

DE L'IMPORTANCE DU CHOIX DE L'ARBITRE

Dalila ZENNAKI

Professeur, Université d'Oran

L'arbitrage est devenu l'un des principaux mécanismes¹ de la résolution des litiges notamment du commerce international², « l'arbitre est devenu le juge exclusif, voire naturel, du commerce international »³. La question qui se pose au début de chaque arbitrage et qui est primordiale est : quel arbitre choisir ? A cet effet un adage rappelle « tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage ». Aussi le choix des arbitres et les qualités requises de celui-ci sont-elles primordiales quant à l'issue du règlement du différend, c'est sur l'arbitre que se concentrent l'attention et les espoirs des parties.

En effet, la question des qualités requises des arbitres était quelque peu négligée par le passé du fait que l'arbitrage était du ressort des académiciens . Ainsi donc, dans la mesure où ces qualités semblaient évidentes, les questions essentielles étaient plutôt relatives à la reconnaissance de la légitimité de l'arbitrage et aux avantages de celui-ci par rapport à la procédure judiciaire étatique. Actuellement, les qualités de l'arbitre constituent les préoccupations essentielles des parties au litige et même des institutions arbitrales⁴.

¹ Même si les entreprises préfèrent recourir à l'arbitrage, il ne s'agit pas de l'unique instrument de règlement des litiges puisque les entreprises hésitent sur le choix du système le plus approprié au règlement de leur différend, lequel choix varie en fonction des circonstances.

² Les clauses compromissoires sont présentes dans la majorité des contrats internationaux du commerce.

³ L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends ?, RTD com, avril-juin 2012, n°2, p 228.

⁴ D.P. Fernandez Arroyo, Les qualités des arbitres, in Cahiers de droit de l'entreprise, n°4, Juillet 2012, p 19.

Aussi, les principales qualités requises de l'arbitre font actuellement l'objet de règles dans les différentes réglementations, qu'elles soient nationales ou internationales. D'une façon générale ces différentes règles se ressemblent mais leur mises en œuvre n'est pas toujours aisée, puisque faisant l'objet d'appréciations multiples qui peuvent diverger.

Ces qualités requises des arbitres sont principalement relatives à leur conduite, c'est-à-dire leur crédibilité appréciée en fonction de la confiance que leur accordent les institutions arbitrales à l'origine de leur nomination comme arbitres ainsi que de la confiance que leur manifestent les parties au différend soumis à l'arbitrage. Cette confiance semble à priori être le point central quant au choix de l'arbitre.

Le recours à l'arbitrage est en principe toujours volontaire⁵, d'où le principe de la liberté des parties quant à leur désignation. Pourtant, le choix des arbitres n'est pas toujours aisé, étant donné le nombre grandissant des arbitres et la diversité de leurs spécialités d'une part, et le recours croissant à l'arbitrage d'autre part.

Aussi notre travail s'articule autour de deux questions : la liberté des parties quant à la désignation des arbitres et l'importance des qualités de l'arbitre lors de cette désignation, qualités qui jouent un rôle fondamental quant à la consolidation de la légitimité de l'arbitrage.

I- La liberté de choix de l'arbitre par les parties

Si d'une façon générale, les parties ont la liberté de désigner leurs arbitres, il arrive que cette désignation souffre de difficultés d'où l'intervention soit des tribunaux étatiques, soit des centres d'arbitrage.

⁵ Ce qui n'est pas le cas en matière de règlement des litiges par les tribunaux étatiques où les justiciables ne choisissent pas les juges qui examinent leur affaire.

La liberté des parties dans la désignation de leurs arbitres est consacrée aussi bien par le droit des états que par le droit conventionnel ou les règlements d'arbitrage.

Toutefois cette liberté de choix des parties n'est pas illimitée ; des limites y sont apportées soit par les droits nationaux eux-mêmes, soit par la pratique arbitrale.

Il arrive que la désignation des arbitres fasse l'objet de difficultés, et dans ces hypothèses elle peut échapper aux parties pour être soumise soit aux tribunaux nationaux comme cela est prévu dans les codes algérien, marocain et tunisien, soit aux centres d'arbitrage .

Aussi cette partie s'articulera autour de deux questions : d'une part la liberté de principe des parties quant au choix de leurs arbitres et d'autre part les limites à cette liberté.

A- La liberté de principe des parties quant a la désignation de l'arbitre

Le libre choix des parties de leur arbitre est consacré aussi bien par les droits étatiques que par le droit conventionnel et les règlements d'arbitrage

1 -La liberté de la désignation de l'arbitre dans les droits étatiques

Tous les systèmes juridiques étatiques consacrent la priorité de la liberté des parties quant à la désignation de leur arbitre⁶, spécialement en matière d'arbitrage interne.

Concernant les droits étatiques, cette autonomie des parties est explicitement consacrée dans les pays du Maghreb, telle que l'article 1041 du Code de procédure civile et administrative

⁶ Articles 1006 al 1,1007 et 1011 du Code de procédure civile et administrative (CPCA) ; article 327-2 du Code de procédure civile marocain.

algérien ou l'article 327-41 alinéa 1 du code de procédure civile marocain ou enfin l'article 52 du Code d'arbitrage tunisien.

Cette volonté des parties est également règlementée en matière d'arbitrage international par des dispositions spécifiques⁷.

a. En matière d'arbitrage interne

Le législateur algérien distingue, en matière d'arbitrage interne, la clause compromissoire⁸ et le compromis⁹. En dehors de leur principale distinction, qui est le moment où elles interviennent dans le rapport des parties, il n'y a pas en matière de désignation des arbitres, d'intérêt à leur distinction, d'ailleurs en droit français il est fait référence à la convention d'arbitrage depuis le décret 2011 du 3/1/2011¹⁰, et cela que ce soit pour un litige éventuel ou un litige déjà né. Il convient de signaler que le premier chapitre du Code de procédure civile et administrative algérien est intitulé « Des conventions d'arbitrage », mais le législateur ne donne aucune définition de ce qu'il entend par convention d'arbitrage.

En effet que ce soit pour la clause compromissoire ou pour le compromis, il n'est pas impérativement imposé aux parties la désignation de leur arbitre. Les parties peuvent se suffire de prévoir seulement les modalités de leur désignation. Le choix est donc ouvert aux parties de désigner soit immédiatement dans la clause compromissoire ou dans le compromis, le ou les arbitres, ou de prévoir uniquement les modalités de leur désignation.

⁷ M. Trari-Tani, *l'arbitrage commercial international*, p 133, éd Bruyant, 2011.

⁸ Article 1007 du CPCA.

⁹ Article 1011 du CPCA.

¹⁰ Article 1442 du CPC en droit interne et article 1507 du CPC en droit international.

