

## Parité n'est pas diversité !

Loin de la favoriser, la parité fait en réalité obstacle à la diversité  
en matière d'arbitrage commercial

GUILLAUME FELD\*, MYRIAM EL KARA\*\*

*« Ce n'est pas sur l'habit que la diversité me plaît, c'est dans l'esprit: L'une fournit toujours des choses agréables ; L'autre en moins d'un moment lasse les regardants. », Le singe et le léopard, Jean de La Fontaine, Livre IX, 3*

---

*Commercial Arbitration– Arbitration Ecosystem– Arbitration Users –  
Diversity – Professional Diversity– Procedural Efficiency*

---

### Summary

Over the last decade, commercial arbitration undeniably progressed towards more diversity on its arbitral tribunals. Mainly geared towards gender, ethnic and age, increased diversity was the result of a determined and relentless push by interest groups, themselves a product of the arbitration ecosystem. However laudable, the debate around diversity falls short of considering arbitral proceedings' goal and arbitration users' interests which imperils the institution's legitimacy and future. It is therefore urgent to reassess our understanding of diversity and frame it back with litigants' needs. This leads us to recognize the relevance of «°professional diversity°» and more broadly how this «°relevant diversity°» can reconcile users' interests and the promotion of gender, ethnic and age diversity.

---

\* Avocat au Barreau de Paris

\*\* Arbitre CI Arb

Pour leur relecture de cet article et leurs suggestions judicieuses quant à sa forme ou son contenu, les auteurs remercient : Emmanuelle Becker-Paul, CEO, Becker Conseils, Sandrine Coste, Associée, LYNKEA, et Guillaume Sauvaget, Associé, PS Consulting ; ce qui n'implique nullement leur adhésion sans réserve à l'ensemble des arguments qui y sont développés pour lesquels les auteurs restent seuls responsables

## Introduction

Si ses origines restent difficiles à déterminer avec précision, il est certain que l'arbitrage était connu et pratiqué dans l'Antiquité grecque et romaine<sup>1</sup>. Thomas Clay souligne avec justesse l'ancienneté, la popularité et la permanence de l'institution à travers les âges<sup>2</sup>. Au cours des soixante dernières années, le commerce mondial a connu un développement spectaculaire qui a largement profité à l'arbitrage commercial<sup>3</sup>. Les enquêtes publiées par l'École d'Arbitrage International de l'Université Queen Mary de Londres confirment la prédominance de l'arbitrage commercial international comme mode de règlement des litiges transfrontaliers.<sup>4</sup> Avec le soutien déterminé du législateur, les acteurs de l'arbitrage ont milité avec succès pour le développement d'un cadre normatif favorable<sup>5</sup>. Ces évolutions se sont aussi traduites par un bouleversement progressif du paysage arbitral caractérisé par : le rôle clé des centres d'arbitrage, la prééminence des grands cabinets d'avocats anglo-américains, et la « professionnalisation » des arbitres. Dans *Dealing in virtue*, Yves Dezalay et Bryant G. Garth relatent cette transformation et ses effets pervers, en particulier la judiciarisation de l'arbitrage au détriment de l'efficacité procédurale<sup>6</sup>. Le caractère corporatiste, endogamique et opaque de l'écosystème de l'arbitrage commercial (i.e., les centres d'arbitrage, les conseils, les arbitres, les experts et les financeurs) a conduit certains auteurs et praticiens à dénoncer le manque de diversité au sein des tribunaux arbitraux résumé par la formule « *pale, stale and male* »<sup>7</sup>.

L'activisme du législateur, la proximité des auteurs, et l'engagement des acteurs de la vie politique, économique et sociale témoignent à la fois de

---

<sup>1</sup> Jérôme Ortscheidt et Christophe Séraglini, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> Edition, 2019, pp. 53-59

<sup>2</sup> Thomas Clay, *L'arbitre*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2001, pp. 1-37

<sup>3</sup> Thomas E. Carbonneau, *Etude Historique et Comparée de l'Arbitrage : Vers un Droit Matériel de l'Arbitrage Commercial International fondé sur la Motivation des Sentences*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1984, 36-4, pp. 727-781

<sup>4</sup> According to the 2021 *International Arbitration Survey*: *Adapting Arbitration to a Changing World* carried out by QMUL School of International Arbitration and White & Case: International arbitration is the preferred method of resolving cross-border disputes for 90% of respondents

