », *Rev. arb.*, 1993, 3.

(96) Ch. des repr., doc. 988, n° 1, p. 26, n° 121.

(97) Selon certains auteurs, il est également possible d'obtenir l'annulation d'une sentence obtenue suite au dol d'un tiers (A. BOEHLE, *T.P.R.*, 1973, pp. 44 et 45; FETTWISS, *op. cit.*, p. 709). D'autres, s'appuyant sur la volonté des auteurs de la loi, considèrent cependant le contraire (HUYS et KEUTGEN, *op. cit.*, p. 365; LINSMEAU, *op. cit.*, p. 104; LIEVENS, *op. cit.*, p. 70) arguant en outre que cette question peut être appréhendée par le biais de l'article 1704, 3b et par le droit commun. HUYS et KEUTGEN (*op. cit.*, p. 365) citent à ce sujet DE PAGE (t. 1<sup>er</sup>, p. 57, n° 52) : « la partie qui s'est rendue même passivement complice des manœuvres dolieuses d'un tiers les fait en réalité siennes et doit subir, selon le droit commun, la nullité ».

lités sont plus vastes. Elles concernent aussi les rapports que l'arbitre pourrait avoir avec le centre d'arbitrage (§ 2), avec les autres arbitres (§ 3) et avec le secrétaire du tribunal arbitral (§ 4).

Les difficultés que rencontrent les arbitres, et la volonté d'adopter des solutions communes auxquelles pourraient se référer non seulement les juges privés, mais aussi le cas échéant les juridictions étatiques confrontées par exemple à des procédures de récusation ont conduit un groupe de travail de l'IBA à établir un projet de rapport à propos des règles éthiques que devraient suivre les arbitres dans les arbitrages commerciaux internationaux (98). Nous nous y référerons ci-dessous à plusieurs reprises.

#### § 1<sup>er</sup>. – *L'arbitre et les parties*

20. *Les rapports entre un arbitre et une partie.* – Nous avons rappelé ci-dessus que l'arbitre ne doit dépendre de personne, que l'exigence d'indépendance auquel il est soumis lui interdit toute forme de lien, d'affiliation ou de besoin qui pourrait influencer son jugement, et que l'appréciation doit se faire de façon objective. Nous avons dit également que l'impartialité consiste à ne pas se laisser envahir ou dominer par des opinions préconçues et des facteurs étrangers aux mérites de la cause et qu'elle est de nature subjective.

Il en résulte que l'arbitre doit être étranger aux parties (99). Pendant la procédure et pendant une longue période auparavant, il ne peut ni avoir donné de conseils juridiques ou techniques à une partie, ni avoir eu des relations pécuniaires avec une des parties au litige, ni avoir été mêlé directement ou indirectement à l'affaire litigieuse (100). Aux USA, la Cour suprême a jugé qu'une partie est disqualifiée d'être arbitre du seul fait qu'elle a eu précédemment avec l'une des parties des rapports d'affaires, desquels elle a tiré un profit (101).

Mais l'examen ne doit pas porter seulement sur la période antérieure ou concomitante à l'arbitrage. La Cour d'Appel de Paris a dû trancher une affaire dans laquelle était invoqué le fait que depuis le prononcé de la sentence, l'un des fils de l'arbitre exerçait des fonctions dans une des sociétés parties à l'arbitrage (102). Dans le même registre, elle avait déjà

(98) Draft joint report of the working group on guidelines regarding the standard of bias and disclosure in international commercial arbitration, ci-après cité comme le projet IBA.

(99) *Projet IBA* p. 26 (black list, situation, n° 3).

(100) Voir le projet IBA, n° 6.2.1., p. 26 (black list, situation, n° 1).

(101) R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris 1982, n° 279, p. 357.

(102) Paris, 19 novembre 1993, *Rev. arb.* 1996, 419.

considère qu'un arbitre embauché par une partie dès le lendemain du prononcé n'était plus suffisamment indépendant (103).

Les cas d'application du principe selon lequel l'arbitre doit être étranger aux parties sont nombreux. C'est ainsi que ne peuvent être arbitres :

- le président du conseil d'administration d'une des parties (104);
- le membre de l'organe de l'une d'elles, par exemple un administrateur de celle-ci (105); toutefois, il est concevable que le conseil d'administration d'une association désigne un collège chargé de trancher les litiges entre associés (106);
- l'associé d'une des parties (107);
- l'actionnaire important d'une société qui serait amenée à reprendre la dette du défendeur, si celui-ci perdait l'arbitrage (108);
- la personne ayant été liée avec une des parties par un contrat de travail (109) ou engagée par une partie immédiatement après sa désignation en tant qu'arbitre (110);
- l'architecte chargé de trancher un conflit entre un entrepreneur et un maître de l'ouvrage, alors que cet architecte a dirigé les travaux (111);
- le consultant financier d'une société appartenant au groupe participant à l'arbitrage (112);
- le conseiller juridique d'une entreprise partie à la cause (113);
- la personne qui parallèlement aux opérations d'arbitrage, poursuit une mission personnelle et rémunérée de conseil et d'assistance technique auprès de l'une des parties à l'arbitrage (114).

(103) Paris 2 juillet 1992, cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec 1996, n° 1030, p. 583.

(104) Marcel HUYS et Guy KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles 1981, n° 182, p. 162; LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé », *R.D.P.B.*, Comp. VII, n° 138.

(105) Cité par LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé », *R.D.P.B.*, Comp. VII, n° 138.

(106) Marcel HUYS et Guy KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles 1981, n° 182, pp. 162 et 163.

(107) Marcel HUYS et Guy KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles 1981, n° 182, p. 162.

(108) ATF 111 Ia 72, § 2, p. 74, cité par Teresa GIOVANNINI, « Arbitres et institutions d'arbitrage : conflits d'intérêt », *R.D.A.I.* 2002, pp. 632 et 633.

