

ASSOCIATION FRANÇAISE D'ARBITRAGE

2, rue de Harlay
75001 PARIS
45.63.45.70

COLLOQUE

du 30 septembre 1991

**à la Chambre de Commerce et d'Industrie
de Paris**

ASSOCIATION FRANÇAISE D'ARBITRAGE

2, rue de Harlay
75001 PARIS
45.63.45.70

COLLOQUE

du 30 septembre 1991

**à la Chambre de Commerce et d'Industrie
de Paris**

TEXTES DES EXPOSÉS

	Pages
Allocution de bienvenue par Monsieur le Président Bernard CAMBOURNAC	5
Intervention du Président Francis MOLLET-VIEVILLE	9
Discours de Monsieur le Président Robert BADINTER	17
Remerciements de Monsieur le Bâtonnier Francis MOLLET-VIEVILLE	31

ALLOCUTION DE BIENVENUE

prononcée par Monsieur Bernard CAMBOURNAC
*Président de la Chambre de Commerce et d'Industrie
de Paris*

Monsieur le Président,
Mes chers collègues,
Mesdames, Messieurs,

Je veux dire d'abord tout le plaisir d'accueillir à nouveau dans l'Hôtel consulaire l'Association Française d'Arbitrage que préside avec tant d'autorité le Bâtonnier Mollet-Vieville, et dire également combien nous nous sentons honorés par votre présence, Monsieur le Président du Conseil Constitutionnel. Elle est un témoignage éloquent de l'importance des travaux de l'Association Française d'Arbitrage. Cette importance, notre Compagnie l'a depuis longtemps reconnue, et la manière la plus visible dont se manifeste cette estime, c'est le fait que depuis six ans consécutifs, c'est dans nos murs que se déroule la grande manifestation publique de l'Association.

Au-delà de ce geste, il est certain que le développement de l'arbitrage comme mode de règlement des litiges est suivi avec le plus grand intérêt par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris. C'est une de nos tâches que de chercher à améliorer l'environnement juridique des entreprises. Nous le faisons au fil de l'actualité, par nos prises de position face aux projets législatifs ; nous le faisons aussi de façon prospective, par les travaux que mène et que publie notre Centre de recherche sur le droit des affaires, le CREDA.

Ce que la procédure de l'arbitrage implique de souplesse, de rapidité, est particulièrement adapté

aux besoins de l'économie, et cela paraît encore plus nettement avec le développement des échanges internationaux, qui fait affronter aux entreprises des façons d'agir et des systèmes juridiques si différents les uns des autres et là, le recours à l'arbitrage se révèle la solution possible des difficultés.

Nos préoccupations et celles de l'Association se recourent ainsi bien souvent.

Depuis six ans, ces manifestations publiques nous ont valu ici même des débats passionnants et très enrichissants, dont je ne veux rappeler que les deux derniers, sur le Marché Unique Européen, en 1989, et l'an dernier sur l'arbitrage et le droit administratif. Les discours de si belle qualité, de si belle facture, du Président du CNPF, François Périgot, ou du Professeur Pierre Delvolvé, n'étaient pas pour peu de chose, on s'en doute, dans la réussite de ces débats.

Et c'est bien entendu avec impatience que nous attendons l'exposé d'aujourd'hui. Les titres éminents de M. Robert Badinter donneront un poids particulier à son propos, dont le sujet — je vous le rappelle, mais vous le savez — est l'impartialité de l'arbitre. Sujet paradoxal dans son énoncé : que serait un arbitre partial ? Peut-on joindre les deux termes sans qu'ils se heurtent de façon choquante ? Et cependant, cette impartialité nécessaire n'est pas si facile à obtenir : chacun de nous doit le reconnaître s'il se considère avec lucidité.

Pour atteindre la vérité Descartes recommande d'éviter précipitation et prévention ; l'arbitre est choisi parce qu'on lui suppose une telle sérénité, mais aussi pour sa compétence dans le domaine du litige. Or celle-ci ne peut-elle parfois influencer son jugement ? Nous voilà devant une qualité nécessaire qui entraîne elle-même son propre défaut.

On pourrait énumérer d'autres difficultés, qui semblent exclure l'existence d'un arbitre sûr et

pourtant le problème est résolu tous les jours, grâce aux règles élaborées par la sagesse humaine, mais aussi parce qu'existe le sentiment de la responsabilité et de la dignité du rôle d'arbitre. L'impartialité, disent les textes, est une disposition de l'esprit : on peut dire une vertu de l'âme. Nul ne saura mieux nous en parler que la haute personnalité présente parmi nous ce soir. M. Robert Badinter fut un avocat exemplaire, passionné, au service de la défense. Mais la suite de sa carrière lui a donné maintes occasions d'exercer la vertu que je viens d'évoquer, d'abord comme Garde des Sceaux, mais plus visiblement encore à la Présidence du Conseil Constitutionnel, qui est en somme une suprême commission d'arbitrage. Je vous passe la parole, Mon Cher Président.

INTERVENTION

de Monsieur le Bâtonnier Francis MOLLET-VIEVILLE

Président de l'Association Française d'Arbitrage

Mon propos liminaire sera relativement bref, dans la mesure où j'entends ne pas retarder, d'une façon inopportune, le moment attendu qui a motivé votre venue et provoqué une présence particulièrement nombreuse. Un lever de rideau se doit d'être modeste ; permettez-moi dès lors de m'en tenir à une intervention en quatre points qui peuvent se résumer en une seule phrase : vous êtes venus à la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, à l'occasion du colloque annuel de l'Association Française d'Arbitrage, pour connaître de l'impartialité de l'arbitre, telle que la conçoit le Président Robert Badinter.

La Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris. Je tiens à exprimer ma reconnaissance à mon ami Bernard Cambournac qui nous permet de nous réunir, une fois encore dans le cadre exceptionnel de la Chambre de Commerce aux destinées de laquelle il préside depuis trois ans déjà. Son accueil, devenu traditionnel est toujours amical et réjouit tous ceux qui s'intéressent à l'Arbitrage et dont les disciplines sont aussi bien constitutionnelles, académiques, universitaires, industrielles, commerciales, juridiques ou judiciaires.

Que le Président Cambournac soit profondément remercié de cet accueil ainsi que ceux qui ont, si utilement, contribué à l'organisation de cette manifestation.

L'Association Française d'Arbitrage — Vous en connaissez l'existence et les activités depuis plus de 16 ans ; vous en appréciez l'éthique qui est de promouvoir l'arbitrage ; vous en connaissez les réalisations qui répondent à nos espérances ; l'œuvre initiale de notre Président honoraire, Jean Robert, que je salue ici, se perpétue à l'occasion de nos activités et de l'organisation d'arbitrages dont l'importance ne cesse de s'accroître.

Les qualités professionnelles des Membres de l'Association et la diversité de leurs disciplines, comme celles des Membres de son Conseil d'Administration, permettent de répondre de mieux en mieux aux sollicitations dont l'Association fait l'objet. Il est vrai que l'évolution des rapports commerciaux au plan national et européen, comme au plan international, multiplie les recours à l'arbitrage.

Comme je l'ai déjà dit en maintes occasions, il s'avère que l'arbitrage présente, pour le monde des affaires, un attrait particulier et sans cesse grandissant. L'arbitrage est recherché pour atténuer le dépaysement que peut provoquer l'intervention des institutions judiciaires étatiques qui, parfois, peut apparaître malaisée, voire même inadaptée en certaines occasions.

Le choix personnel d'arbitres, connus et compétents pour leur expérience professionnelle, attire souvent ceux qu'une divergence ou un litige oppose ponctuellement. Le recours à l'arbitrage répond aussi au désir des parties de ne pas voir officialiser un contentieux passager dont la publicité risquerait de dégrader des relations contractuelles — qui se poursuivent, le plus souvent — malgré un désaccord particulier.

Plus encore, la motivation qui suscite d'une façon croissante le recours à l'arbitrage, répond à la recherche de solutions pragmatiques qui relèvent d'une conception de justice tenant compte à la fois

d'une application des règles de droit mais aussi de celle des pratiques du commerce, voire de la simple équité lorsque les parties le demandent explicitement.

C'est ainsi que doivent être comprises, aujourd'hui, la philosophie aussi bien que la pratique de l'arbitrage. L'arbitrage est devenu un mode de justice à part entière dont la portée psychologique répond aux vœux réalistes de ceux qui cherchent une solution utile et rapide dans le domaine des affaires. L'arbitrage s'est définitivement institutionnalisé par son organisation et sa réalisation confiées à des institutions permanentes et réglementées ; c'est bien ce que réalise l'Association Française d'Arbitrage et nous pouvons, à juste titre, nous en déclarer satisfaits.

Je tenais à vous faire connaître ces bonnes nouvelles de la vie de notre Association.

« *L'impartialité de l'arbitre* » — Cette importante question, qui motive notre colloque, va retenir notre attention. Les parties à l'arbitrage attendent des arbitres qu'ils statuent comme des juges puisque leur sentence provoquera les effets juridiques et financiers semblables à ceux d'une décision étatique. Ainsi donc, la personnalité de l'arbitre doit être à l'image de celle du juge ; à la spécialisation du magistrat correspond le choix technique de l'arbitre. Mais, dès lors que l'arbitre est choisi par une des parties (ou désigné par un organisme institutionnel), devra-t-il s'astreindre au respect des règles fondamentales qui régissent les fonctions du juge et en fixent l'éthique et le comportement.

Or, ce pouvoir de juger, donné à un homme, trouve sa principale justification dans la stricte observation du principe d'indépendance et, par là, d'impartialité à l'égard des parties et du sort de leurs intérêts, le plus souvent contradictoires. En particulier, le choix de l'arbitre, par l'une des par-

ties, ne doit pas lui donner la tentation d'en être le « super-avocat » au cours de la réalisation de sa mission.

Voltaire disait, en parlant de l'indépendance, « qu'il n'était personne qui ne regardât l'indépendance comme le but de ses travaux », ce à quoi Condorcet répondait « que Voltaire voulut devenir riche pour être indépendant ».

Aujourd'hui, l'indépendance du juge, comme celle de l'arbitre, évoque plus précisément le concept de l'impartialité. Il est du reste symptomatique de constater que la définition de l'impartialité, « qui consiste à ne pas prendre parti pour l'un plutôt que pour l'autre », est immédiatement suivie de l'exemple du « juge impartial ». On a prétendu que l'impartialité serait la vérification objective de l'indépendance de l'arbitre, alors que cette impartialité pouvait n'être qu'une appréciation subjective portée sur la neutralité de l'arbitre. De là à conclure que l'indépendance représente la conscience par les parties de l'impartialité de l'arbitre, cette impartialité se révélant la conséquence de l'indépendance de sa conscience.

Les auteurs abordant le problème d'impartialité évoquent volontiers l'indépendance d'esprit de l'arbitre. Notre ami, le Président Jean Robert a écrit : « Dès l'instant que des parties, pour des motifs qui le justifient économiquement à leurs yeux, abandonnent l'abri tutélaire des juridictions de droit commun pour s'en remettre à la sentence arbitrale, au moins doivent-elles avoir une garantie suffisante contre ce qu'elles pourraient redouter de pire, la prévention de l'esprit ».