<sup>5</sup> Par exemple, en droit international, Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue le 10 juin 1958 à New York et, en droit interne, Décret N°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage

<sup>6</sup> Yves Dezalay and Bryant G. Garth, *Dealing in virtue*, University of Chicago Press, 1996, pp. 31-114

<sup>7</sup> Payel Chatterjee and Vyapak Desai, *Is increasing gender and ethnic diversity in arbitral tribunals a valid concern?* Wolters Kluwer Blog, March 1, 2020

l'actualité du débat sur la diversité et l'inclusion<sup>8</sup> et de l'arriération morale de nos sociétés qui peinent à s'affranchir des discriminations<sup>9</sup>. S'appuyant notamment sur des études réalisées par le cabinet Deloitte, Ludovique Clavreul et Béatrice Taillardat-Pietri observent que la diversité et l'inclusion sont à la fois un enjeu pour l'image de l'entreprise et un facteur d'amélioration de sa performance en termes d'innovation, de chiffre d'affaires et d'attractivité<sup>10</sup>. Si les acteurs de la vie politique, économique et sociale sont aujourd'hui sensibilisés aux enjeux de la diversité et de l'inclusion et, pour certains désireux d'assurer leur promotion, le monde de l'arbitrage est resté pendant longtemps insensible à leurs vertus. L'émergence de groupes d'intérêts organisés, actifs et déterminés au cours de la décennie écoulée<sup>11</sup> a conduit à une prise de conscience progressive de l'importance de la diversité pour l'arbitrage et à des initiatives qui commencent à porter leurs fruits. Toutefois ces groupes d'intérêts, par essence corporatistes, se limitent à la promotion des intérêts de leurs membres, réduisant trop souvent la diversité à un débat centré sur le genre, l'ethnicité ou l'âge !

Pour traiter utilement de la diversité en matière d'arbitrage commercial, il faudrait s'inquiéter de ce qu'en pensent ses utilisateurs i.e., les litigants. L'arbitrage moderne s'est bâti autour de l'arbitre, de l'institution, de l'instance arbitrale et de son issue i.e., la sentence dont le législateur, les tribunaux étatiques et les centres d'arbitrage ont tout fait pour garantir la robustesse, l'efficacité et la reconnaissance dans les pays favorables à l'arbitrage. En matière d'arbitrage commercial, il s'agit là d'un revirement spectaculaire : les utilisateurs, jadis arbitres au sein des guildes de commerçants<sup>12</sup>, ont été progressivement dépossédés de leurs prérogatives au profit d'« arbitres professionnels »<sup>13</sup>. L'utilisateur de l'arbitrage commercial s'est ainsi vu repoussé à la périphérie de l'écosystème : absent des tribunaux arbitraux (sauf dans quelques milieux professionnels comme celui du négoce de matières

---

<sup>8</sup> Par exemple : Loi N°2005-102 du 11 février 2005 et Loi N°2018-771 du 5 septembre 2018 (travailleurs handicapés), Loi N°2020-1577 du 14 décembre 2020 (emplois senior), Décret N°2020-982 du 5 août 2020 (emploi jeunes), Loi N°2021-1774 du 24 décembre 2021 (égalité hommes-femmes), etc.

<sup>9</sup> Luca et Francesco Cavalli-Sforza, *Qui sommes-nous?* Flammarion, 1998

<sup>10</sup> Les entreprises qui pratiquent une politique inclusive génèrent jusqu'à **30%** de chiffre d'affaires supplémentaire par salarié et une profitabilité supérieure à celle de leurs concurrents. (cf. Ludovique Clavreul et Béatrice Taillardat-Pietri, *L'inclusion, un nouveau défi pour les entreprises*, Les Echos Executives, 28 mai 2021)

<sup>11</sup> Par exemple<sup>o</sup>: ICC Young Arbitration & ADR Forum (2014), Equal Representation in Arbitration Pledge (2015) or Racial Equality for Arbitration Lawyers (2021)

<sup>12</sup> T. Clay, *Op. Cit.*, pp. 2-10

<sup>13</sup> V. *Supra* (Note 6)

premières, du transport maritime ou des assurances), il l'est aussi des centres d'arbitrage, des universités, des publications et des colloques. Semblables à la pythie de Delphes, l'utilisateur en est réduit à s'exprimer par des spasmes qu'il appartient aux officiants (i.e., centres d'arbitrage, arbitres ou conseils) d'interpréter à la façon des prêtres de la cité hellénique<sup>14</sup>. Discourir pertinemment de la diversité, et faire en sorte qu'elle serve l'arbitrage commercial, implique de remettre l'utilisateur au centre des préoccupations de l'écosystème, de l'écouter sans filtre et de comprendre ses préoccupations afin d'être à même d'y mieux répondre.