(109) Marcel HUYS et Guy KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles 1981, n° 179, p. 161.

(110) Paris 2 juillet 1992, *Sté Raoul Duval v. Sté Merkuria Sueden*, cité par Teresa GIOVANNINI, « Arbitres et institutions d'arbitrage : conflits d'intérêt », *R.D.A.I.* 2002, p. 634.

(111) Marcel HUYS et Guy KEUTGEN, « L'arbitrage en droit belge et international », Bruylant, Bruxelles 1981, n° 182, p. 162; LINSMEAU, *L'arbitrage volontaire en droit privé*, *R.D.P.B.*, Comp. VII, n° 138.

(112) Paris, 9 avril 1992, *Rev. arb.* 1996, 483; *Rev. crit. DIP*, 1993, Som. 760.

(113) Marcel HUYS et Guy KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles 1981, n° 179, p. 161.

(114) TGI Paris (réf.), 15 janvier 1988, *Rev. arb.* 1988, 316, note Jean ROBERT.

De façon générale, la personne qui peut avoir un intérêt personnel, même potentiel, à la solution du litige ne peut être arbitre (115). Il en va de même si cet intérêt est non celui de l'arbitre, mais d'une personne qui lui est proche (116). Mais la difficulté ne se limite pas aux seules relations pécuniaires. Par exemple, ne peuvent non plus être arbitres :

- la personne qui a rédigé le contrat litigieux (117);
- le parent, le conjoint ou l'allié d'une partie ou du conjoint ou de l'allié de celle-ci (118);
- la personne qui mène un procès avec l'une des parties ou celle à l'égard de laquelle une des parties éprouve une inimitié capitale (119).

En revanche, la religion d'un arbitre, son origine ethnique ou nationale, son sexe, son âge, sa classe sociale, ses moyens, son orientation sexuelle, ses antécédents sociaux, académiques ou professionnels, ses liens politiques, sa qualité de membre d'organismes sociaux, sportifs ou caritatifs ne devraient pas susciter d'objections pertinentes à sa nomination, sauf circonstances exceptionnelles (120).

21. *L'avocat*. - Les avocats sont fréquemment choisis pour siéger en qualité d'arbitre. Leur compétence juridique, leur expérience judiciaire et leur indépendance justifient sans doute ce choix. C'est précisément parce que l'indépendance constitue une des bases de la profession (121) que l'avocat doit se montrer digne du choix dont il est l'objet, et ne pas se mettre en posture de subir une procédure de récusation.

Un avocat qui a représenté une partie et qui assumerait les fonctions d'arbitre doit être récusé (122). Il en va de même si l'avocat a non représenté, mais seulement conseillé la partie, ou si, même sans avoir représenté ou conseillé dans la même cause, il est le conseil habituel d'une des parties ou encore, si, sans être le conseil habituel, il est le

(115) LINSMEAU, L'arbitrage volontaire en droit privé, *R.D.P.B.*, Comp. VII, n° 173.

(116) *Projet IBA*, page 26 (black list, situation, n° 2).

(117) Teresa GIOVANNINI, « Arbitres et institutions d'arbitrage : conflits d'intérêt », *R.D.A.I.* 2002, p. 633.

(118) Marcel HUYS et Guy KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles 1981, n° 180, p. 161.

(119) Marcel HUYS et Guy KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles 1981, n° 183, p. 163.

(120) Comp. la décision rendue dans l'affaire *Locavail (UK) Ltd v. Bayfield Properties Limited and Another* [2000] 1 All ER 65, à propos d'un juge étatique, citée par Teresa GIOVANNINI, « Arbitres et institutions d'arbitrage : conflits d'intérêt », *R.D.A.I.* 2002, pp. 635 et 636.

(121) En ce sens Pierre LAMBERT, *Règles et usages de la profession d'avocat du Barreau de Bruxelles*, Bruylant, Bruxelles 1994, p. 284.

(122) Voir notamment Albert FETTWIS, *Manuel de procédure civile, Faculté de droit, d'économie et de science sociale de Liège*, 1985, n° 1123, p. 687.

conseil pour une affaire en cours (123). S'il n'était pas recusé, la sentence pourrait être déclarée contraire à l'ordre public : il y a violation d'une règle essentielle de l'administration de la justice quand un jugement est rendu par un magistrat directement intéressé dans la cause (124). On rappellera cependant que, comme nous l'avons exposé ci-dessus, le défaut d'indépendance de l'arbitre ne doit pas être considéré de façon générale comme un cas de violation de l'ordre public (125).

L'avocat mérite une mention particulière parce qu'il ne peut se contenter de respecter les conditions légales de l'article 1690 du Code judiciaire ou les règles d'incompatibilité prévues par les centres d'arbitrage. Il reste soumis, même en qualité d'arbitre, aux règles de déontologie du barreau, qui sont généralement plus exigeantes. Pierre Lambert souligne par exemple que la désignation éventuelle d'un avocat par une des parties ne peut « à l'évidence, l'investir du rôle d'avocat de complément au sein du Tribunal arbitral » (126).

Les exigences sont grandes, et elles ne se limitent pas aux rapports directs d'une partie au litige, et de l'avocat choisi comme conseil. Elles concernent aussi les relations qui pourraient exister entre l'arbitre et le conseil d'une des parties. Le Cepani a mis au point des règles de bonne conduite applicables aux procédures conduites sous son égide. Elles prévoient expressément que l'arbitre doit être indépendant, non seulement des parties, mais aussi de leurs conseils, et qu'une fois nommé sur proposition d'une partie, l'arbitre s'engage à ne plus avoir de relations, non seulement avec cette partie, mais aussi avec son conseil.