En matière de clause compromissoire, la non exigence des noms des arbitres est logique, puisqu'aucun litige n'oppose encore les parties et qu'elles ignorent l'éventualité de celui-ci de même que la date de sa survenance ou de sa nature. Elles ne peuvent en toute logique se hasarder à désigner nominalement le ou les arbitres¹¹.

A travers les dispositions des articles 1008 al 2 et 1012 al 2 du CPCA apparaît la volonté du législateur algérien de consacrer le caractère contractualiste de l'arbitrage. Se pose la question du contenu, des modalités de cette désignation à insérer dans la clause compromissoire ou dans le compromis. Le législateur algérien ne s'est pas attardé sur cette question, aussi ces modalités peuvent elles être aussi variées que les circonstances de l'espèce.

Il est à noter que l'article 1009 al 1 du CPCA fait référence aussi bien aux difficultés dues au fait des parties qu'aux difficultés dans la mise en œuvre des modalités de désignation des arbitres.

Le législateur algérien ne prévoit pas le cas où les modalités de désignation des arbitres antérieurement prévues par la clause compromissoire seraient modifiées avant la survenance du litige. Ici, la logique voudrait que les parties, d'un commun accord, procèdent à un complément de leur convention, comme elles peuvent faire procéder à leur désignation par requête conjointe au président du tribunal.

Le président du tribunal doit dans l'exercice de sa mission, se limiter à la convention des parties, par exemple si la clause compromissoire prévoit sa compétence pour la désignation du troisième arbitre, il ne peut pas nommer l'arbitre choisi par les parties conformément à l'article 1009 alinéa 1 du CPCA.

¹¹ J.Robert, L'arbitrage-droit interne, droit international privé, p 66 et s, Dalloz, 6ème éd.

Dans le cas où la clause compromissoire serait nulle ou insuffisante, le président du tribunal « le constate et déclare n'y avoir pas lieu à désigner » (article 1009 al 2 du CPCA).

En ce qui concerne la nullité de la clause, il s'agit seulement de la constatation de cette nullité, le juge n'ayant pas à juger la clause ; il ne peut procéder à aucun examen de fond et doit se contenter d'une « constatation », qui ne doit pas empiéter sur les prérogatives de l'arbitre, lequel est investi du pouvoir d'apprécier la validité de son investiture.

Quant à l'insuffisance de la clause compromissoire, elle ne permet pas au juge de désigner le ou les arbitres pour la constitution du tribunal arbitral.

L'insuffisance de la clause compromissoire peut revêtir différents aspects, il en est ainsi par exemple lorsque cette clause n'a aucun rapport avec la convention principale.

En matière de désignation de l'arbitre dans le compromis, l'article 1012 al 1 du CPCA semble à priori plus rigoureux quand il fait état de l'exigence dans le compromis du nom des arbitres. Mais la rigueur de cet article est tempérée par la validité du compromis portant uniquement l'indication des modalités de désignation des arbitres.

Cette souplesse du droit algérien à l'égard de la désignation de l'arbitre est intéressante dans la mesure où les parties jouissent d'une certaine liberté dans ce domaine. Le législateur algérien se montre quand même plus libéral que nombre de législations arabes. Il se rapproche du droit marocain¹² en la matière où la désignation de l'arbitre ou des arbitres est exigée sous peine de nullité. Le code tunisien est beaucoup plus restrictif de cette liberté, même s'il accorde implicitement la

¹² Article 317§2 du Code de procédure civile marocain.

primauté à la convention des parties, il opte pour l'application de la réglementation tunisienne pour tout litige où la loi tunisienne a été choisie par les parties ou le tribunal arbitral et pour les arbitrages dont le siège se situe en Tunisie (article 47.2)

Toutefois, contrairement à la désignation de l'arbitre dans la clause compromissoire qui peut être qualifiée de désignation contractuelle, l'intervention du judiciaire n'apparaît que sporadiquement (difficultés des parties dans le choix des modalités de désignation), pour la désignation de l'arbitre. Dans le compromis, l'intervention du judiciaire est plus palpable puisque lorsque l'arbitre n'accepte pas sa mission, ce ne sont pas les parties qui désignent un nouvel arbitre; cette mission revient au président du tribunal compétent statuant par ordonnance (article 1012 al 3 du CPCA).

b. La désignation de l'arbitre en matière d'arbitrage international

Le code de procédure civile et administrative algérien définit l'arbitrage international d'une manière surprenante: « est international l'arbitrage qui connaît des litiges relatifs à des intérêts économiques d'au moins deux états » (article 1039). Cette définition laisse supposer que l'arbitrage international est relatif à des rapports d'ordre étatique et relèverait donc du droit public, ce qui n'est pas réellement le cas puisque les opérateurs économiques privés algériens participent de plus en plus aux opérations du commerce international. D'ailleurs il est à relever dans cette définition « la notion intérêts économiques », ce qui met en évidence le caractère économique de l'arbitrage international. Peut être que par cette définition malencontreuse de l'article 1039, le législateur voulait seulement préciser qu'était international l'arbitrage qui se traite économiquement dans plusieurs pays. Il a opté ici pour des critères objectifs, la volonté des parties dans la qualification internationale de l'arbitrage

n'ayant aucun effet. Toujours est-il que cette définition est maladroite et doit être revue en y incluant les rapports privés commerciaux des opérateurs économiques.

Selon l'article 1041 al 1 du CPCA algérien, la désignation des arbitres peut se faire dans la convention d'arbitrage ou intervenir d'une façon distincte de cette convention. Cet article énonce à cet effet que « les parties peuvent...désigner le ou les arbitres... ». Il édicte également que la désignation peut se faire: « par référence à un règlement d'arbitrage ». Aussi ce règlement devient il la convention d'arbitrage elle-même et les modalités qu'il prévoit seront celles dont les parties ont indirectement convenu.

En matière d'arbitrage international, la convention d'arbitrage peut se rapporter soit à un litige futur, soit à un litige présent, il n'y a pas ici de distinction, contrairement à ce qui existe en matière d'arbitrage interne

2 - La liberté de désignation de l'arbitre dans l'arbitrage conventionnel et dans les règlements institutionnels

En matière d'arbitrage conventionnel, cette autonomie des parties dans la désignation des arbitres est également consacrée, même si ce n'est pas de façon aussi explicite que dans les droits nationaux. Elle se retrouve notamment dans la convention de New York (article V §1), la convention de Washington (articles 37 et 40), la convention de Nouakchott (articles 12 et 13).

Il en va de même dans les règlements d'arbitrage, dont le règlement de la CCI ou le règlement euro-arabe.

Le règlement euro-arabe opte pour la règle de la liberté des parties quant à la désignation de l'arbitre (article 21).

Quant au règlement de la CCI, il opte pour la règle de l'autonomie des parties dans la désignation de l'arbitre de façon explicite (articles 7 à 12) ;

Enfin le règlement de conciliation et d'arbitrage de Tunis pose la règle de la primauté de la liberté de choix des parties et ce n'est qu'en cas de défaillance de ces dernières que le Conseil scientifique de conciliation et d'arbitrage se mêle de cette désignation.