Nous aborderons successivement dans cette étude : la définition de la diversité (**Section A**) ; les avantages de la « diversité pertinente » (**Section B**) ; les obstacles à la « diversité pertinente » (**Section C**) ; la promotion effective de la « diversité pertinente » (**Section D**).

## A. Qu'est-ce que la diversité ?

En dépit de l'évidence de la question, rares sont les auteurs qui s'interrogent et plus rares encore ceux qui tentent d'y apporter une réponse. A cet égard, Maria R. Volpe observe le manque de recherche empirique et rappelle opportunément que la diversité doit être évaluée à l'aulne de la finalité de l'arbitrage et des attentes de ses utilisateurs.<sup>15</sup>

### 1. La « diversité objective » :

Le dictionnaire Larousse définit la diversité comme : « caractère de ce qui est divers, varié, différent » ou encore : « ensemble des personnes qui diffèrent les unes des autres par leur origine géographique, socio-culturelle ou religieuse, leur âge, leur sexe, leur orientation sexuelle, etc., et qui constituent la communauté nationale à laquelle elles appartiennent »<sup>16</sup>. L'Université du Québec à Montréal quant à elle propose de la diversité la définition suivante : « La **diversité** se rapporte aux conditions, aux modes d'expression et aux expériences de différents groupes définis par l'âge, le niveau d'éducation, [l'identité ou l'expression de genre,] l'orientation sexuelle, la situation ou les

<sup>14</sup> Les enquêtes régulièrement publiées par l'École d'Arbitrage International de l'Université Queen Mary de Londres illustrent cet état de fait : les utilisateurs de l'arbitrage commercial international représentent au mieux 10% des sondés ! (V. Supra (Note 4))

<sup>15</sup> Maria R. Volpe, *Measuring Diversity in the ADR Field: Some Observations and Challenges Regarding Transparency, Metrics and Empirical Research*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2019, Vol. 19<sup>o</sup>:2, pp. 201-213

<sup>16</sup> Diversité in [www.larousse.fr](http://www.larousse.fr)

responsabilités de parent, le statut d'immigration, le statut d'autochtone, la religion, la situation de handicap, la langue, la « race », le lieu d'origine, l'origine ethnique, la culture, la situation socioéconomique et d'autres attributs.»<sup>17</sup> Pour imparfaites qu'elles soient, ces définitions s'efforcent d'appréhender, tantôt *in abstracto*, tantôt *in concreto*, ce que recouvre le mot et la notion. Dans une enquête récente, le cabinet de conseil McKinsey & Company réaffirme le lien entre diversité et inclusion, d'une part, innovation, management des risques et performance financières, d'autre part<sup>18</sup>. Toutefois, en matière d'arbitrage commercial, on perçoit bien que la « diversité objective », en raison même de sa généralité et de son étendu, ne saurait répondre à la finalité de l'institution et aux attentes de ses utilisateurs. C'est l'intuition que, dans ce contexte, toutes les diversités ne se valent pas, associée à une soif légitime de reconnaissance, qui a conduit à la constitution de groupes d'intérêts au service de diversités jugées plus adéquates.

## 2. La « diversité partisane » :

La décennie écoulée a vu se constituer de nombreux groupes d'intérêts qui, sous couvert de défendre la diversité en matière d'arbitrage, ont eu à cœur de promouvoir les intérêts de leurs membres. A de rares exceptions près<sup>19</sup>, ces groupes d'intérêts créés à l'initiative de praticiens ou d'institutions abordent la diversité à travers le prisme exclusif du genre, de l'ethnicité, ou de l'âge<sup>20</sup>. Mais ce sont de loin les groupes d'intérêts dont l'objet est de promouvoir la parité homme-femme au sein des tribunaux arbitraux<sup>21</sup> qui ont fait montre de plus de persévérance et dont les actions ont été les plus efficaces<sup>22</sup>. Ainsi que l'affirment Paula Hodges, Elizabeth Kantor and May Tai<sup>o</sup>: «*Gender diversity, especially where arbitrators are concerned, is one of the most discussed aspects of diversity in international arbitration. [...] The arbitral community has been making a conscious effort to improve gender diversity over the last decade [which translated into an increased proportion of women*