Le tribunal fédéral suisse a écarté la désignation comme arbitre d'un juge cantonal en considération du fait que l'épouse de ce juge était la collaboratrice de l'avocat d'une des parties (127). La Cour d'appel de Paris a conclu à la violation du devoir d'indépendance de l'arbitre dans une affaire dans laquelle l'arbitre était le beau-père du conseil d'une

(123) Si un juge prend une décision dans une cause dans laquelle il est intervenu antérieurement en tant qu'avocat d'une des deux parties, le problème ne relève pas seulement de la procédure de récusation, mais met en cause une règle essentielle de l'administration de la justice selon laquelle nul ne peut être à la fois juge et partie dans une même cause, dans une cause ou peuvent être opposées, entre les mêmes parties, des moyens identiques (Cass. 13 octobre 1975, *Pas.* 1976, I, 181).

(124) Voir la note J.V. sous cassation, 13 octobre 1975, *Pas.* 1976, I, pp. 181 et s., spécialement p. 183.

(125) Contra LENSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé belge », *R.P.D.B.* comp. VII, v° « Arbitrage volontaire en droit privé », n° 136; pro voir HORSMANS, « Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage », *Rev. arb.* 1992, p. 14.

(126) Pierre LAMBERT, *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, 3<sup>e</sup> édition complétée et mise à jour, Bruylant, Bruxelles 1994, p. 284.

(127) Trib. Féd. 26 octobre 1966, cité par R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *Economica*, Paris 1982, n° 280, p. 358.



partie (128). De même, l'épouse de l'arbitre ne pourrait être la collaboratrice de l'avocat d'une des parties (129). Comme le souligne Marc Henry, *l'existence de liens de parenté entre l'arbitre et le conseil d'une partie (...) constitue à n'en point douter un facteur objectif d'atteinte à l'exigence d'indépendance particulièrement grave, que peu d'éléments subjectifs, voire aucun, ne devraient pouvoir tempérer* (130).

La Cour de cassation de France n'a pas admis que l'on puisse désigner comme arbitre l'associé du conseil d'une des parties (131). En revanche, la Cour d'Appel de Paris a admis, en s'appuyant sur la pratique anglaise, que deux *barristers* puissent être, l'un, le conseil d'une partie à un arbitrage, et l'autre le président du tribunal arbitral, au motif que l'appartenance à une même chambre de *barristers* ne crée pas des intérêts communs ou une quelconque dépendance économique ou intellectuelle, les membres d'une même chambre étant fréquemment appelés à plaider l'un contre l'autre (132).

Aux Pays-Bas aussi, l'existence d'une relation entre un arbitre et l'avocat d'une partie peut conduire à la récusation. Dans l'affaire entre LINDWER et BARCHAS, le rabin JUST avait été choisi comme arbitre. BARCHAS était représentée dans l'arbitrage par Monsieur LOONSTEIN. Après que la nomination de JUST soit intervenue, il apparut à LINDWER que le frère de Monsieur LOONSTEIN avait épousé la fille de l'arbitre JUST. En outre, comme le soulignait la décision qui intervint dans cette affaire,

*rabbijn Just in vroeger jaren de leraar is geweest van Mr. Loonstein en dat ook thans een leraar-leerling band tussen hen aanwezig is, waarbij Mr. Loonstein rabbijn Just regelmatig raadpleegt, met name over vragen die de willeg van de Talmood betreffen.*

C'en était trop pour le juge qui, à bon droit, décida que la demande de récusation était fondée (133).

Le Conseil de l'Ordre du Barreau de Bruxelles a décidé le 16 novembre 1982 que deux avocats associés pouvaient siéger au sein d'un même collège arbitral lorsque les parties étaient d'accord à ce sujet (134). Nous pensons cependant que seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier une telle situation car si les arbitres peuvent

(128) Paris 1<sup>er</sup> ch. C, 12 janvier 1999, *Rev. arb.* 1999, p. 381.

(129) Marcel HUYS et Guy KEURGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles 1981, n° 179.

(130) Marc HENRY, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. arb.* 1999, n° 27, p. 212.

(131) Cass. com. 16 juillet 1964, *Rev. arb.* 1964, p. 125.

(132) Paris, 28 juin 1991, *Rev. arb.* 1992, 568, note P. BILLET.

(133) Press. Rb Amsterdam, 29 december 1988, *T.V.A.* 1989, pp. 103-106, m.u. P. SANDERS.

(134) Pierre LAMBERT, *ibidem*.

être aisément, même dans cette situation, être indépendants des parties, ils ne le sont pas l'un de l'autre.

Il nous paraît certain, en revanche, que l'avocat qui a exercé les fonctions d'arbitre peut devenir le conseil d'une des parties lorsque deux ans se sont écoulés depuis le prononcé de la sentence (135). Mais la situation peut être source de difficultés, si un délai de carence suffisant n'est pas observé, ou encore si des circonstances particulières, comme la reprise d'un cabinet, ne peuvent être invoquées. Nous avons rappelé au numéro qui précède que la Cour d'Appel de Paris avait connu de deux affaires particulières : dans la première, l'un des fils de l'arbitre exerçait des fonctions dans une des sociétés parties à l'arbitrage depuis le prononcé de la sentence (136), et dans la seconde, un arbitre avait été embauché par une partie dès le lendemain du prononcé (137). Qu'ils soient fondés ou non, les doutes que peuvent faire naître de telles situations doivent inciter à la prudence. Mais jusqu'où pousser celle-ci ? Les circonstances particulières de l'espèce commanderont sans doute la solution.

Les relations entre un avocat et ses clients sont aussi scrutées avec attention. Le tribunal fédéral suisse a annulé une sentence au motif qu'un témoin clé avait été par le passé client de l'arbitre unique, dans une affaire sans lien avec l'arbitrage en cause. Le tribunal considéra en effet qu'il était concevable qu'en raison du domaine de spécialisation de l'arbitre, le témoin devienne à nouveau son client (138).