Qu'en est-il de l'évolution actuelle de l'arbitrage dans tous les domaines et, dès lors, de la notion d'impartialité d'un arbitre ? Il pourrait apparaître que la notion d'impartialité du juge, comme celle de l'arbitre, n'ait pas de fondement constitutionnel pour

trouver sa motivation dans le concept de l'indépendance du juge telle qu'elle est garantie par l'article 64 de la Constitution, dans le principe d'égalité devant la loi considéré comme un principe à valeur constitutionnelle, aux termes de l'article 2, et enfin dans le principe du respect des droits de la défense, principe dont le Conseil Constitutionnel lui-même a progressivement élargi le champ d'application.

L'indépendance du juge justifie la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui sont donnés ; il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions ni de se substituer à elles dans les décisions relevant de leur compétence.

L'impartialité, qui ne peut exister sans indépendance, fait également référence au principe d'égalité qui trouve son fondement dans des textes de valeur constitutionnelle, que ce soit l'égalité des hommes ou l'égalité devant la loi, proclamée par les articles 1 et 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme. Mais surtout, et c'est bien le sujet qui nous occupe, l'égalité devant la justice ne peut se réaliser pleinement que si les juges, et partant les arbitres, respectent une stricte impartialité dans l'application des principes légaux ou d'équité qui sous-tendent leur décision.

Il faut remarquer enfin que l'impartialité se conforte par le principe du respect des droits de la défense, lui-même reconnu comme principe de valeur constitutionnelle et celui du caractère contradictoire de la procédure. La question s'est posée de savoir si l'impartialité du juge, qui procède de son indépendance, pouvait expliquer l'interdiction du recours à l'arbitrage prévue en certaines matières par le Code Civil. Le Professeur Pierre Delvolvé s'en est expliqué l'année dernière ici même.

L'interdiction semble perdre peu à peu de sa substance dans la mesure où le législateur autorise, d'une façon moins rare, la possibilité de recourir à

l'arbitrage. Il nous faut donc suivre attentivement l'évolution novatrice de la pratique et mieux appréhender ce que doit être l'impartialité de celui auquel les parties font appel pour arbitrer un différend de quelque nature qu'il soit.

Nous avons déjà pu constater que l'arbitrage s'était étendu en un domaine international particulier, tel celui des frontières sino-soviétiques aussi bien que celui concernant l'Ile de Chypre. Voici quelques semaines, la Communauté Européenne vient de décider l'arbitrage d'un conflit voisin. La France, en demandant au Président du Conseil Constitutionnel de la représenter à la Commission d'Arbitrage de la CEE témoigne des efforts reconnus par ses partenaires européens pour tenter de faciliter le règlement de ce grave conflit.

Le concept de l'impartialité de l'arbitre y trouvera certainement un champ d'application nouveau et passionnant car la création de cette Commission d'arbitrage a bien pour but, dans l'immédiat, mais probablement plus tard en d'autres circonstances, de résoudre sinon de prévenir les conflits entre les Etats de la grande Europe.

Je ne doute pas que ce nouvel aspect de l'Arbitrage sera évoqué dans quelques instants par le Président Badinter, lui-même, dont je connais le désir de jeter les bases d'une Cour d'Arbitrage, soucieux qu'il est de réaliser ainsi le vieux rêve de la Société des Nations.

Et ceci me permet d'aborder le dernier point que je m'étais fixé pour cette brève introduction.

Le Président Robert Badinter

Il est de ceux que l'on ne « présente » pas. Nous l'« accueillons » en lui disant, surtout, notre gratitude pour sa présence et pour le temps qu'il a bien voulu distraire de celui qu'il consacre aux activités importantes et astreignantes qui sont les siennes.

Il a répondu favorablement à ma sollicitation au nom de l'Association Française d'Arbitrage. Qu'il en soit profondément remercié.

Voici quelque temps, Michel Caffier disait que le Président Badinter « mêlait, en toutes choses, quatre vertus cachées derrière son regard d'aigle secret » : la sensibilité, l'inquiétude, la rigueur et la chaleur, vertus qui l'avaient guidé vers Condorcet, homme du savoir partagé et vers Grégoire, le prêtre des opprimés.

Certes, Robert Badinter répondait au journaliste que la littérature l'avait aidé à parcourir les chemins de sa vie, lui qui se qualifiait volontiers de « vieux philosophe judiciaire ». Il n'avait pas tort pour nous qui avons apprécié : « L'Exécution », « Liberté Libertés », « Condorcet », « Libres et Egaux », ouvrages remarquables qui font que nous attendons impatiemment « Les prisons républicaines ».

Permettez-moi de conclure en évoquant un souvenir. Tous deux, aurions été bien surpris si quelqu'un nous eût dit en 1951, lorsqu'il prêtait son serment d'Avocat à Paris, que nous nous retrouverions 36 ans plus tard, siégeant au sein d'une institution qu'il préside depuis 1986 et qui a su s'imposer par son indépendance. Il est vrai que le Président Badinter écrivait, voici quelques années, que dans un état moderne la justice ne pouvait assumer complètement sa mission constitutionnelle que dans la mesure même où elle se révélait un contre-pouvoir efficace contre les excès et les abus de l'Etat à l'encontre des citoyens dans la mesure où ceux qui gouvernent se voient retirer toute influence sur l'exercice de la Justice.

L'Avocat remarquable qu'il était, et qu'il reste, passait son agrégation de droit privé en 1966 et devenait le Professeur éminent que vous connaissez. Le Palais, la Faculté, la Place Vendôme, le Palais Royal, voici les étapes remarquables d'un parcours exceptionnel.