B- Les limites a la libre désignation de l'arbitre par les parties

La limitation de la liberté de choix des parties n'est pas toujours néfaste, elle permet de garantir une certaine sécurité à l'arbitrage.

Certaines limitations à la désignation de l'arbitre portent une atteinte directe à la liberté des parties alors que d'autres ont un rapport avec la sécurité qui doit caractériser l'arbitrage.

Les parties peuvent se contenter de prévoir qu'en cas de défaut d'accord des parties sur la désignation des arbitres, ou en cas de difficulté dans la mise en œuvre des modalités de leur désignation, ceux-ci seront désignés par une juridiction déterminée, conformément à ce qui est prévu dans l'article 1009 du CPCA. La désignation de l'arbitre peut également être le fait d'un tiers lorsque des difficultés surviennent dans la désignation ou en cas de défaut de désignation¹³.

Ce tiers est selon le droit algérien soit le président du tribunal du lieu de l'arbitrage lorsque l'arbitrage se situe en Algérie, soit le président du tribunal d'Alger quant l'arbitrage « se situe à l'étranger et à l'égard duquel les parties ont prévu l'application des règles de procédure en vigueur en Algérie ». Si la juridiction compétente n'est pas désignée, le tribunal compétent est celui du lieu de conclusion ou d'exécution du contrat (article 1042 du CPCA algérien). Cet article n'est pas clair. Peut être que le législateur voulait donner une solution

¹³ Article 1041 du CPCA.

dans l'hypothèse où les parties n'auraient pas désigné le siège de l'arbitrage, et dans cette hypothèse, ce sera le lieu de conclusion ou d'exécution de la convention d'arbitrage.

Cette intervention du président du tribunal est complémentaire aux dispositions strictement contractuelles des articles 1008 al 2 et 1012 al 2 du CPCA et a pour objet de faciliter aux parties la résolution de leurs difficultés, car les dispositions contractuelles, aussi précises soient elles, ne peuvent pas toujours tout prévoir. Il n'a pas été prévu d'appel, ni de pourvoi contre l'ordonnance du président du tribunal étatique.

C'est le caractère international de cet arbitrage qui peut avoir lieu à l'étranger qui rend difficile l'application prévue pour la désignation des arbitres en droit interne.

Même si la plupart des pays arabes reconnaissent le libre choix des parties quant à la désignation de leur arbitre, certains droits arabes ne sont pas favorables à cette prérogative reconnaissant aux parties la liberté de choisir leur arbitre.

La réticence de certains pays arabes quant à la désignation de l'arbitre par le biais de l'établissement de règles spécifiques, peut s'expliquer notamment par les « célèbres » « sentences pétrolières » rendues contre l'Arabie Saoudite et contre la Libye. En Arabie Saoudite cette hostilité quant à la désignation des arbitres remonte aux sentences en matière pétrolière rendues dans les années soixante et qui condamnaient l'Arabie Saoudite et éloignaient l'application de la charia, dont l'affaire Aramco¹⁴ rendue en 1958. Il en va de même pour la Libye avec les sentences pétrolières rendues entre 1973 et 1977¹⁵ et qui

¹⁴ Battifol et Lagarde, La sentence Aramco et le droit international privé, Rev crit D.I.P, 1964, 647.

¹⁵ BP Exploration c. Gvt. R.A Lybie, 1973, Rev. Arb. 1980, n°1, p 132 et s ; Liamco c. Gvt R A Libye en 1977, Rev. Arb., 1980, 117 et s.

excluaient l'application du droit libyen au profit d'un principe général de droit, prétextant de l'insuffisance des droits arabes. Ces sentences ont entraînés de la part de nombreux pays arabes, une hostilité à l'arbitrage international et par conséquent ont procédé à une limitation de la liberté de désignation des arbitres en rapport avec leur nationalité.

Même si l'avènement des réformes législatives dans les pays arabes a fait évoluer la vision des arbitres internationaux quant à l'application des droits arabes, la question du choix de l'arbitre revêt toujours son importance à l'heure de la «commercialisation»¹⁶ de l'arbitrage international. Il est en effet dommage de constater que certains arbitres adoptent souvent des positions éloignées de toutes préoccupations scientifiques alors que l'arbitre, surtout en matière d'arbitrage international bénéficie de plus en plus d'indépendance par rapport aux juges. Aussi le choix de l'arbitre reste-t-il essentiel et ceci, que les parties recourent à l'arbitrage institutionnel avec la création tant décriée de tels nouveaux centres ou nouvelles institutions d'arbitrages¹⁷, ou à l'arbitrage ad hoc où certains arbitres méconnaissent toute déontologie¹⁸.

C'est ainsi que le droit Saoudien soumet à l'homologation judiciaire le choix des arbitres fait par les parties. La juridiction chargée de l'homologation peut même refuser le choix des arbitres désignés par les parties et contraindre ces dernières à en désigner d'autres. Il y a une remise en cause de l'autonomie de la volonté des parties par cette procédure de l'homologation ; le système Saoudien remet en cause l'autonomie de l'arbitrage par

¹⁶ P Lalive, Sur une « commercialisation » de l'arbitrage international, *Liber Amicorum Claude Reynaud*, autour de l'arbitrage, p 167 et s, Litec 2004.

¹⁷ P Lalive, *op.*, cit., p 169.

¹⁸ *Idem*.

rapport aux juridictions étatiques, il est donc inadapté à la résolution des différends internationaux.

La procédure d'homologation du document arbitral est en effet également étendue à toutes les conventions d'arbitrage internationales qui ont un rapport avec l'Arabie Saoudite, même celles qui s'exécutent à l'étranger. De cette façon le droit saoudien viole les dispositions de l'article V-I-d de la convention de New York qui met l'accent sur la priorité à accorder à la convention d'arbitrage des parties, pourtant l'Arabie Saoudite a adhérer à cette convention de New York¹⁹.

La loi koweitienne n° 11 de 1995 relative à l'arbitrage judiciaire en matière civile et commerciale a créé au siège de la cour d'appel un ou plusieurs conseils d'arbitrages composés de trois magistrats et de deux arbitres. Les trois arbitres magistrats sont désignés par le conseil supérieur de la magistrature et les deux arbitres choisis par les parties. Plus grave encore, la présidence du conseil d'arbitrage est attribuée au juge ayant le plus d'ancienneté dans la magistrature. Il y a donc dans cette composition une majorité de magistrats qui vont peser de tout leur poids lors du délibéré alors que les deux arbitres nommés par les parties n'ont plus qu'un rôle consultatif. Il est à noter qu'aussi bien l'arbitrage international que l'arbitrage interne sont soumis à cette composante.

