

Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement ?
Journée d'études Conventions du 27 mars 2013
Table-ronde n°3 : Le choix des arbitres

La question du choix des arbitres est essentielle dans la mesure où l'arbitrage d'investissement, tout comme les autres types d'arbitrage, repose avant tout sur la confiance que les parties placent dans le tribunal arbitral. Cette confiance est liée à un certain nombre de critères parmi lesquels notamment : la compétence des arbitres, leur capacité à remplir leur tâche avec célérité, leur indépendance et leur impartialité.

Pourtant, et il s'agit peut-être de la rançon de son succès, l'arbitrage d'investissement fait aujourd'hui l'objet de très vives critiques, spécialement en ce qui concerne le choix des arbitres. Particulièrement répandue est celle qui décrit l'arbitrage comme un club fermé de gentlemen majoritairement issus des mêmes universités occidentales, au point que des études empiriques récentes démontrent qu'une vingtaine d'arbitres renommés siège dans plus de la moitié du total des arbitrages d'investissement. Sont également remises en causes les traditionnelles vertus longtemps attribuées à l'arbitrage d'investissement. Alors que la confidentialité a longtemps été recherchée, c'est désormais l'opacité entourant le choix des arbitres qui est dénoncée. Les vertus de simplicité et de rapidité laissent progressivement place à des procédures d'arbitrage, certes plus raffinées, mais surtout de plus en plus longues et complexes. À tel point que d'aucuns parlent de juridictionnalisation de l'arbitrage d'investissement. À la neutralité de l'arbitrage d'investissement est constamment opposé le manque d'impartialité d'arbitres fréquemment nommés soit par le demandeur (investisseur), soit par le défendeur (État). Enfin, c'est le coût désormais particulièrement prohibitif de l'arbitrage, à commencer par celui des arbitres eux-mêmes, qui fait l'objet de critiques toujours plus virulentes.

De tous ces éléments, il ressort qu'une réflexion collective des praticiens sur les voies d'amélioration possibles est à la fois cruciale et urgente, au moment même où tant le monde politique (l'Union européenne notamment) que la société civile s'emparent de cette question.

L'auto régulation du monde arbitral, un mythe ?

Comme le rappelle le rapporteur, l'auto régulation n'est pas un mythe, elle est même la caractéristique première de l'arbitrage d'investissement. Dans un système essentiellement fondé sur la réputation, les arbitres, quelle que soit l'origine de leur nomination, s'efforcent, en règle générale, de maintenir leur crédibilité et de prévenir tout conflit d'intérêt avec leur métier de conseil.

L'arbitrage est une structure conçue en réaction au fonctionnement traditionnel d'une juridiction étatique et pour les besoins des praticiens de l'investissement international, c'est pourquoi il ne peut présenter les mêmes caractéristiques. Ainsi l'absence de séparation des fonctions d'arbitre et de conseil est-elle l'une des constantes de la pratique de l'arbitrage. Il est en effet avéré qu'une expérience professionnelle en tant que conseil est extrêmement utile pour exercer des fonctions d'arbitre. Dans la majorité des cas, l'absence de séparation entre les fonctions d'arbitre et de conseil ne pose en effet aucune difficulté en termes d'impartialité ou d'indépendance.

Étant donné que le conseil défend les intérêts de ses clients (ces derniers ne coïncidant pas nécessairement avec son opinion doctrinale), rien ne l'empêchera de statuer avec indépendance d'esprit en tant qu'arbitre dans une affaire où les mêmes questions juridiques seraient posées. De la même façon le conseil, ayant antérieurement exercé la fonction d'arbitre dans une affaire où des questions juridiques similaires étaient posées, aura alors toute latitude pour défendre le point de vue qui lui convient.

De même, et contrairement aux apparences, le phénomène de nomination d'un même arbitre par l'État ou par un investisseur, par ailleurs inévitable en raison du clivage important entre la position des investisseurs et des États, ne porte pas

forcément préjudice à l'impartialité du tribunal arbitral. En effet, la pratique consiste à recourir à des juridictions collégiales composées de deux arbitres nommés par les parties et d'un président. Dans cette optique, le fait que l'on rencontre à la fois des arbitres nommés par l'investisseur et des arbitres nommés par l'État permet d'assurer que les positions des uns et de l'autre s'exprimeront bien devant le tribunal arbitral. .

Pourtant cette auto régulation des arbitres internationaux, si elle est bel et bien reconnue par tous, paraît désormais insuffisante. Elle ne ferait en effet plus le poids seule face aux revendications des usagers en faveur de plus de transparence et d'impartialité tant dans la nomination que dans l'exercice de la fonction d'arbitre.