22. *Quelques questions.* – Dans la vie des affaires, tous les cas ne sont pas aussi nets que ceux que nous avons évoqués ci-dessus. Nous nous permettrons d'en citer quelques exemples :

- comment traiter le cas de l'arbitre nommé pour résoudre un litige dont la solution présente de l'importance pour une entreprise qui n'est pas partie au différend, mais auquel l'arbitre est lié ?
- il est de pratique courante que l'avocat propose le nom d'un arbitre à la partie dont il défend les intérêts. Comment en irait-il autrement sans compromettre un des avantages essentiels de l'arbitrage, la confiance dans un ou plusieurs arbitres réputés pour leur honorabilité et leur compétence. Faut-il admettre le point de vue selon lequel l'indépendance de l'arbitre serait mise en cause s'il tirait un part impor-

(135) Comp. Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995, *Rev. de l'Arb.* 1996, p. 456. Vérifier s'il s'agissait bien d'un avocat en l'espèce.

(136) Paris, 19 novembre 1993, *Rev. arb.* 1996, 419.

(137) Paris 2 juillet 1992, cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec 1996, n° 1030, p. 583.

(138) *Rev. arb.* 1989, p. 505. A compléter.

tante de ses revenus de la relation existante entre lui ou elle et le conseil en question (139)? La question ne se pose du reste pas seulement pour les relations avec l'avocat, mais aussi avec les centres d'arbitrage.

- le Président du Tribunal de Grande Instance de Paris, dans une affaire qui lui était soumise en référé, a considéré que le seul fait d'avoir été le conseil d'un groupe pouvait constituer un facteur objectif d'atteinte à l'exigence d'indépendance de l'arbitre qui aurait été amené à trancher un différend auquel était partie une société du groupe (140). Le principe semble incontestable. Mais la définition de la notion de groupe, dans le monde international, sera-t-elle toujours aisée à tracer, alors qu'avant d'accepter sa mission, l'arbitre ne dispose guère de moyens d'investigation?
- l'avocat doit-il abandonner son client et la défense de la cause qui lui a été confiée si l'arbitre choisi indépendamment de lui est un de ses proches, ou peut-il considérer que l'indépendance objective de l'arbitre est un problème qui ne relève que de l'arbitre et dont il n'a pas à se soucier?
- il est généralement admis que l'avocat qui n'a émis qu'une opinion générale ou académique sur le ou les points qui sont en litige dans une procédure peut néanmoins être choisi comme arbitre (141). Mais comment tracer la limite entre les différents types d'opinion admissibles?

## § 2. - *L'arbitre et le centre d'arbitrage*

23. *Le privilège dans la désignation des arbitres la rupture d'égalité.* - Certaines fédérations ou associations imposent à leurs membres, dans leurs statuts, le recours à l'arbitrage sous leur égide, même dans l'hypothèse où le différend oppose un membre à la fédération ou à l'association. Bien entendu, si l'arbitre unique peut être nommé de commun accord et, si, à défaut d'accord, un tiers neutre et indépendant procède à la nomination, il n'y a pas de difficulté. De même, si chaque partie au différend nomme son arbitre, sans qu'il soit question de restriction au choix à opérer, il n'y a pas davantage de problème.

En revanche, il peut arriver que l'association ou la fédération soit en mesure de nommer ou d'influencer la nomination du ou des arbitres, et

(139) Teresa GIOVANNINI, « Arbitres et institutions d'arbitrage : conflits d'intérêt », *R.D.A.I.* 2002, pp. 632.

(140) Trib. gr. inst. Paris (ord. réf.), 27 janvier 1999, cité par Marc HENRY, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. de l'Arb.* 1999, n° 24, p. 210.

(141) Voir par exemple la liste blanche du projet IBA, n° 6.3.1, p. 27.

que les arbitres nommés soient liés à la fédération ou l'association. Si cette dernière condition n'est pas remplie, le principe mis en cause est avant tout celui de l'égalité, du moins aux yeux de la loi belge et de la loi néerlandaise.

En vertu de l'article 1678, § 1<sup>er</sup> du Code judiciaire en effet, la convention d'arbitrage n'est pas valable si elle confère à une partie une situation privilégiée en ce qui concerne la désignation de l'arbitre ou des arbitres (142).

L'article 1028 du Code de procédure civile néerlandais dispose quant à lui comme suit

*Indien in de overeenkomst tot arbitrage aan een der partijen een bevoorrechte positie bij de benoeming van de arbiter of arbiters is toegekend, kan de wederpartij, in afwijking van de in deze overeenkomst nedergelegde benoemingsregeling, binnen een maand nadat de zaak ahangig is, de voorzieningenrechter van de rechtbank verzoeken de arbiter of arbiters te benoemen.*

Le système retenu est différent de celui du Code judiciaire : la convention d'arbitrage reste valable, mais il appartient au juge des mesures provisoires, — l'ancien Président du tribunal —, de procéder le cas échéant à la nomination de l'arbitre ou des arbitres. De cette disposition du Code de procédure civile, les tribunaux hollandais ont fait quelques applications.

Le règlement d'arbitrage d'une Confédération Overijssels de la Gueldre prévoit que son conseil d'administration nomme les arbitres. Les deux parties à l'arbitrage sont membres de la confédération, mais il apparaît que l'une d'elles est fortement représentée au conseil d'administration de la Confédération. Pour le Président du tribunal de Zwolle, cette situation justifie qu'en application de l'article 1028, les règles de nomination des arbitres soient écartées.

Une autre affaire concerne les règles de la Commission d'arbitrage de l'association générale pour le commerce des marchandises (143). Une entreprise appelée Provimi n'est pas satisfaite des marchandises livrées par son fournisseur, Interjute, et entame une procédure d'arbitrage. Les règles de la Commission prévoient cependant qu'au moins deux des trois arbitres doivent être membres de la Commission d'arbitrage. Provimi

(142) Voir par exemple, Comm. Louvain, 19 septembre 1989, *R.D.C.* 1990, p. 1022 et la note VAN HOUTRE, « De geldigheid van het arbitragebeding dat arbitrage toevertrouwt aan een beroepsorganisatie »; voir aussi Guy KRUYGEN, « Variations sur le concept d'arbitrage », in *Le juriste dans l'entreprise*, Bruylant, Bruxelles 1989, n° 21, p. 329.