Parmi les autres moyens susceptibles de limiter le libre choix des parties il y a la condition de l'exigence que l'arbitre soit une personne physique. C'est ainsi que le code d'arbitrage tunisien dans son article 10 alinéa 1 fait état de cette condition aussi bien en matière d'arbitrage interne qu'international. L'alinéa 2 de ce même article précise que si la convention d'arbitrage a désigné une personne morale sa mission se limite à

¹⁹ Cette adhésion a eu lieu en 1994.

désigner le tribunal arbitral et que si l'arbitre désigné par la personne morale est un agent de l'état, il doit obtenir l'autorisation de l'autorité compétente. De plus, il pose comme principe la règle supplétive du nombre impair des arbitres (article 51.1 du CTA) sauf convention contraire. Mais là aussi le code tunisien restreint l'autonomie des parties dans l'hypothèse où elles désignent chacune son arbitre car le président sera désigné par ces deux arbitres et non pas par les parties.

Le droit algérien paraît beaucoup plus libéral puisque les parties peuvent désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation. De plus, les parties peuvent soumettre leurs différends à une personne morale et ceci aussi bien en matière d'arbitrage interne conformément à l'article 1014 al 2 du CPCA qui, permet expressément la désignation d'une personne morale comme arbitre en matière d'arbitrage interne, qu'en matière d'arbitrage international puisqu' aucun texte relatif à l'arbitrage international ne fait état de la question ; aucune limitation n'étant apportée à la nature de la personne de l'arbitre, celui-ci peut aussi bien être une personne physique qu'une personne morale. Dans le cas où elle serait une personne morale, il appartient à cette dernière de désigner un ou plusieurs de ses membres en qualité d'arbitre (article 1014).

Il en va différemment en droit marocain qui exige que « la mission d'arbitrage ne peut être confiée qu'à une personne physique... » (Article 320 al 1 du Code de procédure civile). Il rejoint le code tunisien puisque l'alinéa 2 de ce même article 320 dispose qu'en cas de désignation d'une personne morale « celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser et d'assurer le bon déroulement de l'arbitrage ». De plus l'article 321 nouveau, en matière d'arbitrage interne, oblige les personnes physiques qui exercent habituellement ou de façon permanente des

missions d'arbitre, de faire une déclaration au procureur général près la cour d'appel qui les inscrits sur une liste.

Le droit libanais adopte la même solution que le droit algérien pour l'arbitrage international, mais des restrictions sont apportées en matière d'arbitrage interne puisque l'article 768 du CPC libanais dispose : « la mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique et si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, la mission de celle-ci sera limitée à l'organisation de l'arbitrage ». Il apparaît que le code de procédure civile et administrative algérien est le plus respectueux de la liberté des parties en ce domaine puisqu' en cas de désignation par les parties d'une personne morale, celle-ci choisit les arbitres parmi ses membres.

Les lois libyennes, syriennes et saoudiennes sont muettes sur la question de savoir si une personne morale peut être désignée comme arbitre.

Une autre limitation à la liberté des parties existe encore, celle-ci en rapport avec le nombre des arbitres. En effet, souvent en matière d'arbitrage, est imposé un nombre impair d'arbitres et ceci dans le souci de pouvoir départager deux arbitres dont les avis ne concordent pas.

Pourtant en matière d'arbitrage international, certaines législations accordent aux parties la liberté du nombre des arbitres, allant ainsi dans le sens de la loi type de la CNUDCI²⁰, comme c'est le cas par exemple en droit libanais (article 810 CPC). Au contraire le droit algérien, dans l'article 1017 du CPCA impose un nombre impair d'arbitres, dans l'arbitrage interne, à l'instar des droits syrien, égyptien et jordanien.

²⁰ Le règlement de la CCI va dans le même sens (art 7 à 12).

Par contre en matière d'arbitrage international il n'y a pas de limitation dans le Code de procédure civile et administrative algérien à la liberté des parties quant au nombre des arbitres ; l'article 1041 étant rédigé de façon très large et aucune allusion n'y est faite sur la question du nombre impair des arbitres. Ici le législateur n'a pas envisagé de solution dans l'hypothèse où les parties choisissent un nombre pair d'arbitres. Comment résoudre le problème en présence d'une telle situation ? Une disposition législative est nécessaire ici.

Quant au droit marocain, le nombre des arbitres est réglé différemment en matière d'arbitrage ad hoc et d'arbitrage institutionnel. En effet même si l'alinéa 1 de l'article 327-2 du CPC marocain semble à priori prêter à équivoque quand il dispose que « ...les parties sont libres de fixer les modalités de désignation et le nombre... » (des arbitres), cette équivoque est levée par l'article 327-4 al 1 du même code en matière d'arbitrage ad hoc où est exigé un nombre impair. Par contre la condition de l'imparité n'existe pas en matière d'arbitrage institutionnel (art 327-4 al 2 du CPC).

Les conventions de Nouakchott (art 13) et de Washington (art 37) posent comme principe l'imparité, mais les parties peuvent opter pour un arbitre unique, contrairement au règlement algéro-français qui exige un collège de trois arbitres. En effet, paradoxalement le règlement Algéro-français opte pour un collège de trois arbitres ; il y a ici une certaine limite à cette liberté. De même que la désignation du troisième arbitre ne se fait pas librement, ce règlement prévoyant que le président du tribunal arbitral sera tiré au sort par les co-arbitres sur une liste de dix arbitres dont la compétence et l'impartialité auraient été reconnues par les deux co-arbitres. Les dix arbitres de la liste ne devant avoir ni la nationalité algérienne ni la nationalité

française. Cette intransigeance du règlement sur l'imparité pourrait trouver son explication dans la méfiance qu'avait l'état algérien à cette époque à l'égard de l'arbitre unique.

II- Les qualités requises pour le choix de l'arbitre

L'arbitre statue en dernier recours et de fait sa responsabilité est grande d'où la justification des qualités qu'il doit cumuler pour mener efficacement la procédure arbitrale. Malgré cela, il est constaté de plus en plus de contestations lors de la désignation des arbitres, contestations portant essentiellement sur des conflits d'intérêts, ce qui met en danger la confiance à l'égard de l'activité arbitrale.

Le choix de l'arbitre se fait sur la base de différents critères dont les uns sont objectifs et les autres subjectifs. Ces critères varient en fonction de l'attente des parties.

A- Les qualités objectives de l'arbitre

1 -La spécialité de l'arbitre

L'arbitre doit, de préférence, être un juriste (professeur de droit, avocat, conseil juridique, juge à la retraite...). Dans les litiges où l'importance des questions à résoudre est d'ordre technique, rien n'empêche la désignation d'un arbitre spécialisé dans le domaine comme un ingénieur ou autre. Mais il est préférable que l'arbitre soit un juriste, car pour les questions techniques il peut recourir à des experts du domaine concerné par le différend.