Le défi est de taille pour le monde de l'arbitrage, l'enjeu étant de répondre aux critiques sans pour autant faire table rase de ce qui fait aujourd'hui le succès de l'arbitrage d'investissement. Une réflexion collective des praticiens doit donc avant tout porter sur les voies d'amélioration possibles du système tel qu'il existe actuellement. Dans cette perspective, plusieurs pistes de réflexion se dessinent.

Comment prévenir les conflits d'intérêts et renforcer l'impartialité de l'arbitre ?

Un code international de déontologie des arbitres doit-il être adopté ?

Concernant la prévention des conflits d'intérêts, il existe notamment les lignes directrices de l'IBA (International Bar Association), les AAA/ABA Code of Ethics, ainsi que des codes d'éthique nationaux. Rédigés pour l'arbitrage commercial par les conseils qui s'occupent de ces affaires, ces documents ne règlent pas toutes les situations, ne concernent que la question de ce qui doit être révélé par l'arbitre et ne prévoient pas les conséquences à tirer des informations révélées. Malgré tout, la référence à de tels guides est assez fréquente de la part des arbitres et des parties dans le cadre de l'arbitrage d'investissement.

Le renforcement des règles de prévention des conflits d'intérêts semble pourtant nécessaire, alors que les demandes en récusation d'arbitres entraînent des retards considérables dans les procédures arbitrales, soumettant les arbitres mis en cause à des pressions souvent injustifiées et jetant le doute dans les esprits sur la légitimité de l'arbitrage en matière d'investissement.

Toutefois, cette proposition de réforme ne va pas sans soulever de nouvelles questions : quelle devrait être la forme de ces règles nouvelles ? Qui sera chargé de leur élaboration ?

S'agissant de la forme des règles nouvelles tout d'abord, si certains estiment qu'une régulation par la soft Law suffirait, d'autres plaident pour la création d'un véritable code international de déontologie relatif à l'arbitrage d'investissement. C'est notamment la position qu'avait défendu le juge en chef Sundaresh Menon à Singapour, lors du Congrès de l'ICCA (International Council for Commercial Arbitration) en 2012, plaidant pour l'adoption d'un code uniforme d'entrée et de conduite de la profession d'arbitre sous tous ses aspects procéduraux et éthiques, ainsi qu'un rôle de surveillance et de contrôle de la part des institutions.

S'agissant de l'autorité habilitée à opérer une telle réforme, les institutions arbitrales semblent d'après une opinion être le lieu naturel d'élaboration de ces nouvelles règles, au regard de leur grande expérience pratique et de leur neutralité présumée. Pour faire un parallèle, rappelons qu'en 2002, sous la présidence du juge Guillaume, la CIJ (Cour Internationale de Justice) a publié une instruction de procédure demandant aux États de ne pas désigner comme juge *ad hoc* dans une affaire, une personne siégeant (ou ayant siégé durant les trois années précédant la date de la désignation) dans une autre affaire portée devant la Cour comme agent, conseil ou avocat. Or ce changement n'a pas empêché la CIJ de fonctionner correctement par la suite et, estime l'un des discutants, il eut été inconcevable que la Cour laissât aux praticiens se présentant devant elle le soin de s'autoréguler.

Comment améliorer la transparence dans l'accès des parties aux informations sur les arbitres ?

Il apparaît aujourd'hui indispensable de remédier à l'opacité qui caractérise l'accès des parties aux informations concernant les arbitres. Cela permettrait en effet de résoudre le problème de l'absence d'arbitres de qualité et de compétences suffisantes, mais également celui des nominations à répétition et de l'entre soi dans le choix des arbitres. Cela faciliterait en outre l'ouverture des panels d'arbitres internationaux à une nouvelle génération d'arbitres plus diversifiée en genre et en nationalité.

Une solution est ainsi proposée par l'ITA (Institute for Transnational Arbitration) : « *the international arbitrator information project* » à l'initiative du Professeur Catherine Rogers. Il s'agirait pour des organismes indépendants (par exemple des universités) d'offrir un accès à des éléments d'informations objectifs sur un certain nombre de personnalités (langue, nationalité, domaine de spécialité, expérience professionnelle). Pour figurer dans cette banque de données en ligne, ces personnes devraient au préalable remplir un certain nombre de critères (comme par exemple, un certain nombre d'arbitrages qu'ils auraient dû mener). Ces informations seraient glanées au moyen d'un procédé de feed-back des usagers et toucheraient tant le traitement par ces arbitres des questions de procédure, que la rapidité de la réaction à la correspondance journalière, leur disponibilité, leur respect du contradictoire, leur prise d'initiative dans les situations d'impasse, leur gestion des coûts, et le temps dévolu à la rédaction de la sentence. Les renseignements étant obtenus auprès des seuls usagers dans le système évoqué, leur fiabilité et leur objectivité ne reflètent évidemment que ce point de vue, mais il valorise les professionnels qui se sentent encore trop exclus des affaires afin de se faire connaître.