(143) Arbitrage Commissie van de Algemene Vereniging voor de Zakkenhandel.

invoque l'absence de neutralité du système mis ainsi en place (144). Les magistrats néerlandais motivent leur décision en ces termes :

*uit het enkele feit dat de arbiters in meerderheid uit de Zakkenhandel afkomstig zijn mag niet worden afgeleid, dat zij als arbiter onvoldoende neutraal zouden zijn. (...) dat het technisch karakter van de materie in casu het bepaald wel onwenselijk maakt ook deskundigen uit de zakkenhandel zelf hun oordeel over dit conflict zullen geven.*

Les tribunaux hollandais ont eu aussi à connaître de leur propre affaire *Dutco*. Un accord de joint - venture conclu entre trois parties prévoit que chacune d'elles désigne un arbitre et, au cours du litige, il apparaît que deux parties faisaient front contre la troisième. Le président du Tribunal de La Haye écarte les règles de nomination sur base de l'article 1028 (145).

Du reste, dans le commentaire explicatif de la loi néerlandaise sur l'arbitrage (146), on trouve l'affirmation selon laquelle une partie se trouve en position privilégiée si elle établit seule une liste sur laquelle les arbitres doivent être choisis (147).

24. *Rupture d'égalité ou absence d'indépendance des parties.* - En Suisse, les tribunaux ont déjà eu à connaître de cas dans lesquels des associations ou fédérations étaient parties à un arbitrage et en même temps responsables de la nomination d'un ou plusieurs arbitres. Madame Giovannini rapporte que

*Le Tribunal fédéral (suisse) a considéré que ces tribunaux ne satisfaisaient pas à l'exigence d'indépendance, et que leurs sentences étaient dès lors susceptibles d'être revues par des juridictions étatiques. Dans une affaire similaire, la question de l'indépendance du Tribunal Arbitral du Sport (TAS) a été examinée en raison de la relation de celui-ci au Comité international Olympique (CIO), mais le Tribunal Fédéral a considéré qu'il était suffisamment indépendant (148).*

Le tribunal de Grande Instance de Paris a également eu à connaître d'une affaire dans laquelle les arbitres nommés par l'institution d'arbitrage étaient le Président et le Vice-Président de l'institution. Le juge français décida de renvoyer les parties devant l'institution elle-même (149).

(144) « Branche-vriendelijk ».

(145) Pres. Rb. Den Haag, 23 januari 1987, *T.V.A.* 1987, p. 92 n.o., P. SANDERS.

(146) Memorie van Toelichting op de Nederlandse arbitragewet.

(147) *T.V.A.* 1986, p. 61.

(148) Teresa GIOVANNINI, « Arbitres et institutions d'arbitrage : conflits d'intérêt », *R.D.A.I.* 2002, p. 633.

(149) Teresa GIOVANNINI, « Arbitres et institutions d'arbitrage : conflits d'intérêt », *R.D.A.I.* 2002, p. 635.

§ 3. – *L'arbitre et les autres arbitres*

25. *Le cas des arbitres associés.* – Le projet de rapport de l'IBA d'octobre 2002 inclut dans sa liste grise la situation suivante :

*The arbitrator and another arbitrator are partners in the same law firm or of the same barrister chambers.*

A cette situation est liée une obligation de révélation (150). L'association de deux arbitres au sein d'un même bureau d'avocats fait-elle raisonnablement douter de l'indépendance et de l'impartialité des personnes au point de justifier une récusation, et dans l'affirmative, de qui? Cette situation est manifestement très différente de celle dans laquelle arbitre et avocat appartiennent à la même société d'avocats.

§ 4. – *L'arbitre et le secrétaire du tribunal arbitral*

26. *Les dispositions de la loi néerlandaise.* – Le Code de procédure civile néerlandais est une des seules lois sur l'arbitrage à imposer au secrétaire du tribunal arbitral les mêmes exigences d'indépendance et d'impartialité que celles prévues pour les arbitres (151).

Le professeur SANDERS propose toutefois de réformer cette règle, et ce, pour deux motifs. D'abord, elle serait exceptionnelle. Ensuite, il n'existerait pas, à sa connaissance, de cas dans lequel une récusation du secrétaire aurait eu lieu.

Toutefois, dans quelques affaires, la demande de récusation des arbitres a été étendue au secrétaire du tribunal arbitral. En outre, si elles devraient être limitées à celles d'un greffier dans une juridiction étatique, les tâches d'un secrétaire sont parfois très étendues. Il en va en particulier ainsi lorsque les arbitres ne sont pas des juristes, comme par exemple dans beaucoup d'arbitrages du Conseil d'arbitrage de la construction aux Pays-Bas (152). Dans l'ordre international, la mission du secrétaire fait aussi l'objet de nombreuses réflexions (153).

## IV. – CONCLUSIONS

27. *La rigueur est-elle aujourd'hui de mise?* – Les exigences d'indépendance et d'impartialité sont de plus en plus strictes. La chose est vraie

(150) Voir le point 6.1, p. 26 du projet IBA.

(151) Article 1033, alinéa 1 et 1034 alinéa 1 R.V.

(152) Raad van Arbitrage voor de Bouw in Nederland.

(153) Voir C. PARTASIDES, « The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals », *International Arbitration 2000*, n° 2, pp. 147-163.

dans l'ordre national. Elle l'est sans doute plus encore dans l'ordre international. Il en va d'autant plus ainsi que, comme en témoigne la position prise par le projet IBA, la double exigence, – et non seulement l'indépendance ou l'impartialité –, semblent correspondre à un vœu des praticiens du commerce international.

