

## ARBITRAGE

### La déontologie de l'arbitre

**Me Romain DUPEYRE**

*Avocat aux barreaux de Paris et New York*

Il convient tout d'abord de distinguer plusieurs concepts proches, mais différents :

- la morale, qui est un « ensemble de règles de conduite tenues pour inconditionnellement valable » ;
- l'éthique qui est la « science de la morale » ou « l'art de diriger sa conduite » ;
- la déontologie qui est la « morale sanctionnée par le droit » et se situe « entre l'obligation morale et l'obligation juridique ». Elle a aussi pour caractéristique de se définir comme « l'ensemble des devoirs qui s'imposent à une profession » : il y a la déontologie des médecins, la déontologie des avocats, etc.

Il est possible de s'interroger sur l'existence d'une déontologie des arbitres. Il me semble qu'il existe une éthique de l'arbitrage, mais pas une déontologie à proprement parler au sens où il n'existe pas de code, de règles qui s'imposent spécifiquement aux arbitres en raison de leur profession.

Récemment, l'éthique de l'arbitrage a connu une très riche actualité<sup>1</sup>. Il y a deux raisons à cela : premièrement, certaines fautes ont été commises par des arbitres au point que l'on s'est demandé s'il ne fallait pas adopter des règles écrites, qui s'imposeraient à eux ; deuxièmement, l'arbitrage a beaucoup changé dans le temps. Ce qui n'était au début qu'un groupe restreint de personnes est devenu aujourd'hui un groupe très élargi : des Européens, des Asiatiques, des Sud-

---

<sup>1</sup> Voir, par exemple, pour une étude récente et très détaillée, M. HENRY, « Ethique et arbitrage, la solitude du coureur de fond », *Revue de l'arbitrage*. 2016.707. Voir aussi J. EL AHDAB, « L'éthique dans la conduite et la gestion de l'arbitrage » à paraître dans un ouvrage publié par la fédération des Centres d'arbitrage en 2015, n° 42; également disponible sur : [http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/L-ETHIQUE\\_DANS\\_L-ARBITRAGE\\_Jalal\\_EL\\_AHDAB.pdf](http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/L-ETHIQUE_DANS_L-ARBITRAGE_Jalal_EL_AHDAB.pdf) ; M. STEPHENS, « Ethics in International Arbitration : Some reflections in Singapore », *Arbitration – chartered Institute of Arbitrators*, 2014, n°3, p. 294.

Américains, des vieux, des jeunes, des hommes et des femmes. Ils ont un bagage culturel différent et ils n'ont pas nécessairement la même appréhension de ce qu'on peut appeler l'« éthique ». La question, si l'on veut imposer une éthique unifiée, est de savoir s'il ne faut pas essayer d'harmoniser ces différentes pratiques afin de déterminer les règles d'éthique auxquelles les arbitres devraient être astreints dans l'exercice de leurs missions.

## **I.- Le contenant**

Ces questions ont donné lieu à une multitude de réponses. Dans les années récentes, il y a eu un nombre considérable d'actes juridiques qui ont essayé de mettre par écrit les problématiques de cette question.

J'en ai fait une liste, qui n'est pas exhaustive, mais à travers laquelle on voit qu'il s'agit de règles qui ont été adoptées, tant par des institutions anglo-saxonnes que par des institutions francophones et qu'elles prennent des appellations différentes : ce sont des principes, des codes, des lignes directrices, des chartes éthiques et toutes sortes d'instruments qui ont été adoptés par différentes institutions. Tout cela nous amène à nous interroger sur l'efficacité d'avoir un tel nombre de règles qui s'appliquent à une seule et même question en matière d'arbitrage international.

Il est intéressant de constater également que la question de l'éthique s'est posée aux arbitres, bien évidemment, mais que l'éthique des arbitres n'est rien si elle n'est pas corrélée par l'éthique des conseils, l'éthique des institutions d'arbitrage et l'éthique des parties elles-mêmes.