2. La nationalité de l'arbitre

C'est un critère qui a son importance dans le choix de l'arbitre surtout en matière d'arbitrage lié aux intérêts du commerce international.

Les parties peuvent désigner des arbitres de la nationalité qu'elles veulent, mais généralement une partie nomme un co-

arbitre de la même nationalité qu'elle, pensant qu'il serait plus attentif à ses préoccupations.

A cet effet il est souvent mentionné qu'il est préférable de nommer un arbitre de nationalité différente de celles des parties. Dans le même sens l'article 6-4 du règlement de la CNUDCI suggère la nomination par l'autorité de nomination d'un arbitre de nationalité différente de celle des parties.

Certains règlements institutionnels arabes vont dans ce sens ; c'est ainsi que l'article 2-1 de la chambre de commerce et d'industrie de Beyrouth dispose : « la cour d'arbitrage... nomme ou confirme les arbitres... en tenant compte de leurs nationalités, de leurs appartenances ou de leurs résidences par rapport aux pays auxquels ressortissent les parties ou leurs arbitres ».

L'article 11 de la charte du centre du CCG fait état d'une liste d'arbitres au niveau du centre, préparée par les chambres de commerce et industrie des états membres du conseil et les parties peuvent choisir leurs arbitres sur cette liste ou en dehors de celle-ci.

Le législateur algérien, dans le nouveau code de procédure civile et administrative ne fait plus mention de la limitation relative à la nationalité de l'arbitre, alors que, comme cela a déjà été relevé précédemment, pour le règlement algéro-français au contraire, les arbitres composant le tribunal arbitral ne doivent être ni de nationalité algérienne, ni de nationalité française. Le code de procédure civile marocain adopte la même attitude que le code de procédure civile et administrative algérienne.

Le règlement de la CCI permet aux parties de choisir des co arbitres de même nationalité qu'elles. Toutefois, pour le président du tribunal arbitral et pour l'arbitre unique il impose

qu'il soit de nationalité différente de celle des parties au litige (article 13.5), ceci permettant d'assurer une neutralité de ces arbitres. Cette règle est toutefois atténuée en permettant aux parties de choisir l'arbitre unique ou le président du tribunal arbitral de la même nationalité que celle de l'une des parties « si les circonstances le justifient et qu'aucune partie ne s'y oppose... »

3. La langue de l'arbitrage

Il est préférable que l'arbitre maîtrise la langue de l'arbitrage. Cela n'est pas uniquement vrai en matière d'arbitrage international mais aussi en matière d'arbitrage interne, lorsque le dossier à traiter comprend des documents rédigés dans une autre langue ; la traduction ne reflétant pas souvent le document original. Le code de procédure civile et administrative algérien ne fait nullement mention de la langue de la procédure arbitrale. Une telle question est pourtant importante dans l'arbitrage international. Aussi il aurait été judicieux d'insérer une disposition relative aux solutions dans l'hypothèse où les parties ne se seraient pas entendues sur le choix de la langue de la procédure. A cet effet plusieurs solutions pourraient être envisagées tels la langue du contrat, ou le choix de la langue du tribunal arbitral en tenant compte de certains paramètres.

En matière d'arbitrage institutionnel, le règlement d'arbitrage de la CCI (article 16) de même que la loi type de la CNUDCI (article 22 de la loi type) font état de cette situation en prévoyant que le tribunal arbitral déterminera la langue de la procédure.

4. Le droit applicable

La connaissance du droit applicable à l'arbitrage est souhaitable, l'arbitre devant au moins connaître le fonctionnement des deux systèmes de droit les plus connus. Quand aux usages du commerce international, leur connaissance est essentielle par les arbitres, étant donné la multiplication de leur application dans les litiges du commerce international

5. La compétence et l'expérience

Il est important que l'arbitre connaisse les procédures d'arbitrage, d'autant plus qu'elles sont de plus en plus complexes.

Nombre de règlements d'arbitrage mettent l'accent sur la compétence de l'arbitre. Ainsi l'article 13.1 du règlement de la CCI prévoit : « lors de la nomination ou confirmation d'un arbitre la cour tient compte de la disponibilité et de l'aptitude de l'arbitre à conduire l'arbitrage conformément au présent règlement... » De même l'article 5.5 du règlement LCIA dispose que « lors de la désignation des arbitres, une attention toute particulière est portée à la nature de la transaction, la nature et les circonstances du différend... ». Aussi d'une façon générale, la désignation par les institutions arbitrales participe en principe à garantir la compétence et l'indépendance des arbitres.

L'expérience de l'arbitre est encore plus nécessaire dans l'arbitrage ad hoc que dans l'arbitrage institutionnel puisque, dans ce dernier cas, le centre d'arbitrage peut intervenir pour résoudre les difficultés qui pourraient survenir. C'est particulièrement pour le président du tribunal arbitral que l'expérience est primordiale dans la mesure où elle permet de résoudre facilement les incidents de procédure.

Certains pays mettent l'accent sur l'expérience de l'arbitre. Il en est ainsi de la loi tunisienne qui exige dans son article 10 que

l'arbitre soit « compétent ». La question qui se pose est comment juger de la compétence de l'arbitre et sur quels critères ?

L'article 4 du décret réglementaire de 1985 de l'Arabie Saoudite dispose que l'arbitre doit être expérimenté, de bonnes mœurs et jouir de la pleine capacité. Là aussi comment apprécier l'expérience de l'arbitre. S'agit-il de son expérience en tant qu'arbitre ou d'autres expériences acquises en tant que praticien, conseil, etc. Qui peut également apprécier l'expérience et la compétence de l'arbitre ? L'appréciation doit-elle relever des autres arbitres qu'il a côtoyés lors de précédents arbitrages ? C'est vrai que les co-arbitres seraient enclins à désigner un président avec lequel ils ont eu des affinités lors de litiges antérieurs; mais là se pose alors le délicat problème de l'obligation de révélation des liens existants entre les arbitres constituant un même tribunal arbitral.

L'article 1044 du CPCA traite de la compétence du tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence, mais rien n'est dit sur quoi repose la légitimité du tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence. La solution se justifie certes par le caractère détachable de la clause d'arbitrage par rapport au contrat qui la prévoit et la partie qui conteste cette compétence, doit quand même s'en remettre, d'abord à l'arbitre pour pouvoir par la suite contester sa compétence. Toutefois rien n'est prévu quant au contrôle de la décision de l'arbitre sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent. Là aussi il aurait été nécessaire que le législateur soit plus explicite.