Le Moulin de Beauvais, où s'élaborent les œuvres littéraires de Robert et d'Elisabeth Badinter, se trouve souvent abandonné en raison des incessants voyages du Président du Conseil Constitutionnel, pèlerin infatigable sillonnant le monde pour aider les nations à créer des Cours Constitutionnelles ou parfaire les activités de celles-ci afin de mieux garantir leur état de droit.

Bien peu de temps lui reste disponible pour le tennis, le bateau, la chasse sous-marine ou le piano qu'il affectionne. Certains prétendent que, parmi bien d'autres, le Président Badinter a formulé deux vœux : le premier est que l'instruction civique, dans le cadre d'une pédagogie des droits de l'homme, retrouve en France un droit de cité pour les enfants comme pour les adultes. La réalisation de ce vœu est déjà commencée puisqu'aussi bien le Professeur Badinter s'emploie à l'instruction civique des jeunes au Collège Robespierre à Epinay. Le second vœu serait, paraît-il, que son ami, cadet d'une année, Jean-Denis Bredin, acceptât de faire son éloge funèbre, tant il excellait en cet art...

Autant le premier souhait a emporté notre agrément et notre admiration dans l'immédiat, autant le second nous incite à demander une remise « sine die » quand bien même le sort déciderait que les rôles fussent intervertis...

Mais aujourd'hui, en cet instant, soyons attentifs à ce que le Président Badinter estime devoir être l'impartialité de l'arbitre, certains de ne point être déçus.

DISCOURS

de Monsieur le Président Robert BADINTER

— Pourquoi ai-je choisi ce sujet ? Parce que l'arbitre est un juge et que l'impartialité est inhérente à toute fonction juridictionnelle. Sans elle, point de justice mais seulement, ce qui est un outrage pour elle, la prévention ou l'intérêt particulier triomphant sous le masque de l'objectivité.

— Si l'impartialité du juge est ainsi une exigence pour la justice, elle est pour le juge une vertu, et comme toutes les vertus, difficile à satisfaire. Lequel d'entre nous peut se considérer comme parfaitement libre de tout préjugé, de toute conviction acquise ou de toute opinion préalable, lorsqu'il s'assied à la table du délibéré ? Se libérer autant que faire se peut de tout ce qui incline au préjugement, voilà bien le premier devoir du juge. L'impartialité du juge relève d'une démarche éthique. Mais s'en remettre à l'éthique du juge, est-ce suffisant pour le justiciable ? et pour la justice elle-même ?

L'impartialité, vertu qui relève en définitive du for intérieur du juge, appelle ainsi pour le justiciable des *garanties* contre le risque de partialité du juge, qui elles relèvent du Droit et du contrôle juridictionnel. Non point, je le répète, que ces garanties suffiront à assurer le justiciable de l'impartialité du juge. Au moins le rassureront-elles en écartant toute présomption de partialité de sa part. En même temps qu'elles protégeront la justice, qu'elle soit judiciaire ou arbitrale, contre le discrédit. Car, comme l'exprime le dicton anglais « Ce n'est pas assez que la justice soit rendue. Encore faut-il qu'on croit

qu'elle a été rendue ». Parole profonde, que gouvernants et juges auraient intérêt à conserver toujours présente à l'esprit.

Ainsi la nécessaire impartialité du juge revêt un double aspect : au regard du *juge* lui-même, elle est une *obligation*. Au regard du justiciable, elle est un *droit*, le droit à l'impartialité du juge, qui s'exprime par des garanties juridiques contre le risque de partialité. S'agissant de l'arbitre, il n'en va pas différemment, sauf à adapter à la condition particulière de l'arbitre, juge conventionnel des parties, l'exigence d'impartialité qui vaut pour tout juge.

I. L'obligation d'impartialité de l'arbitre-juge

A) *L'affirmation du principe*

Que l'impartialité du juge soit une condition du « procès équitable », ce principe est consacré aussi bien en droit interne que par les conventions internationales et par le Conseil constitutionnel. La Cour de Cassation l'a rappelé à maintes reprises et notamment à propos de l'arbitrage lui-même (Consorts Ury/Galleries Lafayette, 13 avril 1972, Rev. arb. 1975, p. 235). Le Conseil d'Etat en a fait application notamment dans l'arrêt *Demoiselle Arbousse* 2 mars 1973, conclusions Guy Braibant, Rev. Dt. Public 1973, p. 1066, cf. conclusions de Madame Sylvie Hubac, p. 1066, sous C.E. Sect. Sophie 27 avril 1988, Rec. C.E. 1988, p. 160). Dans le domaine international, plus remarquables encore sont les décisions rendues par la Cour européenne des Droits de l'homme sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention proclamant que le justiciable a droit à un Tribunal indépendant et *impartial*, (notamment l'arrêt *Piersach* du 10 octobre 1982 (série A, n° 53) et arrêt *De Cubber* du 26 octobre 1984, (série A, n° 86 par. 30). Enfin, le Conseil constitutionnel, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, sans s'être

prononcé explicitement sur la nature constitutionnelle de l'obligation d'impartialité du juge, a néanmoins implicitement fait référence à celle-ci en relevant que « la COB est à l'instar de tout organe administratif soumise à une *obligation d'impartialité*, pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence et aux règles déontologiques qui en découlent... ». Ce qui vaut pour les organes administratifs s'impose à fortiori plus encore pour les instances juridictionnelles.

— L'obligation d'impartialité est donc acquise dans toutes les juridictions françaises. Il en est de même en matière d'arbitrage soumis à notre droit interne, même si la Cour Européenne des Droits de l'homme a refusé de déclarer applicable à l'arbitrage les dispositions de l'article 6 de la Convention Européenne.