La question de l'éthique des arbitres a fait l'objet d'un certain nombre de règles qui, le plus souvent, ont été adoptées par les centres d'arbitrages, à commencer par un centre qui connaît un certain succès depuis quelques années, qui est le Centre régional de l'arbitrage commercial du Caire. Ce centre est loin d'être le seul à avoir adopté des règles d'éthique, il y a également la Chambre arbitrale de Milan, la Chambre d'arbitrage international de Paris, l'Association américaine d'arbitrage, etc.

Au mois d'octobre 2014, le Conseil national des barreaux français a adopté sa propre charte d'éthique de l'arbitrage qui a vocation à sensibiliser l'ensemble des avocats français susceptibles d'exercer une mission d'arbitre, aux règles qui s'appliqueront à eux dans le cadre de l'exercice de cette mission.

Chacun de ces corps de règles a ses particularités. C'est ainsi que, en droit américain, la notion d'impartialité de l'arbitre est un peu différente de l'appréhension que l'on en a en droit français. On arrive à admettre en droit américain que l'arbitre désigné par une partie ne soit pas aussi indépendant de la

partie qui l'a désigné que ne doit l'être le président du tribunal arbitral. Dans les règles d'éthique de l'Association américaine de l'arbitrage, il est prévu qu'il certain nombre de règles ne s'appliquent pas de la même façon à l'arbitre désigné par les parties, qu'au président du tribunal arbitral.

Tous ces corps de règles ont été adoptés dans le cadre d'institutions d'arbitrage. Cependant, il existe des exceptions notables à cela. Notamment, la Chambre de commerce internationale n'a pas de règles d'éthique propres destinées à ses arbitres. C'est intéressant de voir que l'institution qui gère, sans doute, le plus d'arbitrages internationaux dans le monde fait exception, alors qu'il y a une certaine effervescence, voire une course à l'adoption de règles d'éthique.

Il est également intéressant de noter, au titre des initiatives récentes, celle de la Fédération française des centres d'arbitrage. Comme il existe en France de nombreuses institutions d'arbitrage, dont la Chambre de commerce internationale (qui est un cas particulier puisque c'est un organisme international d'arbitrage à Paris), l'Association française de l'arbitrage, le Centre d'arbitrage en matière d'assurance, le Centre européen de l'arbitrage et de la médiation ou encore le Centre d'arbitrage d'Europe du Nord. Une multitude de centres d'arbitrage se sont regroupés en fédération et une des initiatives les plus intéressantes de cette dernière a été d'adopter une charte éthique de l'arbitrage. Cette charte permet d'avoir un dénominateur commun à tous les centres français d'arbitrage en matière d'éthique. Il s'agit d'un document relativement court et succinct qui rappelle les fondamentaux de l'éthique en matière d'arbitrage. C'est aussi un document qui s'adresse à tous les intervenants en matière d'arbitrage et qui rappelle le rôle de chacun dans le cadre de la procédure d'arbitrage. Il y a un article consacré aux arbitres, un article sur les parties et les conseils, un article sur les centres d'arbitrage et enfin, un article sur les experts et les témoins en arbitrage.

Si les règles relatives aux arbitres sont adoptées par les centres d'arbitrages, les règles relatives aux conseils des parties sont, quant à elles, adoptées par d'autres organismes, au premier rang desquels on trouve l'*International Bar Association* qui a récemment adopté des lignes directrices qui ont beaucoup fait parler d'elles et qui s'appelle *IBA Guidelines on Parties Representation in internationales Arbitration*. Ces lignes directrices s'appliquent aux représentants des parties et contiennent un certain nombre de règles sur la préparation des témoins, sur la conduite que doivent adopter les avocats et tous ceux qui représentent les parties dans la procédure d'arbitrage.

## **II.- Le contenu**

S'agissant du contenu, ces différents corps de règles reviennent assez souvent sur les mêmes notions.