6 L'égalité de traitement des parties

Il n'y a pas de dispositions dans le code de procédure civile et administrative algérien relative au principe de l'égalité de traitement des parties en matière de conduite de la procédure arbitrale. Pourtant la crédibilité de l'arbitre repose sur le respect

de ce principe qui touche les intérêts fondamentaux des parties. Certes ce principe transparaît à travers certains articles du texte algérien sur l'arbitrage (article ...) mais étant donné son importance, une disposition particulière devrait lui être consacrée

B- Les qualités subjectives de l'arbitre

Il s'agit de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre et corrélativement de son obligation de révélation ainsi que de la disponibilité de l'arbitre

1. Indépendance et impartialité

Ces deux conditions sont complémentaires tout en étant distinctes. L'indépendance de l'arbitre signifie que celui-ci n'entretient aucune relation avec l'une des parties au litige soumis à l'arbitrage, donc l'indépendance s'exprime par rapport aux parties. Quant à l'impartialité, elle signifie que l'arbitre n'a pas d'idée préconçue au sujet du litige qui lui est soumis. Donc contrairement à l'indépendance qui est une notion plutôt objective et qui s'apprécie par rapport aux parties, l'impartialité est une notion plus subjective et s'apprécie par rapport à la matière de l'arbitrage. C'est pourquoi l'indépendance peut facilement être décelée, l'impartialité est plus difficile à apprécier étant donné son caractère subjectif. Toutefois, l'indépendance participe à l'appréciation de l'impartialité même si la partialité peut exister en dehors de toute dépendance.

L'indépendance de l'arbitre est le corollaire de son pouvoir juridictionnel, sa sentence étant un acte juridictionnel. La jurisprudence française a souligné à cet effet que l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, qu'elle est l'une des qualités essentielles des arbitres »²¹. Elle estime que l'indépendance et

²¹ Cass. Civ. 2ème, 13/4/1972, Rev, Arb, 1975, 235.

l'impartialité sont de « l'essence même de la fonction arbitrale »²²

Ces deux qualités sont certes indispensables à toutes les fonctions juridictionnelles, mais elles prennent une dimension particulière en matière d'arbitrage où les arbitres sont tenus de révéler toutes les situations de nature à porter atteinte à leur indépendance et à leur impartialité alors que pour le juge étatique ces qualités n'ont pas à être démontrées, elles sont sensées exister²³.

Ces deux qualités sont d'autant plus importantes que l'annulation de la sentence arbitrale qui intervient essentiellement à la suite d'un contrôle de l'indépendance et de l'impartialité emporte de lourdes conséquences ; elle efface une procédure privée qui peut avoir coûté beaucoup d'argent et de temps²⁴, c'est pourquoi nombre de législations étatiques et de règlement d'arbitrage y font référence.

a. Dans les lois étatiques

De nombreuses lois étatiques se sont inspirées de la loi type de la CNUDCI dont elles reprennent l'article 12-2 selon lequel un arbitre ne peut être récusé que s'il y a des doutes légitimes concernant son impartialité ou son indépendance. C'est ainsi que le code tunisien de l'arbitrage fait état de ces deux obligations dans son article 10 al 1 in fine dans les dispositions communes. Ces deux obligations sont reprises par le code tunisien de l'arbitrage aussi bien en matière d'arbitrage interne²⁵ qu'en matière d'arbitrage international²⁶.

²² Cass civ 1er, 16/3/1999, D. 1999 jp p. 497.

²³ J-A Diaz, Indépendance, neutralité et professionnalisme des arbitres, cahiers de droit de l'entreprise, n°4, Juillet-Aout 2012 p 29.

²⁴ A cet effet la cci a publié les techniques pour maîtriser le temps et le cout de l'arbitrage, publication CCI n° 482.

²⁵ Article 22 du Code tunisien de l'arbitrage.

²⁶ Article 57-2 du Code tunisien d'arbitrage.

De même la loi égyptienne qui s'est inspirée également de la loi type de la CNUDCI fait état « de doutes sérieux »²⁷ sur l'arbitre et non de doutes légitimes comme dans la loi type de la CNUDCI. Allant dans le même sens puisque s'inspirant elle aussi de la loi type de la CNUDCI, la loi jordanienne fait état de l'existence « des doutes » quant à l'indépendance ou à l'impartialité de l'arbitre.

Ces exigences, même si elles limitent la liberté des parties sont légitimes, l'arbitre ne devant avoir aucun intérêt avec les parties.

En droit algérien, l'article 1016-3eme du CPCA est plus explicite quant il dispose que l'arbitre peut être récusé « lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance, notamment en raison de l'existence, directe ou par personne interposée, d'intérêts, de liens économiques ou familiaux avec une partie ». Mais la partie qui a désigné l'arbitre ne peut le récuser que si elle a eu connaissance de la cause de récusation après cette désignation (article 1016 al 2 du CPCA algérien), ce qui est d'ailleurs logique, en plus d'éviter les tactiques dilatoires²⁸.

En matière de récusation en droit algérien, ce sont les parties qui règlent la procédure de récusation par le recours à une institution d'arbitrage ou à une autorité de nomination. A défaut c'est le juge qui statue par ordonnance à la requête de la partie la plus diligente, sans possibilité de recours.

b. Dans les règlements d'arbitrage institutionnels

Ces obligations existent dans différents règlements d'institutions arbitrales, tel le règlement d'arbitrage de la CCI (article 11.1), le règlement d'arbitrage LCIA (article 5 (2)).

²⁷ Article 18 de la loi égyptienne.

²⁸ Dans le même sens la jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce euro-arabe.

De même les lignes directrices de l'IBA posent comme principe général que « chaque arbitre doit être impartial et indépendant des parties au moment où il accepte sa nomination en tant qu'arbitre et doit le rester tout au long de l'instance arbitrale jusqu'à la sentence finale ou jusqu'à ce qu'il y soit autrement mis fin ».

L'article 10-1 du règlement de la CNUDCI exige pour la récusation de l'arbitre qu'il y ait « des circonstances de nature à soulever des doutes sérieux » sur l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre.

De même l'article 2-7 alinéa 1er du règlement de la chambre de commerce et d'industrie de Beyrouth relève que l'arbitre doit être « indépendant des parties ».

Ces deux obligations se retrouvent également dans l'article 11 de la charte du centre d'arbitrage commercial du CCG qui fait état de « l'esprit indépendant » de l'arbitre.

Par contre, d'autres législations arabes calquent les motifs de récusation des arbitres sur ceux de la récusation ou de l'empêchement du juge étatique. Il en est ainsi de celles qui ont pour but d'éviter que l'arbitre ait un lien de parenté direct ou par alliance avec l'une des parties²⁹, ou qu'il ait un intérêt direct ou indirect dans le litige qui oppose les deux parties à l'arbitrage³⁰ ou qu'il soit lié par un lien de subordination à l'une des parties au différend³¹, ou qu'il ait déjà connu de l'affaire en tant qu'arbitre, ou expert, ou témoin³² etc.

²⁹ Article 267-2 du CPC Libyen ; article 323, 3ème du CPC marocain, article 173-b du CPC syrien .

³⁰ Article 267-1 du CPC libyen ; article 323-2 du CPC marocain, article 174-a du CPC syrien.