La composition du tribunal arbitral : arbitre unique ou juridiction collégiale ?

Actuellement, la pratique est celle de la collégialité, l'arbitre unique n'étant réservée qu'aux litiges aux enjeux limités. L'arbitre unique offre pourtant des avantages indéniables pour les parties, puisque la procédure est alors plus rapide

et moins coûteuse. Il supprime en outre la désignation d'un arbitre par chacune des parties autour du président du tribunal arbitral, et donc les soupçons de partialité éventuels.

Le recours à l'arbitre unique en matière d'arbitrage d'investissement n'est pourtant pas une solution généralisable. Non seulement, elle n'est pas adaptée aux affaires complexes (les plus fréquentes en pratique), mais elle mettrait également à mal la liberté des parties de choisir leur arbitre. Les parties se mettant plus difficilement d'accord sur le choix d'un arbitre unique, les institutions arbitrales seraient alors amenées à intervenir beaucoup plus souvent dans ce choix. Rappelons-le enfin, la collégialité de la juridiction a l'avantage de réunir des expériences variées et complémentaires nécessaires à la résolution acceptable par les parties de leur différend.

Le recours aux listes d'arbitre : une réponse aux critiques relatives à la nomination des arbitres ?

Une autre critique récurrente de l'arbitrage d'investissement réside dans le fait que certains arbitres sont très fréquemment nommés par les investisseurs et d'autres par les États, mettant ainsi en péril si ce n'est leur impartialité, du moins leur apparence d'impartialité. Si comme vu précédemment, le recours à l'arbitre unique n'est pas une solution généralisable, une réforme envisageable pourrait être l'établissement de listes d'arbitres obligatoires au sein des traités bilatéraux d'investissement (TBI).

De telles listes permettraient aux parties contractantes de vérifier qui est sur la liste, voire de conditionner l'inscription sur la liste à certaines exigences d'impartialité ou d'absence de conflit d'intérêt. Un autre intérêt de ce système des listes acceptées en amont par les parties serait peut-être de limiter les demandes de récusation des arbitres par la suite, demandes qui sont de plus en plus fréquentes actuellement.

Alors qu'un tel système prévu par le traité de l'Aléna n'est pourtant jamais entré en vigueur, l'Union européenne a, quant à elle, réussi à introduire de telles listes dans tous ces accords de libre-échange en ce qui concerne les litiges entre Etats.

Si les listes d'arbitres obligatoires pourraient être une solution pour améliorer le processus de nomination des arbitres, cela impliquerait de résoudre de prime abord différentes questions relatives à l'autorité chargée de leur élaboration, à leur contenu, ainsi qu'à la compatibilité entre leur caractère obligatoire et le droit des parties de choisir leur arbitre.

Par qui et comment ces listes seraient-elles élaborées ?

La liste d'arbitres du CIRDI – facultative pour les parties – est actuellement composée d'un côté par le Président du Conseil administratif du CIRDI qui peut nommer dix personnes pour figurer sur chacune des listes et d'un autre côté par les États partie à la Convention de Washington, chaque État désignant quatre conciliateurs et quatre arbitres pour figurer sur chacune des listes. Or la constitution de cette liste par les États est vivement critiquée, et cela à deux égards au moins.

D'une part la rigidité de la procédure est contestée dans la mesure où : alors que certains États ne sont pas en position de désigner quatre conciliateurs et quatre arbitres de haut niveau, d'autres disposent d'un vivier juridique très important leur permettant d'inscrire sur les listes un nombre beaucoup plus élevé de conciliateurs et d'arbitres. Peut être l'une des solutions serait de faire preuve de davantage de flexibilité et de fixer un nombre minimal et un nombre maximal de propositions possibles (ex. entre 2 et 10 par État partie).

Un aspect du problème est d'autre part la totale opacité qui entoure la constitution des listes par les États parties à la Convention de Washington. On ne sait pas comment ces listes sont faites, ni sur quels critères elles sont établies. Il apparaît donc nécessaire d'introduire davantage de transparence au niveau national en ce qui concerne la constitution de ces listes. À tout le moins, il serait

souhaitable de recourir aux prescriptions de l'article 6 du Statut de la CIJ, et de se livrer aux procédures de consultations institutionnelles qui y sont prévues.

Il ressort donc des débats que la meilleure solution serait de confier à l'institution arbitrale le soin de procéder à la constitution des listes d'arbitres. Dans cette optique, il serait alors possible de s'inspirer de la procédure de nomination à la Cour de Justice de l'Union Européenne récemment modifiée par le Traité de Lisbonne au profit d'une transparence accrue et de la création d'un comité chargé de son contrôle. Dans cette perspective, il ne faudrait pas manquer de s'interroger sur la légitimité de l'institution d'arbitrage, puisque celles-ci sont des institutions largement privées dont la direction est confiée et le personnel recruté parmi ceux qui ont été, sont arbitres ou aspirent à l'être.