La première consiste dans les nécessaires **indépendance et impartialité de l'arbitre**. C'est effectivement le sujet dont on entend toujours parler en premier, à juste titre, parce qu'il ne peut pas y avoir d'arbitrage, ni de tribunal arbitral, si les arbitres ne sont pas indépendants et impartiaux. Ainsi la charte de la Fédération des centres français d'arbitrage affirme que *«L'indépendance de l'arbitre se définit comme l'absence de toute relation d'affaires ou personnelle passée ou présente, directe ou indirecte, entre d'une part l'arbitre ou un tiers qui lui est étroitement lié personnellement ou professionnellement, et d'autre part l'une des parties, ou toute personne étroitement liée à l'une des parties, avec les conseils, voir les Co arbitres du litige. L'impartialité de l'arbitre se définit comme l'absence de déséquilibre, et l'égalité de traitement des parties. C'est aussi une indépendance d'esprit, notamment vis-à-vis des pressions extérieures»*. Cette charte a une appréhension relativement large de la notion d'indépendance et d'impartialité de façon à ce qu'elle s'impose non seulement entre les arbitres et les parties, mais aussi entre les arbitres et les avocats des parties. Les avocats choisissent souvent les arbitres parce qu'ils les connaissent. Il est rare qu'on désigne un parfait inconnu comme arbitre et c'est justement une des valeurs ajoutées d'un avocat spécialiste de pouvoir conseiller à ses clients un arbitre en raison de ses compétences, chose qui suppose qu'il le connaisse d'une manière ou d'une autre.

L'indépendance est donc le principe général qui s'impose d'évidence et qui a pour corollaire l'**obligation de révélation**. Cette obligation qui, elle aussi, s'impose d'évidence en théorie, est plus difficile à mettre en œuvre. Le principe est que l'arbitre, afin de justifier de son indépendance, doit révéler toutes les relations qu'il a avec les parties ainsi qu'avec leurs conseils. Il existe à ce sujet une jurisprudence casuistique qui détermine quelles sont relations qui doivent être révélées par les arbitres lors de leur désignation, mais aussi tout au long de la procédure d'arbitrage. La cour de Paris a ainsi jugé qu'il n'était pas répréhensible que l'arbitre n'ait pas révélé qu'il était l'ami *Facebook* de l'avocat d'une des parties. Dans ce cas il s'agissait d'un profil *Facebook* qui avait été créé dans le cadre d'une compagnie du conseil de l'ordre des avocats, il y avait énormément de contacts sur le profil de cet arbitre et, par conséquent, on pouvait douter qu'il s'agissait d'une relation d'amitié intense entre lui et le conseil de la partie. La porte est cependant restée ouverte et, dans d'autres circonstances, être l'ami *Facebook* d'un des avocats est un élément qui devra être révélé lors de la désignation et tout au long de la procédure.

La question de l'indépendance s'est beaucoup posée dans le cadre des grands réseaux d'avocats. Il y a certains avocats qui ont fait les frais du fait que certains bureaux étrangers de leur réseau représentent une filiale de l'une des parties.

Cette obligation de révélation qui semble simple dans son principe, est beaucoup plus délicate à appréhender dans ses modalités d'application. Certains règlements d'éthique prévoient des règles très précises dans ce domaine,

notamment que l'arbitre ne peut recevoir des cadeaux de la part des parties ou de leurs avocats.

Une autre règle d'éthique qui s'impose aux arbitres, c'est l'**obligation de diligence**. C'est-à-dire qu'un arbitre ne peut accepter une affaire s'il ne dispose pas du temps et de la compétence nécessaires pour mener sa mission à bien. Il est vrai que la tentation est souvent grande pour un arbitre, lorsqu'on lui propose une affaire, de penser qu'il peut se débrouiller pour trouver le temps de s'y consacrer. Or il est parfois très difficile de fixer des dates d'audiences parce que les trois arbitres sont tellement occupés qu'il est impossible de les réunir, chose qui va évidemment, à l'encontre de l'idée de célérité de l'arbitrage.

Avant d'accepter une affaire, l'arbitre doit aussi se demander s'il dispose de toutes les compétences nécessaires pour statuer dans cet arbitrage. S'il accepte une affaire alors qu'il sait par ailleurs qu'il ne dispose pas de la compétence nécessaire, il aura alors manqué à ces règles d'éthique.