<sup>17</sup> Diversité *in* [www.edi.uqam.ca](http://www.edi.uqam.ca)

<sup>18</sup> Sundiatu Dixon-Fyle, Kevin Dolan, Vivian Hunt and Sara Prince (Eds), *Diversity wins<sup>o</sup>: How inclusion matters*, McKinsey & Company, May 2020

<sup>19</sup> Par exemple<sup>o</sup>: Alliance for Equality in Dispute Resolution (2018)

<sup>20</sup> V. *Supra* (Note 11)

<sup>21</sup> Par exemple<sup>o</sup>: *Arbitral Women* (1993), *Equal Representation in Arbitration Pledge* (2015) or *Women in Arbitration* (2018)

<sup>22</sup> Gemma Anderson, Richard Jerman and Sampaguitta Tarrant, *Diversity in international arbitration*, Practical Law, Thomson Reuters, March 1, 2020

arbitrators.]»<sup>23</sup> Cependant, la « diversité partisane » présente au moins trois écueils : en premier lieu, elle est exclusive i.e., la « diversité partisane » chasse la « diversité objective »<sup>24</sup> ; en deuxième lieu, elle repose sur un préjugé i.e., les arbitres du seul fait de leur appartenance à la « diversité partisane » jugeraient différemment des arbitres qui n'en sont pas issus<sup>25</sup> ; en troisième lieu, sa pertinence est affirmée mais nullement démontrée i.e., la diversité induirait une acceptation accrue de l'institution (l'arbitrage) et de son produit (la sentence arbitrale). Issu(e)s du même moule i.e., université, formation, cabinets..., les aspirant(e)s à la fonction d'arbitre issus de la « diversité partisane » appréhendent, conçoivent et décident comme les arbitres en exercice car l'écosystème induit le mimétisme. Telle est l'opinion majoritaire des praticiens sondés par l'Ecole d'Arbitrage International de l'Université Queen Mary de Londres<sup>26</sup>. Uniquement préoccupés de la promotion des intérêts de leurs membres, les groupes d'intérêts font en réalité fi de la finalité de l'arbitrage commercial et des besoins de ses utilisateurs.

### 3. La « diversité pertinente » :

Rappelons que l'objet de l'arbitrage commercial est de trancher un litige entre commerçants au regard du droit applicable et que la mission de l'arbitre est d'œuvrer à la manifestation de la vérité et de purger le litige dans son entièreté dans le respect des droits de la défense, ce qui requiert *a minima* probité, indépendance, impartialité, compétence, *intuitu personae*, diligence et courage<sup>27</sup>. Andrew Aglionby observe à cet égard : «*The absence of candidates with relevant background or experiences lessens trust in the process and is an*

<sup>23</sup> Paula Hodges, Elizabeth Kantor and May Tai, Diversity<sup>o</sup>: What has been done so far and can the arbitration community do more<sup>o</sup>? Insights, Herbert Smith Freehills, February 22, 2022

<sup>24</sup> «<sup>o</sup>The intersectional lens, which is «*a prism for seeing the way in which various forms of inequality often operate together and exacerbate each other*», can be particularly relevant for understanding diversity in [International Arbitration (IA)]. [Thus] the proportion of women arbitrators from Asian or African countries in IAs is likely to be significantly lower than those from Europe.<sup>o</sup>» (cf. Juhi Gupta, Shreya Jain and Archismita Raha, Growing gender diversity in international arbitration<sup>o</sup>: A half-truth<sup>o</sup>? Kluwer Arbitration Blog, September 28, 2021)

<sup>25</sup> Susan D. Franck, et al, The Diversity Challenge<sup>o</sup>: Exploring the «*Invisible College*» of International Arbitration, Columbia Journal of Transnational Law, 2015, Vol. 53, pp. 429-506

<sup>26</sup> Respondents were unsure whether there is any causal connection between the diversity across a panel of arbitrators and the quality of its decision-making (cf. Queen Mary University London-White & Case 2018 International Arbitration Survey<sup>o</sup>: The Evolution of International Arbitration)