³¹ Article 267-5 du CPC libyen, article 323, 8ème du CPC marocain.

³² Article 267-4 du CPC libyen ; article 323, 6ème du CPC marocain article 174-a du CPC syrien.

Enfin, plus restrictive encore, d'autres législations, non seulement calquent les motifs de récusation des arbitres sur les motifs de récusation et d'empêchement du juge, mais en plus soumettent l'appréciation de ces motifs à la charia : c'est le cas de l'Arabie Saoudite et du Qatar.

2. L'obligation de révélation

Elle consiste à obliger tout arbitre avant même de procéder à sa mission, de faire connaître aux parties, tout fait de nature à susciter des doutes dans leur esprit et ceci afin de leur permettre de concrétiser sa désignation en connaissance de cause. Cette obligation ne concerne pas seulement les liens qui existent ou qui ont existé entre l'arbitre et une des parties, mais également les liens susceptibles d'exister entre l'arbitre et les conseils des parties³³. Cette obligation de révélation devrait être complète afin de permettre d'identifier les conflits d'intérêt et de les prévenir pour ne pas remettre en cause la constitution du tribunal arbitral³⁴. Aussi, pour éviter tout risque de récusation et pour atténuer le risque d'utilisation de techniques dilatoires³⁵, les déclarations des arbitres faites en début et en cours d'arbitrage sont essentielles, voire obligatoires. Selon Ph Fouchard, cette obligation est « un principe fondamental de l'arbitrage institutionnel »³⁶.

a. L'obligation de révélation dans les lois étatiques

Cette obligation est consacrée par de nombreuses législations nationales, mais elle n'y a pas la même portée.

³³ Cela peut être dégagé implicitement des dispositions de l'article 1016-3 du CPC algérien quand il dispose : « ...existence, directe ou par personne interposée, d'intérêts, de liens économiques... ».

³⁴ I. Torterola, Les conflits d'intérêts des arbitres et avocats, cahier de droit de l'entreprise, n° 4, Juillet Aout 2012, p 44.

³⁵ Affaire Sheikh Mahfouz, Rev. Arb., 1996, p 66, dans laquelle la déclaration d'impartialité par laquelle l'arbitre reconnaît avoir rencontré le représentant d'une partie a permis de rejeter la demande de récusation dilatoire du Sheikh.

³⁶ Ph Fouchard, Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, Rev. Arb. 1996, p 347.

Le code tunisien de l'arbitrage lui donne une grande portée dans l'article 57-1 puisqu'elle n'est pas limitée à un moment donné de la mission de l'arbitre.

En droit algérien cette obligation est consacrée par l'article 1015 al 2 du CPCA qui dispose « l'arbitre qui se sait récusable doit en informer les parties et ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord ». L'absence de révélation constitue une violation des droits de la défense et peut entraîner la nullité de la sentence arbitrale.

Il apparaît que cette disposition de l'alinéa 2 de l'article 1015 du CPCA limite dans le temps l'obligation de révélation de l'arbitre ; elle laisse entendre que l'obligation de révélation est limitée au seul moment où l'arbitre accepte sa mission. D'ailleurs l'alinéa 1 de cet article permet de confirmer cette solution puisqu'il prévoit que « la constitution du tribunal arbitral n'est parfaite que si le ou les arbitres acceptent la mission qui leur est confiée ». Donc l'arbitre doit exécuter son obligation de révélation avant même l'enclenchement de la procédure arbitrale, c'est-à-dire avant même l'acceptation de sa mission. Certes cette obligation de révélation avant le déclenchement de la procédure arbitrale est primordiale, mais il n'en demeure pas moins que la disposition de l'article 1015 alinéa 2 est critiquable, puisque, entre le moment de l'acceptation par l'arbitre de sa mission et le moment où est rendue sa sentence, peuvent survenir des événements de nature à entacher son indépendance et son impartialité. Heureusement que cette limitation dans le temps de l'obligation de révélation est quelque peu tempérée par les dispositions de l'article 1016 al 2 du CPCA qui dispose qu' « une partie ne peut récuser un arbitre qu'elle a désigné ou qu'elle a contribué à désigner que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette

désignation ». Certes cette disposition n'est pas relative à l'obligation de révélation de l'arbitre, mais elle permet sa récusation pour des motifs non limitativement énumérés par l'alinéa 1-3 de l'article 1016 du CPCA et parmi lesquels l'obligation de révélation peut trouver un terrain fertile à sa mise en œuvre. Toutefois cette disposition ne couvre pas toutes les insuffisances du texte de l'article 1015 dans la mesure où les parties peuvent ne jamais prendre connaissance de faits survenus postérieurement à l'acceptation par l'arbitre de sa mission et qui seraient de nature à susciter des doutes quant à son indépendance et à son impartialité. De même que la disposition de l'article 1015 alinéa 2 du CPC algérien semble laisser le choix à l'arbitre de déterminer ce qui lui semble être de nature à se faire récuser. Il appartient au législateur et non à l'arbitre de déterminer ce qui est de nature à affecter son indépendance ou son impartialité. Il aurait été judicieux que le texte précisât que l'arbitre devrait déclarer l'ensemble des circonstances qui pourraient entraîner une suspicion quant à son indépendance et neutralité. Il faut apprécier de façon extensive son obligation de révélation c'est-à-dire que même l'existence de liens indirects avec une des parties doit être révélée, de manière à permettre à l'autre partie d'exercer son droit de récusation. Mieux encore, il serait préférable d'aller plus loin encore et de proposer que les arbitres doivent aussi révéler les liens qui existent entre eux quand ils composent le même tribunal arbitral. En effet de tels liens pourraient entacher la sentence arbitrale de subjectivité dans l'hypothèse où un arbitre voudrait ménager un autre au nom des liens existants entre eux.

Il est à noter que l'ancien article 1452 du CPC français allait dans le même sens que l'article 1015 alinéa 2 du CPCA algérien, mais la jurisprudence a remédié à sa limitation quant à l'obligation de révélation en décidant que cette obligation ne se

limitait pas au seul moment de la désignation de l'arbitre mais existe durant toute la mission de celui ci³⁷. Toutefois la législation française en la matière a évolué avec le décret du 13/01/2011, l'article 1456 alinéa 2 du CPC français dispose : « il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission de révéler toutes les circonstances susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est fait également obligation de révéler sans délais toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission ». Il est ainsi exigé une permanence de l'indépendance et de l'impartialité ainsi qu'une obligation de promptitude de l'arbitre qui doit révéler « sans délais » toute circonstance affectant son indépendance ou impartialité.