Si le NCPC ne mentionne pas l'obligation d'impartialité de l'arbitre, la jurisprudence est à cet égard sans équivoque. Et la plupart des règlements ; des organisations d'arbitrage en font état en France, soit implicitement à travers l'exigence d'indépendance de l'arbitre (Règlement de l'AFA, art. 6 parag. 2 ; règlement CCI, art. 7), soit explicitement (règlement de l'ARLAM, art. 6-4, de la Chambre arbitrale maritime, art. VII). Et la doctrine mentionne l'impartialité parmi les conditions requises de l'arbitre (cf. notamment Jean Robert « L'arbitrage » 5^e éd. Dalloz 1983, pp. 114-115 ; Matthieu de Boissésou, « Le droit français de l'arbitrage interne et international » G.L.N. Joly éditions, 1990, n^{os} 213, 216 et suiv, 770 ; René David, « L'arbitrage dans le commerce international », Economica, 1983, p. 275).

B) Le contenu du principe : le concept d'impartialité

Si en droit interne, il est acquis que l'arbitre exerçant une mission juridictionnelle doit satisfaire à l'exigence d'impartialité, les interrogations subsistent sur le *contenu* de cette obligation. A y regarder

de plus près, c'est le *concept* même d'impartialité qui demande une analyse plus rigoureuse que le constat de cette simple évidence : le juge doit être impartial.

Il est significatif à cet égard que, dans la plupart des traités et dans nombre de décisions de jurisprudence, l'impartialité soit citée ou analysée en même temps que *l'indépendance*. Parfois même on se borne à traiter des conditions de l'indépendance du juge pour régler la question de son impartialité. Or les deux notions, si elles se rejoignent dans leur finalité, ne se confondent pas dans leur contenu. L'indépendance du juge est une donnée objective, l'impartialité une donnée subjective. Et l'une ne recoupe pas nécessairement l'autre : s'il est difficile, et parfois héroïque pour le juge d'être impartial quand il est sous la dépendance d'une partie, l'histoire et l'expérience enseignent que l'exemple de Thomas More, modèle accompli de la « Virtu » judiciaire, n'est pas unique, même si heureusement les conséquences n'en sont pas aussi extrêmes... A l'inverse, assurer au juge une totale indépendance ne garantit point sa parfaite impartialité. Parfois, on a même le sentiment que certains ne revendiquent une farouche et absolue indépendance que pour mieux laisser s'exercer leurs passions, leurs préjugés, leur parti pris, sans risque aucun pour leur carrière ou leurs ambitions...

Il n'en demeure pas moins que les deux notions entretiennent d'étroites relations. Si l'on veut bien considérer la justice, dont l'arbitrage est l'une des expressions, sous l'angle qui doit toujours primer : celui des droits et garanties du justiciable, et non celui de l'intérêt et de la commodité du juge, l'on mesure aussitôt que si l'indépendance du juge ne garantit point absolument son impartialité, au moins la favorise-t-elle et rassure-t-elle le justiciable.

Il n'en va pas différemment en matière d'arbitrage. L'indépendance de l'arbitre apparaît comme

une garantie préalable de son impartialité, et comme une condition nécessaire à l'autorité morale de la sentence. Certes, la question est rendue plus complexe s'agissant d'un arbitre désigné directement par l'une des parties au sein du Tribunal. La tentation est grande alors, pour la partie, de choisir un arbitre non seulement en fonction de sa compétence et sa sagesse, mais aussi de la complaisance qu'elle lui prête à servir ses intérêts en fonction des rapports qu'il a entretenus ou entretient avec elle. Et nous savons tous que certains règlements d'arbitrage anglo-saxons admettent la notion, pour nous singulière, de « non neutral arbitrators » (cf. « code of ethics for arbitrators in international disputes », élaboré conjointement par l'American Association Arbitration et l'American Bar Association, cité par Philippe Fouchard, op. cit., p. 712 ; cf. sixième colloque CCI, CIRDI-AAA, « La procédure arbitrale et l'indépendance des arbitres, Paris, 27 octobre 1988, Rev. de l'Arbitrage, 1988, pp. 748-752). Certes, l'exigence d'impartialité demeure, s'agissant du Président du Tribunal arbitral. Et même pour « l'arbitre partisan », selon la terminologie de René David (op. cit., p. 351), la ligne éthique paraît fixée par l'axiome de Domke « partisan he may be, but not dishonest » (René David, op. cit., p. 352). Mais la conception anglo-saxonne qui admet que les parties peuvent « faire trancher leur contestation par un collègue composé de deux arbitres partisans et d'un troisième arbitre neutre » (New York State Court of Appeal, *Astoria Medical Group v. Health insurance plan of greater New York*, Rev. Arb. 1969 p. 69) ne saurait être la nôtre en droit interne. Il en va différemment en matière internationale. Dans ce domaine en effet, compte tenu des sensibilités et des spécificités nationales, imposer aux arbitres désignés par les parties des conditions très rigoureuses d'indépendance interdirait souvent le recours à l'arbitrage (cf. Matthieu de Boissésou, op. cit., pp. 782-785).

S'agissant d'un arbitrage soumis au droit français, le principe a été consacré par la Cour de Cassation dans sa décision précitée du 13 avril 1972 « L'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel des arbitres. Quelle qu'en soit la source, elle est une des qualités essentielles de l'arbitre ». La Cour de Paris (1^{re} Chambre Suppl. 2 juin 1989, 2 arrêts, Rev. Arbit., 1990, pp. 87-95) l'a affirmé en termes excellents : « *L'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle* en ce sens que il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif par nature de tout lien de dépendance à l'égard des parties ». On ne saurait mieux dire. Et dès lors, toutes les dispositions de nature à garantir l'indépendance de l'arbitre, s'agissant des causes et des procédures de récusation, aussi bien que de l'appel-nullité, trouvent à s'appliquer, pour assurer au justiciable la garantie de son droit à l'impartialité de l'arbitre.