Combien de personnes figureraient-elles sur ces listes ?

La question de savoir combien de personnes figureraient sur ces listes est également importante, ne serait-ce que pour concilier autant que faire se peut leur caractère obligatoire avec le respect du droit des parties de choisir librement leur arbitre. Si l'exercice de ce droit est quasi inexistant face à une liste de dix arbitres, il retrouve de la consistance si la liste réunit plusieurs centaines de noms.

De la même façon, seule une liste relativement longue permettrait de remplir l'objectif d'ouverture des panels à de nouvelles générations d'arbitres afin de répondre aux critiques réduisant l'arbitrage d'investissement à un club fermé où règne le copinage et l'entre soi. Cela permettrait en outre d'offrir une plus grande diversité de profils d'arbitres renforçant ainsi la qualité du tribunal arbitral : universitaires spécialistes de droit privé et de droit public, arbitres issus du secteur privé (industrie, cabinets de conseil) et du secteur public (juges, anciens agents publics en charge des questions économiques et/ou juridiques).

Les listes d'arbitres seraient-elles obligatoires ou facultatives ?

Les listes facultatives existent déjà et ne fonctionnent pas bien pour toutes les raisons mentionnées précédemment. S'agissant par exemple de la liste d'arbitres proposée par le CIRDI, les parties font généralement le choix de ne pas y avoir recours. Le CIRDI a d'ailleurs récemment mis en place une pratique pour essayer de sortir des listes et d'aider les parties à se mettre d'accord sur un président (ou un co-arbitre dans des cas plus rares) en proposant entre 3 et 7 noms sous forme d'un « bulletin de vote ».

Seule une liste obligatoire permettrait donc de mettre fin aux critiques relatives au manque d'impartialité et de diversité des arbitres internationaux dans les litiges relatifs aux investissements. Mais à la condition, comme établie précédemment, qu'elles réunissent un nombre suffisamment élevé d'arbitres et soient établies de façon transparente par les institutions arbitrales.

Toutefois, le problème de la compatibilité du caractère obligatoire des listes avec le respect du droit des parties à choisir leur arbitre a été soulevé à maintes reprises au cours des débats. Il ne semble pourtant pas y avoir d'incompatibilité manifeste. Il appartient en effet aux États de régler dans leur relation interétatique la manière dont ils souhaitent que les différends soient réglés à l'avenir. Si ces États prévoient un système spécifique de règlement des différends en ayant recours au mécanisme de la liste d'arbitres obligatoire, l'investisseur sera alors tenu par ce choix tout en conservant une certaine marge de liberté. Dans le cadre d'une liste obligatoire, l'investisseur pourra toujours choisir un arbitre au sein de la liste à condition que soit respecté le principe d'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral. Si aucun des noms ne lui convient, il pourra très bien se tourner vers un autre type de règlement des différends, ou négocier des contrats avec des clauses d'arbitrage à sa convenance.

Conclusion

L'autorégulation fonctionne, comme l'illustre le fait que toujours plus de personnes choisissent d'avoir recours à l'arbitrage. L'autorégulation au sens du

rapport comprend l'action des acteurs de l'arbitrage, institutions d'arbitrage, conseils, arbitres, à l'exclusion de l'intervention autoritaire des pouvoirs publics, y compris des autorités judiciaires pour réguler le marché de l'arbitrage. Toutefois, le crédo de l'autorégulation par les arbitres ne permet peut être plus de faire face aux critiques venant de l'extérieur, et tout particulièrement des usagers de l'arbitrage d'investissement. Pour répondre aux contestations qui montent, notamment du fait de la main mise d'un petit nombre d'arbitres sur le marché de l'arbitrage d'investissement et de l'explosion des coûts, les propositions suivantes ont été faites par certains intervenants lors de cette table ronde.

Les institutions arbitrales ont un rôle essentiel à jouer dans l'élaboration non seulement d'un code international de déontologie des arbitres, mais également de listes d'arbitres à caractère obligatoire (à condition toutefois qu'elles répondent aux critères mis en évidence au cours de la discussion). Enfin, des organismes indépendants pourraient voir le jour pour mettre en œuvre des sanctions en cas de manquements des arbitres aux règles de déontologie d'une part, ainsi qu'une banque en ligne donnant accès à des éléments d'information objectifs sur les arbitres d'autre part. Ces propositions qui apportent une réponse aux besoins que perçoivent leurs auteurs, pour être viables, devront s'accorder avec la réalité du monde de l'arbitrage.