Ces règles relatives à l'obligation de révélation des arbitres sont nécessaires à la consolidation de la confiance des parties qui est le socle sur lequel repose la procédure arbitrale. Le législateur marocain quant à lui a prévu au sujet de l'obligation de révélation, que l'arbitre doit l'exécuter au moment où il accepte sa mission (article 327-6 al 2). Donc là aussi cette obligation est limitée dans le temps, ce qui est dommage pour la protection des parties.

b. l'obligation de révélation dans les règlements d'arbitrage

Différents règlements d'arbitrage font mention de l'obligation de révélation de l'arbitre. Ainsi l'article 11 alinéa 2 du règlement d'arbitrage de la CCI de 2012 oblige l'arbitre à signer une déclaration d'indépendance et d'impartialité. De même l'International Bar Association (IBA) établit les lignes directives sur les conflits d'intérêts. Il en va de même du règlement d'arbitrage de la LCIA (article 5.2 et 5.3) et du règlement de la CNUDCI de 2010 (article 11)

³⁷ C A Paris, 2 juillet 1992, Rev. Arb., 1996 p 411.

Les règlements d'arbitrage vont en général dans le sens de l'article 9 du règlement de la CNUDCI qui ne limite pas dans le temps l'obligation de révélation. C'est ainsi que le règlement du centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international adopte la même solution, de même que le règlement de la chambre de commerce et d'industrie de Beyrouth.

Toutefois, il a été reproché aux règlements d'arbitrage institutionnels le manque de précision de la déclaration de révélation. A cet effet il a été noté : « Aujourd'hui encore, la déclaration d'impartialité et d'indépendance ne cesse d'être dépourvue de détails, ce qui ne peut que difficilement servir aux parties pour exercer de manière opportune la contestation à la constitution du tribunal arbitral³⁸ »

3. L'obligation de disponibilité³⁹

La durée de l'arbitrage est une des principales préoccupations des parties en matière de litiges commerciaux. La disponibilité de l'arbitre permet dès le départ de procéder rapidement à la réunion du tribunal arbitral ; c'est dans ce sens que l'article 1464 alinéa 3 du CPC français impose aux arbitres et aux parties d'agir « avec célérité », ce qui participe à la disponibilité de l'arbitre.

De surcroît la disponibilité garantie des délais adaptés pour la reddition des sentences. Elle se justifie car c'est un facteur d'efficacité de l'arbitrage.

La disponibilité de l'arbitre est à tel point importante qu'elle est relevée dans la déclaration d'indépendance et d'impartialité des différends règlements d'arbitrage comme préalable à la désignation des arbitres. C'est dans ce sens que le règlement

³⁸ I. Torterola, op., cit., p 42.

³⁹ La disponibilité est une condition difficile à remplir par les juges étatiques.

d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 conseille aux parties d'inclure dans la déclaration la mention suivante « Je confirme sur la, base des informations dont je dispose actuellement, que je peux consacrer le temps nécessaire pour conduire le présent arbitrage de manière diligente et efficace dans les délais fixés par le règlement ». Il en va de même du règlement d'arbitrage de la CCI dont l'article 11 prévoit une déclaration de disponibilité établie par l'arbitre avant sa désignation ou sa confirmation par le CCI ; dans le formulaire remis aux arbitres, ceux-ci doivent mentionner le nombre d'arbitrages en cours qu'ils ont à traiter en qualité d'arbitres ou de conseils ainsi que les autres activités qui peuvent gêner leur disponibilité.

En matière d'arbitrage interne rien n'a été prévu dans ce sens, mais rien n'empêche les parties d'exiger de l'arbitre qu'elles veulent choisir, de confirmer sa disponibilité avant de le nommer.

4. De quelques qualités exigées ou non par certaines législations

Ces qualités ne semblent pas primordiales quant à la désignation de l'arbitre et particulièrement en matière d'arbitrage international. A cet effet la loi yéménite exige en plus que l'arbitre soit « juste » (article 6-2). Se pose ici la question comment juger qu'un arbitre est juste et sur quels critères.

D'autres législations imposent à la liberté des parties des limitations encore plus contraignantes notamment en droit saoudien où l'article 3 du décret réglementaire de 1985 impose que l'arbitre soit un ressortissant du pays ou un étranger musulman⁴⁰, choisi parmi les membres des professions libérales

⁴⁰ Ce n'est qu'à partir du décret royal sur l'arbitrage de 1983 et son décret d'application de 1985 qu'a été assouplie l'autorisation de recourir à l'arbitrage. Pour de plus amples développements voir, Nathalie Nejjar, L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, LGDJ, 2004, p 81 et s et p 189 et s.

ou parmi les fonctionnaires de l'état ou parmi d'autres individus. Ce décret impose en plus, en cas de pluralité d'arbitres, que le président connaisse les règles de la charia, les lois commerciales et les usages et coutumes en vigueur en Arabie Saoudite. Il apparaît que l'exigence de toutes ces conditions est inadaptée à l'arbitrage international où le fondement de la mission de l'arbitre réside dans la convention d'arbitrage.

De plus l'exigence de la religion musulmane n'a pas de sens dans les litiges à caractère technique et les litiges qui n'ont aucun lien avec la religion.

Quant aux connaissances des usages et coutumes en vigueur en Arabie Saoudite ainsi que de la connaissance de la charia par le président du tribunal arbitral, se pose le problème de l'évaluation de cette connaissance de l'arbitre. Il en va de même pour les qualités de bonne vie.

L'exigence de toutes ces conditions est de nature à dénaturer l'arbitrage comme elle peut être un moyen pour une partie malhonnête de contester facilement la désignation de l'arbitre lors de la procédure d'homologation.

En plus des qualités requises par les lois et règlements d'arbitrage, le bon déroulement de la procédure arbitrale nécessite d'autres capacités de l'arbitre, qui paraissent plus utiles au bon déroulement de la procédure, comme son pouvoir de persuasion par exemple, lequel est surtout appréhendé dans ses relations avec les parties et qui est également primordial pour convaincre un co arbitre au moment des délibérations.

En conclusion, la possibilité pour les parties de choisir l'arbitre est un élément primordial du recours à l'arbitrage et pourquoi pas l'élément le plus important du processus arbitral.

Toutefois, en mettant trop en avant le respect du principe de l'autonomie de la volonté, le législateur algérien tend à négliger d'établir quelques règles supplétives, ou impératives s'il le faut, pour pallier au silence des parties. Presque toute la procédure est laissée à la volonté des parties, à part quelques détails tel le nombre d'arbitres par exemple. Cette liberté accordée aux parties et aux arbitres peut à la rigueur être acceptée dans l'arbitrage institutionnel où existe un cadre procédural mais pas dans l'arbitrage ad hoc. En cas de silence des parties, l'absence de dispositions légales ne permet pas toujours de trouver des solutions adéquates pour résoudre les difficultés. Une telle situation peut paradoxalement mener, en matière d'arbitrage ad hoc particulièrement, à une intervention fréquente des juridictions étatiques aux différents stades de la procédure arbitrale, ce qui ne se concilie pas avec la logique de l'arbitrage, hostile à la « judiciarisation ».