II. Le droit du justiciable à l'impartialité de l'arbitre

A) Les garanties

Cette « indépendance d'esprit que toute partie est en droit d'exiger d'un arbitre en tant que détenteur d'un pouvoir juridictionnel... » selon les termes de la Cour d'Appel de Paris (1^{re} Chambre Supp., 28 avril 1988, Rev. Arb. 1988, p. 165), comment l'assurer ? Comment arriver à satisfaire cette exigence de bonne justice arbitrale qu'évoque le Tribunal Fédéral suisse, à propos d'un arbitre unique récusé en l'absence de tout lien de dépendance avec l'une des parties, parce que « les circonstances retenues étaient de nature à justifier *objectivement* le sentiment de méfiance éprouvé à l'endroit de l'arbitre par l'une des parties » (Trib. Féd. Suisse, 16 septembre 1988, Rev. Arb. 1988, p. 509) ? C'est bien en effet de cela dont il s'agit : la crédibilité de la justice arbitrale dépend de *facteurs objectifs*. Nul ne

peut empêcher un justiciable de soupçonner de partialité un arbitre. Mais la crédibilité de l'arbitrage requiert que les arbitres apparaissent objectivement au-dessus de tout soupçon. Cette exigence vaut pour un arbitre désigné d'un commun accord ou par une institution, comme pour tout juge. Mais elle s'impose aussi bien s'agissant d'un arbitre choisi par une des parties, qui est lui aussi un juge. Je dirai même que cette exigence me paraît plus grande encore à son encontre, précisément parce qu'il a été désigné par l'une des parties.

Le justiciable doit ainsi bénéficier de garanties lui permettant, non pas de s'assurer contre le risque *intrinsèque* de partialité d'un arbitre, ce qui est impossible, mais de se prémunir contre les *facteurs extrinsèques* de partialité de celui-ci. Cette sauvegarde lui est assurée par un jeu de garanties à trois niveaux. Celui d'abord de l'examen de conscience de l'arbitre. Lorsqu'il est pressenti, il doit, selon les termes de l'article 1452 , Al. 2 NCPC, rechercher s'il n'existe pas en sa personne une cause de récusation et n'accepter dans ce cas sa mission qu'avec l'accord des parties. Disposition hautement significative que celle-là, que l'on retrouve dans nombre de lois étrangères et de règlements d'arbitrage (cf. l'article 7 parag. 2 et 3 du règlement de la CCI et l'article 6 du parag. 2 du règlement de l'AFA). Il ne s'agit plus seulement de se fier au contrôle des parties, souvent difficile, sur les rapports directs ou indirects que l'arbitre a pu entretenir avec l'une ou l'autre des parties. C'est à l'arbitre désigné qu'il revient de les évoquer en son for intérieur et de les dénoncer aux parties. Il convient même à notre sens qu'il aille au-delà des causes de récusation énumérées dans le texte, et qu'il révèle toutes les circonstances de fait connues de lui de nature à faire considérer que son indépendance d'esprit peut apparaître comme n'étant pas entière. Le caractère conventionnel de l'arbitrage se marque ici fortement, puisque l'accord des parties à la désignation

de l'arbitre, donnée en connaissance de cause des faits révélés, prévient toute récusation ultérieure et toute annulation de ce chef de la convention d'arbitrage et de la sentence pour vice de consentement.

Le second niveau de garantie est celui de la *récusation* de l'arbitre, soit qu'il se trouve dans un des cas visés par l'article 341 NCPC, soit qu'il existe des circonstances particulières de fait susceptibles de faire douter raisonnablement de son impartialité d'esprit : liens personnels avec une partie, intérêt personnel dans l'affaire en litige (Paris, 4 déc. 1979 ; Rev. Arb. 1981, p. 146) connaissance antérieure de l'affaire par l'arbitre en tant notamment que conseil, expert, voire arbitre d'une partie (cf. Mathieu de Boissésou, op. cit. p. 233). Les mêmes questions se posent à propos de la récusation fondée sur le défaut présumé d'impartialité ou sur le défaut allégué d'indépendance. Une partie, nonobstant les dispositions du règlement d'un organisme d'arbitrage accepté par elle, peut-elle saisir en tout état de cause le Président du Tribunal statuant comme en matière de référé ? je le pense pour ma part, toute décision statuant sur un incident de récusation étant de nature juridictionnelle. Il est souhaitable d'ailleurs que l'incident de récusation soit réglé au plus tôt, car si la cause de récusation est évoquée seulement au cours d'un recours en annulation, la décision, si elle l'accueille, mettra à néant le compromis et la sentence, avec toutes les conséquences graves que cette annulation au terme de la procédure peut entraîner.

L'ultime niveau de garanties contre la partialité de l'arbitre est celui de recours en annulation de la sentence arbitrale. Il permet au justiciable de faire sanctionner la partialité alléguée de l'arbitre, se traduisant sans doute à ses yeux par l'échec de sa cause ; car imagine-t-on le plaideur heureux dénonçant la partialité de l'arbitre qui lui a donné raison ?

Le plaideur habile gardera ainsi en réserve le moyen tiré d'un défaut de garantie de partialité d'un arbitre, que celui-ci n'aurait pas révélé, comme une sorte de filet protecteur contre le risque d'une sentence défavorable.