Certains soutiennent que des exigences excessives seraient de nature à mettre en péril la disponibilité d'un nombre suffisant d'arbitres sur le plan international. L'argument ne paraît pas péremptoire dans ce domaine comme dans beaucoup d'autres, l'offre n'est-elle pas supérieure à la demande? En revanche, des exigences exorbitantes, comme celles qui permettraient de récuser comme arbitre toute personne qui aurait eu n'importe quel contact même anodin, avec, au choix, une partie, l'un de ses conseils dans l'affaire litigieuse ou dans d'autres affaires, le centre d'arbitrage, un témoin, et ce quel que soit le contexte dans lequel le contact en question aurait eu lieu, et le temps écoulé depuis celui-ci... pourraient ouvrir la porte à des demandes de récusation introduites à des fins dilatoires. Rien ne serait plus contraire à l'esprit de l'arbitrage.

Les contestations d'arbitre, – entendues au sens de l'ensemble de voies juridiques pouvant aboutir au retrait d'un arbitre, pressenti ou entré en fonction, en raison des critiques dont il est l'objet –, sont peut-être plus fréquentes aujourd'hui qu'hier. Mais la croissance ne semble pas spectaculaire, si l'on consulte par exemple les chiffres de la CCI (154).

28. *L'arbitre est le contrôleur en première ligne.* – Il ne nous paraît guère contestable que c'est d'abord à l'arbitre lui-même de décider s'il se sent suffisamment indépendant ou impartial pour accepter la mission qu'on lui propose. Tout comme celle de l'avocat, la qualité de l'arbitre se mesure non aux affaires qu'il traite, mais à celles qu'il refuse.

Cette nécessité de donner la première responsabilité à l'arbitre lui-même nous semble découler de la nature même de l'arbitrage; elle se fonde aussi sur des nécessités pratiques, en particulier dans le domaine international. On peut trouver une confirmation de ces deux affirmations dans le projet de rapport de l'IBA. Le document rappelle à la fois que c'est d'abord à l'arbitre lui-même de décider s'il est indépendant ou

(154) Voir sur les chiffres officiels, Pierre GABRIEL et Jean VAN UYTVANCK, « La contestation d'arbitre ou les deux visages de Janus », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruylant, Bruxelles 2002, n° 10 et n° 12, pp. 292 et 293. Les chiffres cités par ces auteurs doivent être lus en tenant compte du fait qu'ils incluent tant les contestations introduites ou en puissance que les cas dans lesquels une déclaration d'indépendance avec réserve est à l'origine de la difficulté.

impartial (155), et que l'examen des cas concrets dans lesquels un arbitre doit refuser sa mission diffère parfois selon que sa culture juridique est celle de tel ou tel État (156).

29. *Quelques lignes de conduite.* — Sans doute, le jugement que l'on porte soi-même sur son indépendance et son impartialité est-il subjectif, et donc criticable. Mais certains principes peuvent guider la réflexion.

D'abord, l'arbitre doit prendre en considération tous les facteurs qui permettraient de mettre en doute son indépendance et son impartialité. Il nous semble que l'analyse à laquelle doit procéder l'arbitre est de nature objective. La conception objective a le mérite de la facilité. En réalité, le manque d'indépendance, établie par l'existence d'un élément objectif, ne suffira jamais : il faudra toujours que la confiance d'une des parties en ait été ébranlée. Faut-il alors suggérer d'ajouter à l'analyse objective de la situation de l'arbitre l'examen de la situation subjective de la partie concernée? La confiance de celle-ci aurait pu avoir été maintenue en dépit de l'élément objectivement défavorable. Ou, au contraire, le manque de confiance pourrait résulter d'un élément que des tiers pourraient considérer comme peu pertinent. Mais comment écarter sans risque d'ambiguïté ou d'arbitraire le manque de confiance de la partie qui s'en prétend victime (157)? Le projet IBA considère qu'il faut partir du point de vue d'une tierce personne raisonnable (*from the point of view of a reasonable third person*).

Ensuite, le jugement à opérer par l'arbitre doit tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce. Le tiers raisonnable dont il est question ci-dessus doit être informé des faits. A ce point de vue, le projet IBA cite un extrait d'une décision australienne faisant état d'un *fair-minded lay observer with knowledge of the material objective facts* (158). C'est à la fois une conception objective et concrète (159) qui est ainsi mise en œuvre.

En sus, lorsqu'il est convaincu que rien ne s'oppose objectivement à sa désignation, compte tenu de toutes les données en sa possession, l'arbitre doit en outre révéler toutes les circonstances qui, à son estime doivent être connues des parties pour qu'elles acceptent en connaissance de cause sa désignation. L'analyse objective à laquelle a procédé l'arbitre

(155) *Projet IBA*, n° 1.1, p. 4.

(156) *Projet IBA*, n° 1.1, p. 5.

(157) Voir à ce sujet Marc HENRY, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. de l'arbitrage* 1999, pp. 205 et 206.

(158) *Projet IBA*, note 6, p. 12.

(159) Sur ces deux notions, voir *infra*.



peut ainsi être complétée par l'appréhension subjective par les parties d'une circonstance particulière. La confiance de celles-ci pourrait en effet être maintenue en dépit d'un élément objectivement défavorable. Un arbitre peut être amené à refuser une mission, alors qu'il se sent lui-même parfaitement indépendant ou impartial. Par exemple, il appartient à une grande association d'avocats à vocation mondiale; un des membres étrangers de cette association a déjà consulté dans cette affaire, et le candidat arbitre n'en a peut-être rien su, de même qu'il n'a peut-être jamais vu ni jamais parlé à cet associé étranger (160). Il ne peut objectivement écarter lui-même l'objection résultant d'un lien même ténu avec un conseil d'une partie : mais les parties peuvent elles-mêmes confirmer la confiance à l'arbitre pressenti (161). Le tiers raisonnable du projet IBA n'est ni la partie raisonnable, ni la victime raisonnable. Le règlement de la CCI entre dans cette voie lorsqu'il demande à l'arbitre pressenti d'indiquer dans sa déclaration d'indépendance *les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties.*

30. *L'arbitre et le juge.* — L'indépendance et l'impartialité requises de l'arbitre sont-elles celles que l'on attend d'un juge étatique? Nous ne le pensons pas. L'un et l'autre exercent sans doute des fonctions juridictionnelles. L'un et l'autre doivent évidemment être indépendants et impartiaux. Mais les cas dans lesquels on pourra considérer que des circonstances particulières justifient une demande de recusation ne nous paraissent pas identiques.