Il est également interdit à l'arbitre de prolonger inutilement la procédure arbitrale. Il arrive parfois qu'un arbitre, sentant que la dynamique de la procédure allait à l'encontre de la partie qui l'avait désigné, fasse le choix de **démissionner intempestivement**, très tard dans la procédure arbitrale, de manière à causer un prolongement de cette dernière.

### Les sanctions

Comme il n'existe pas un ordre des arbitres internationaux, la question sur la manière dont on pourrait sanctionner les manquements à l'éthique se pose fortement. Cependant, il existe différents types de sanctions qui peuvent toucher les arbitres.

Les premières sanctions sont de nature procédurale et vont consister à demander soit le remplacement, soit la **récusation** de l'arbitre. La récusation va se justifier quand l'arbitre ne présente pas les qualités d'indépendance et d'impartialité requises. Le remplacement, quant à lui, survient pour des raisons autres qu'un manque d'indépendance et d'impartialité.

La **responsabilité disciplinaire** ne passera pas par un organisme international qui aurait une autorité disciplinaire sur les arbitres. La question s'est récemment posée sur la possibilité de donner à l'*International Bar Association* la capacité de sanctionner disciplinairement les arbitres. Pour ma part, cela me semble compliqué, puisque les arbitres ne sont pas obligés de s'affilier à un ordre ou une organisation particulière. Rien ne les oblige, en effet, à faire partie de l'*International Bar Association* juste pour être soumis à un pouvoir disciplinaire. D'autant plus qu'il s'agit d'une association dirigée par des praticiens anglo-saxons qui imposent leurs propres règles d'éthique.

Pour sanctionner certains manquements à l'éthique, c'est la **responsabilité contractuelle** de l'arbitre qui se trouve parfois engagée. La Cour de cassation française s'est prononcée sur une affaire relevant de ce sujet le 14 janvier 2014 en rappelant que la responsabilité contractuelle de l'arbitre peut être engagée dans le cadre de la conduite de la procédure et notamment si l'arbitre ne respecte pas les délais, s'il a manqué à ses obligations de révélation, etc. L'arbitre pourra être sanctionné par des dommages et intérêts.

En revanche, si l'arbitre commet une faute en statuant sur le fond du litige, sa responsabilité contractuelle ne pourra être mise en jeu qu'en cas de faute lourde, de fraude ou de dol. L'idée est que les arbitres puissent statuer sereinement sans craindre de pouvoir être sujets à des sanctions contractuelles en cas de mal-jugé. La sanction contractuelle est donc limitée sur le fond du litige, mais elle est sévère dans le cadre de manquement à la conduite de la procédure arbitrale.

Les arbitres peuvent aussi être soumis à des **sanctions pénales**. Il est vrai qu'ils disposent d'une certaine limitation de la responsabilité, souvent prévue par les règlements d'arbitrage, mais ils ne disposent d'aucune impunité. Les arbitres sont donc sujets à des sanctions pénales en raison de délits commis dans l'exercice de leurs fonctions. Cependant, les arbitrages qui se déroulent dans le cadre de L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, où le règlement de la Cour commune de justice et d'arbitrage prévoit une immunité diplomatique pour les arbitres. C'est un système sur lequel il faudra rapidement revenir, à mon avis, parce qu'il accorde une immunité aux arbitres, là où ils ne devraient pas y en avoir.

Il existe une dernière sanction qui est très puissante en matière d'arbitrage, il s'agit de la **sanction en termes d'image et de réputation** et notamment auprès des institutions d'arbitrage comme la CCI qui est très vigilante sur la qualité des services rendus par les arbitres qui siègent sous son autorité. C'est pour cela que si elle prend connaissance de manquements à l'éthique survenus dans le cadre de procédures régies par son règlement, la CCI peut employer des moyens très forts pour que l'arbitre concerné soit à nouveau désigné dans le cadre de futures procédures.