B) Aussi satisfaisant que paraisse cet ensemble de moyens protecteurs contre la partialité de l'arbitre, son efficacité est à la mesure de la *rigueur* plus ou moins grande avec lequel s'exerce le contrôle juridictionnel des garanties d'impartialité.

Deux conceptions paraissent à cet égard émerger. L'une, que j'appellerai *objective* : par exemple l'arbitre sera récusable ou la sentence annulable lorsqu'il aura déjà manifesté antérieurement son opinion sur l'affaire, son indépendance d'esprit paraissant de ce fait compromise. Pareille preuve d'une opinion sur les faits d'une affaire publiquement exprimée par un juge ou un arbitre est, on le reconnaîtra, souvent difficile à établir. Cette approche est celle pour l'essentiel du Conseil d'Etat s'agissant de l'impartialité du juge administratif. Madame le Commissaire du Gouvernement Hubac analysant la jurisprudence administrative, soulignait que « en l'état actuel de la jurisprudence dominante, la personne en cause doit avoir *publiquement* exprimé sa position sur l'affaire, son animosité doit avoir été *notoire* ou son intérêt personnel à la décision *certain* pour que la méconnaissance du principe d'impartialité puisse être retenue » (conclusions sous arrêt Sophie, C.E. section 27 avril 1988, Rec. décisions, C.E., p. 163). On ne s'étonnera pas dès lors de voir admis à siéger dans un Conseil de discipline le fonctionnaire qui a formulé la plainte, qui a déclenché la procédure et qui a eu la charge de conduire l'enquête préparatoire (C.E. 11 mai 1960, Ministre de l'Agriculture/Laniez AJDA 1960, p. 279 ; 12 juillet 1969, Lebris, p. 380). De même, celui qui a siégé comme conseiller dans une affaire peut ensuite conclure comme Commissaire du Gouvernement parce que son opinion n'est pas connue (21 avril 1971,

Bernard Baradac, p. 284). Ou bien encore, la circonstance qu'un président de Tribunal administratif ait donné un avis sur la légalité d'un arrêté municipal ne fait pas obstacle à ce qu'il siège lors de l'audience du Tribunal au cours de laquelle cette juridiction délibère sur la légalité dudit arrêté, car il n'a *pas pris parti publiquement* sur la question (Sec, 25 janvier 1980, Gadugia, p. 44, avec les conclusions contraires du Président Rougevin Baville). Le Conseil d'Etat a estimé que la circonstance que le même magistrat ait présidé une audience du Tribunal correctionnel ayant condamné pénalement un ressortissant étranger, et d'autre part la séance de la commission spéciale prévue par l'ordonnance du 2 novembre 1945 au cours de laquelle il a été donné un avis favorable à l'expulsion n'était, par elle-même, contraire à aucun principe général du droit, et qu'il n'y avait pas place pour un doute légitime sur l'impartialité objective du magistrat (21 décembre 1986, Ben Khala p. 639 — cf. dans le même sens, Sophie, 27 avril 1986 précité. Et plus généralement les décisions citées par Madame le Commissaire du Gouvernement Hubac, conclusions précitées).

L'autre approche, que j'appellerai *subjective* est celle de la Cour Européenne des droits de l'homme. Le juge est récusable dès lors que sa connaissance antérieure des faits de l'affaire, et l'opinion qu'il a pu s'en faire à cette occasion sont de nature aux yeux du justiciable à faire douter raisonnablement de son indépendance d'esprit. (cf. Piersach contre Belgique : « En la matière, même les apparences peuvent revêtir une certaine importance ». 1^{er} oct. 1982, série A. n° 53). Dans cette conception, le juge ne doit siéger que si son impartialité est « beyond reasonable doubt », au-delà d'un doute raisonnable. Ceci entraîne inévitablement une plus grande rigueur dans l'exercice de la récusation, ou une moins grande complaisance à l'égard des arbitres désignés.

De ces deux approches, s'agissant de l'impartialité de l'arbitre, la jurisprudence paraît incliner plutôt vers la première. Ainsi pour le Président du Tribunal de Paris, le fait pour un arbitre d'avoir été l'expert d'une partie dans un litige antérieur ne saurait suffire à faire présumer sa partialité (Trib. Gde. Inst. de Paris, ord. de référé, 19 avril 1985). De même, le fait pour un arbitre désigné d'être appelé à statuer sur l'appel en garantie formé après une procédure principale dont il a eu précédemment à connaître comme arbitre « n'est pas, de nature à mettre en cause son impartialité ainsi que son objectivité... dès lors que sa personne ne fait l'objet d'aucune contestation sérieuse ». (Trib. Gde. Instance de Paris, Ordon. de référé, 13 janvier 1986, Rev. Arb. 86 p. 63). Il en va autrement « si la première sentence signée rendue par l'arbitre a retenu le principe de la responsabilité de l'appelé en garantie ». De même, l'indépendance d'esprit d'un arbitre ne paraît pas compromise « par un engagement dans un débat entre professionnels, dès lors que les écrits produits ne permettent pas de mettre en doute l'impartialité de l'arbitre et que les propos tenus ne manifestent ni véhémence excessive, ni hostilité systématique propre à faire présumer de la part de l'arbitre un préjugé à l'encontre d'une des parties » (Cour d'Appel de Paris, 1^{re} Ch. Supp., 5 juillet 1990, Rev. d'Arb. 1991, p. 360 ; Pt. Trib. Paris, 25 oct. 1988, Rev. d'Arb. 1990, p. 497).