D'abord, contrairement à l'arbitre, le juge étatique n'a pas la possibilité offerte aux arbitres de remplir une déclaration circonstanciée, indiquant aux parties et au centre d'arbitrage les particularités de sa situation.

Ensuite, le juge n'est ni nommé, ni rémunéré par les parties pour trancher une affaire déterminée. Bien au contraire, il s'impose aux parties en vertu de la loi, et sa rémunération est prise en charge par l'État. Son impartialité résulte à la fois de sa fonction, de son mode d'intervention, et des garanties données aux justiciables, telles la publicité des débats et du prononcé. A l'opposé, l'arbitre, choisi par les parties ou par un tiers pour juger une affaire déterminée, est rémunéré par les parties et mène une procédure confidentielle. La moindre particularité de vie ou

(160) Le projet IBA considère que dans une telle situation l'arbitre pressenti ne devrait pas déporter.

(161) Voir à ce sujet Marc HENRY, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. de l'arbitrage* 1999, pp. 205 et 206.

d'expression, ses moindres affinités, ses connaissances ou ses relations peuvent être considérés comme facteur de partialité.

En Belgique, on conclurait volontiers que *les contraintes imposées à un arbitre sont sans doute plus rigoureuses que celles imposées à un juge* (162) et que *ce qui pourrait ne pas être une cause de partialité dans le chef d'un juge peut très bien l'être dans le chef d'un arbitre* (163). D'autres pays ne partagent pas ce point de vue. En Allemagne, par exemple, la doctrine souligne au contraire que le fait que l'arbitre soit choisi par les parties conduit à n'admettre que de façon limitée les possibilités de récusation (164).

Enfin, la décision rendue par une juridiction étatique est normalement passible de plusieurs voies de recours : le contrôle exercé par d'autres instances judiciaires que celles qui ont rendu une décision est important, et il est accru indirectement par la publication des décisions et les commentaires qui l'accompagnent. L'arbitrage se caractérise au contraire par le fait qu'en pratique, la procédure se termine par une sentence qui, dans la plupart des cas, n'est pas susceptible d'appel, et dont les possibilités d'annulation sont aussi limitées que possible. En général, les sentences ne sont pas publiées, et rares sont les parties qui demandent à leurs conseils ou à l'institut d'arbitrage de faire publier ou commenter une décision dont la confidentialité reste un des atouts. Dans une certaine mesure, la publication des sentences, et les commentaires qui l'accompagnent, peut être ressenti comme étant contre nature.

31. *Les qualités requises des différents intervenants.* — Faut-il, en matière internationale spécialement, admettre une différence d'intensité des qualités requises, selon que l'on est co-arbitre, président ou même secrétaire du tribunal arbitral? La plupart des législations l'excluent (165), mais cette question fait l'objet de positions nuancées dans différents droits, notamment aux USA, en Suisse et en Allemagne. Le projet IBA propose de répondre qu'une différence n'est pas admissible, et ce au nom de la confiance à donner à la procédure arbitrale (166). On remarquera néanmoins que la position du secrétaire du tribunal arbitral est différente de celle des arbitres.

(162) Philippe de BOURNONVILLE, « L'arbitrage », *Répertoire Notarial*, Tome XIII, Livre VI, 1999, p. 154.

(163) Bernard HANOTIAU, Un arbitre nommé par des sociétés du même groupe dans deux procédures parallèles est-il susceptible de révocation?, note sous Trib. civ. Bruxelles (32<sup>e</sup> Ch.), 14 juillet 2000, *DAOR* 2001, cahier 59, n<sup>o</sup> 4, p. 279.

(164) *Projet IBA*, n<sup>o</sup> 2.3, p. 12.

(165) *Projet IBA*, n<sup>o</sup> 4, p. 20.

(166) *Projet IBA* n 2.3, p. 13.

32. *L'étendue de l'obligation de révélation.* — L'article 12 § 1<sup>er</sup> de la loi modèle Cnudec impose à toute personne contactée pour exercer la fonction d'arbitre de révéler toutes les circonstances qui pourraient raisonnablement être de nature à faire naître des doutes légitimes concernant son impartialité ou son indépendance. On connaît l'effet multiplicateur de la loi modèle CNUDCI. L'obligation de révélation se retrouve désormais dans la plupart des lois modernes relatives à l'arbitrage. Elle est mentionnée expressément dans l'article 1034, alinéa 1 de la loi néerlandaise.

L'obligation de révélation est très généralement acceptée. Le projet IBA en approuve le principe, et se montre critique vis-à-vis de la loi anglaise dont l'approche est plus subjective qu'objective (167). Les règles de bonne conduite des arbitres adoptées par le Cepam pour les procédures qui se déroulent sous son égide prévoient que l'arbitre pressenti ne peut accepter sa mission que s'il est indépendant des parties et de leurs conseils. Mais si survient quoi que ce soit de nature à mettre en cause cette indépendance dans son esprit ou dans celui des parties, il doit informer immédiatement le secrétariat qui doit à son tour informer les parties. Après avoir pris connaissance des observations des parties, le comité de nomination ou le président du Cepam décide du remplacement éventuel de l'arbitre, sans avoir à faire connaître les motifs de sa décision. Le système de la CCI est très proche.

L'obligation de révélation permet des confirmations ou des recusations. Elle permet aux parties de se prononcer en connaissance de cause et en temps opportun. Mais elle doit être manipulée avec précaution.