Je crois pour ma part que toute institution juridictionnelle est d'autant mieux acceptée et respectée que les garanties d'impartialité qu'elle présente sont rigoureuses. S'agissant de l'arbitrage, précisément parce qu'il demeure une justice à fondement conventionnel reposant sur le choix des juges par les parties, directement ou par organisme interposé, cette exigence me paraît plus vive encore. Je souscris volontiers pour ma part à la décision de la Cour Suprême des Etats-Unis *Commonwealth Coatings Corp./Continental Casualty C°* du 18 nov. 1968 (in

Revue d'arbitrage, 1969, p. 69). Il s'agissait d'une sentence arbitrale rendue par un collège arbitral, dont le troisième arbitre, choisi d'accord entre les deux autres, était ingénieur-conseil dans une entreprise à Porto-Rico qui avait eu des rapports d'affaires avec le défendeur. Le demandeur ignorait ces liens que l'arbitre avait tus, et poursuivait la nullité de la sentence arbitrale de ce chef, sans soutenir cependant que le troisième arbitre avait fait preuve de préjugés ou favoritisme dans le cours de l'instance arbitrale.

La Cour suprême a censuré la décision des juges qui avaient refusé d'annuler la sentence. Dans les termes du juge Black, exprimant l'avis de la majorité de la Cour : « Nous ne pouvons douter que si une partie en litige pouvait démontrer qu'un juré ou un magistrat a eu, dans l'ignorance de cette partie, des relations de cette nature, la décision aurait été sujette à contestation... Il est exact que les arbitres ne peuvent cesser tous rapports avec le monde des affaires, du fait qu'on n'attend pas qu'ils retirent tous leurs revenus de s'astreindre à trancher des litiges. Mais il nous appartient d'être le cas échéant plus scrupuleux même à sauvegarder l'impartialité des arbitres plutôt que celle des magistrats, du fait que les premiers ont totalement les mains libres de décider du droit autant que du fait et ne sont pas soumis à l'appel... ». Et après avoir rappelé les dispositions du § 18 du Règlement de l'American Arbitration Association, et la 33^e règle du Code de la déontologie judiciaire à l'intention des magistrats, le Juge Black conclut : « Ce règlement d'arbitrage et cette règle de déontologie judiciaire reposent sur ces prémisses que toute juridiction autorisée par la loi au règlement des procès et litiges ne doit *pas seulement être exempte de favoritisme mais doit même éviter toute apparence de favoritisme* ».

Il est à cet égard un moyen simple de prévenir tout soupçon désagréable et le plus souvent injuste,

de partialité d'un arbitre. C'est précisément celui déjà évoqué qu'offre l'article 1452 § 2 NCPC. Que l'arbitre désigné, avant d'accepter sa mission prenne l'initiative, si des circonstances antérieures sont de nature à faire peser même le plus léger doute sur son impartialité, à s'en ouvrir aux autres arbitres et aux parties. De ce fait, l'accord des parties prévient tout soupçon et toute cause de récusation. Et ainsi l'arbitre, fort de sa rigoureuse sincérité, pourra participer en toute liberté d'esprit au déroulement de l'arbitrage, sans que nul ne puisse plus la mettre en doute. Je suis sensible à l'exigence morale d'une telle démarche, qui amène l'arbitre à s'interroger sur lui-même avant de juger les autres. Il n'est pas indifférent, me semble-t-il, que, avant que de juger, l'arbitre se mette en condition d'apprécier tout ce qui peut être de nature à faire douter les autres de son impartialité. L'inquiétude et l'humilité du juge face à ses responsabilités me sont toujours apparues comme des garanties précieuses pour tenter de parvenir à rendre bonne justice, qu'elle soit judiciaire, arbitrale ou constitutionnelle.

REMERCIEMENTS

de Monsieur le Bâtonnier MOLLET-VIEVILLE

Vous aviez tous souhaité une meilleure connaissance de l'impartialité de l'arbitre. Je pense que vous avez été comblés par le caractère attractif et captivant de la conférence que le Président Badinter vient de nous donner, alliant une fois de plus l'humanisme à la philosophie et le droit à la pratique de l'arbitrage.

Je veux, tant en mon nom personnel qu'en celui de l'Association Française d'Arbitrage, et également, j'en suis sûr, au nom de tous ceux, fort nombreux, qui sont venus, vous dire, cher Président, combien nous vous sommes reconnaissants de nous avoir permis cette approche du problème au plan subjectif et au plan objectif pour considérer, au-delà de la personne de l'arbitre, ce qui pourrait se révéler, et je vous cite « l'apparence subjective de la partialité ».

Vous avez été aussi loin, dois-je vous l'avouer, que je le souhaitais.

Notre éthique, celle de nous tous, en matière d'arbitrage, se sent renforcée par une conférence comme la vôtre, qui est à la fois enrichissante et qui, pour l'avenir, nous donne des pistes et nous trace des axes que nous retiendrons pour les rappeler à ceux qui pourraient ne point se rallier à l'éthique qui est la nôtre.

Je sais que la richesse du propos, ainsi que le fait que nous pourrions poursuivre nos entretiens au-delà de ce jardin, font qu'il est raisonnable de ne point prolonger ici notre séance.

Nous avons été comblés.

Une fois de plus, cher Président Cambournac, merci pour votre accueil. Vous êtes l'artisan de la réussite de cette manifestation. Cette « grand messe » de l'AFA a été célébrée grâce à l'archevêque de cette magnifique cathédrale !

J'arrête là la comparaison pour dire que l'officiant a été lui-même au-delà de nos espoirs, mais nous le connaissions et n'avions, une fois encore, qu'à être attentifs aux enseignements que le Président Badinter a bien voulu ainsi nous donner.

La séance est levée.