D'abord, l'arbitre pressenti doit indiquer aux parties les circonstances qui leur permettent de lever tout doute sur son indépendance ou son impartialité. Mais cette révélation n'a de sens que si elle est suffisamment précise et détaillée pour permettre aux parties de se forger une opinion qui doit être d'emblée définitive : en droit belge en tout cas, une partie ne peut récuser un arbitre que pour une cause dont elle a eu connaissance après sa désignation. Mais, pour autoriser sa désignation, l'arbitre ne peut non plus trahir le secret professionnel ou le devoir de confidentialité ou de réserve auquel il serait tenu.

Ensuite, l'arbitre ne peut pas toujours connaître les motifs qui seraient de nature à susciter un doute sur son indépendance ou son impartialité. Certaines situations se résoudront d'elles-mêmes en cours de route. Par exemple, l'arbitre ignore, au moment de sa désignation,

(167) Under English.

qu'une personne qu'il connaît, pourrait témoigner. D'autres sont plus complexes : par exemple, l'arbitre a été le conseil d'une société qui, à la suite d'un changement de contrôle dont l'arbitre ignore tout, est devenu apparentée à une des parties. Il en résulte que les parties doivent aussi communiquer à l'arbitre toutes les informations dont elles disposent et qui permettraient à l'arbitre de se forger lui-même une opinion sur l'acceptation ou sur le refus de sa mission et sur l'étendue de son obligation de révélation. Le projet IBA est en ce sens.

En outre, la limite de ce qui doit ou non être révélé est difficile à tracer. Le projet IBA approuve la formulation selon laquelle l'arbitre est tenu de révéler *any facts likely to give rise to justifiable doubts as to impartiality or independence* et non pas seulement *(any facts) that could arguably give rise to a real danger of bias* (168). Il ajoute qu'en cas de doute, l'arbitre doit révéler. Mais il considère que dans l'appréciation d'un conflit d'intérêt éventuel, il y a lieu de tenir compte à la fois de la taille croissante de certains bureaux d'avocats, et de groupes de sociétés (169). En sens inverse, il faut aussi tenir compte que le plus souvent, ne sont parties à un arbitrage international que des personnes morales, et qu'en conséquence, il faut tenir compte aussi des relations que l'arbitre pressenti aurait pu avoir avec le management ou les autres personnes exerçant une position influente (*management or other persons within the party having an influential position*) (170). Le projet IBA précise ainsi à la fois que

*When considering the relevance of facts or circumstances to determine a potential conflict of interest, the arbitrator's activities shall not be considered to be an equivalent to his or her firm's activities*

*If one of the parties is a legal entity, this legal entity shall not be considered as being an equivalent to those of a whole group of companies of which it is a member. However, the party is equivalent to the managers [or directors] of such legal entity and any such person having a similar influential impact on the legal entity* (171).

Il est dans doute difficile de déterminer jusqu'où l'arbitre doit aller dans son obligation de révélation. Mais l'affaire d'un malheureux arbitre F... dont la secrétaire avait envoyé à l'ICC un curriculum vitae non expurgé d'une fonction exercée auprès d'un concurrent d'une partie est devenue célèbre dans certains cénacles.

Enfin, le projet IBA a tenté de tracer quelques règles de conduite (la « grey list ») permettant de mieux cerner l'obligation de révélation. En

(168) *Projet IBA*, n° 4, p. 21, conclusion, n° 5.

(169) *Projet IBA*, n° 4, p. 21, conclusion, n° 9.

(170) *Projet IBA*, n° 4, p. 21, conclusion, n° 10.

(171) *Projet IBA*, p. 23.

elle-même, la tentative doit être approuvée. Mais le projet est très critiqué car il prendrait trop en considération l'intérêt des gros cabinets, oubliant que l'arbitrage est conçu pour les parties, et non pour les arbitres. Par exemple, ne faudrait-il pas transférer de la *grey list* vers la *black list* la situation suivante :

- the arbitrator's firm had a previous but terminated involvement in the case without the arbitrator being involved him-or herself;
- the arbitrator has a manifest hostile relationship with (a counsel of) one of the parties.

Mais jusqu'où pousser l'exigence ? La discussion reste ouverte. D'une part, n'est-il pas dommage que la simple virtualité d'un conflit d'intérêt qui ne se traduit par une atteinte à l'indépendance ou à l'impartialité empêche un arbitre compétent d'exercer sa mission ? Mais d'autre part, comment convaincre les parties de l'intérêt de l'arbitrage si elles ne peuvent concrétiser des craintes même éventuelles ? Les parties ont-elles ou non le droit de se montrer frileuses ? Le débat est ouvert, mais il serait en tout cas erroné de considérer qu'il ne concerne que les plus grands bureaux d'avocats.

33. *La préoccupation de célérité.* – Enfin, on ne peut pas ne pas être sensible au fait que toute forme de contestation opposée à la désignation d'un arbitre, si elle n'est pas présentée en temps opportun, est de nature à ralentir de façon significative le déroulement de la procédure arbitrale. La célérité et l'efficacité de la procédure sont des préoccupations essentielles, et il est impératif d'en tenir compte dans l'approche de la problématique.

Dans sa Newsletter du 26 janvier 2003, le Cepani rappelait encore ce qui suit dans une recommandation aux arbitres pour le déroulement d'une procédure arbitrale :

*(...) les parties, en particulier les entreprises, recourent à l'arbitrage notamment parce qu'il permet d'obtenir une décision plus rapide que dans le cadre d'une procédure judiciaire ordinaire. Malgré tout, il n'est pas rare que les parties se plaignent de la longueur de la procédure arbitrale. Les arbitres doivent donc impérativement veiller à ce que le calendrier comporte des délais courts et que ceux-ci soient strictement respectés.*

Dans cet esprit, l'obligation de révélation doit être conçue de façon extensive : elle présente en effet l'avantage de couper court à l'utilisation détournée d'une procédure de récusation.