<sup>27</sup> Guillaume Feld, Le choix de l'arbitre: Ponte ou novice ? in Droit et pratique des grands projets à l'international, une perspective civiliste, Legitech, 2020, p. 918

*obstacle to expansion of arbitration.*<sup>28</sup> Car s'il est un absent du débat sur la diversité, c'est bien la « diversité professionnelle » ! Luke Nottage, James Tanna et Nobumichi Teramura sont de ces rares auteurs à s'en inquiéter : «<sup>29</sup>[There] is hardly any awareness or sustained discussion about the limitations of overlooking diversity of professional backgrounds, perhaps partly because arbitration rules usually do not require arbitrators to have any specific experience, training or qualifications.»<sup>29</sup> En effet, les arbitres sont en majorité issus des barreaux, de la magistrature et des universités. Les représentant(e)s de la « diversité pertinente » i.e., ingénieurs, financiers, commerciaux, acheteurs, juristes, etc. issus du monde de l'entreprise sont minoritaires au sein des tribunaux arbitraux au point d'être invisibles (plus encore en matière d'arbitrage institutionnel que d'arbitrage *ad hoc*)<sup>30</sup>. Les mêmes auteurs considèrent que : «<sup>31</sup>[A] greater involvement of non-lawyer professionals [(NLP) i.e., professionals who are neither affiliated to a bar or a jurisdiction] in the world of international arbitration could generate further benefits [such as: different approaches to procedure, greater subject-matter expertise, lesser risk of conflict of interest, viewpoint diversity, arbitration's wider legitimacy, promotion other forms of diversity].»<sup>31</sup> En effet, leur familiarité de l'industrie, de l'entreprise, de ses activités et de ses projets, des acteurs et des parties prenantes permet aux représentant(e)s de la « diversité pertinente » de mieux appréhender les difficultés rencontrées par les litigants, leur origine et leur développement, leurs contributions respectives, l'authenticité, la pertinence et la sincérité de la preuve. Aussi les connaissances techniques et les expériences pratiques de ces « arbitres sachants » complèteraient-elles utilement la palette de compétences des « arbitres généralistes ».

## B. Les avantages de la « diversité pertinente » en matière d'arbitrage commercial

Dans sa dernière enquête, l'Ecole d'Arbitrage Internationale de l'Université Queen Mary de Londres révèle la prédisposition des acteurs de

<sup>28</sup> Andrew Aglionby et al., International arbitration experts discuss diversity among arbitrators, MEALEY'S International Arbitration Report, LexisNexis, Vol. 36, Issue 7, August 2021, pp. 1-5

<sup>29</sup> Luke Nottage, James Tanna and Nobumichi Teramura, Declining Professional Diversity in International Arbitration, Wolters Kluwer Asia-Pacific, April 3, 2022

<sup>30</sup> Guillaume Feld et Marie-Laure Bizault, Pour vivre heureux vivons cachés ! Mythes, réalité et pratique de l'arbitrage commercial ad hoc, Revue de l'arbitrage 2021, N°1, pp. 1-37

<sup>31</sup> Luke Nottage, James Tanna and Nobumichi Teramura, Lawyers and Non-Lawyers in International Arbitration: Discovering Diminishing Diversity, SSRN by Elsevier, September 2021

l'arbitrage commercial international en faveur de la « diversité professionnelle »<sup>32</sup>. dont l'implication accrue au sein des tribunaux arbitraux présenterait à leurs yeux de nombreux avantages.

### 1. Accroître le vivier des arbitres :

C'est à juste titre que Josua Karton souligne : «*A homogeneous pool of arbitrators deprives parties of the opportunity to determine their own criteria for arbitrator qualifications [and, consequently] of their full measure of autonomy. [...] To achieve this goal of diversity, we need a pool of arbitrators that corresponds as much as is reasonably possible to the diversity of the pool of arbitrants [...]*»<sup>33</sup> En la matière, il n'y a pas lieu d'être restrictif<sup>o</sup>: Dès lors qu'ils disposent des qualifications (i.e., une formation en arbitrage) et de l'expérience (i.e., une première expérience d'arbitre) minimales requises, les représentant(e)s de la « diversité objective », de la « diversité partisane » et de la « diversité pertinente » devraient pouvoir intégrer les viviers des centres d'arbitrage, des institutions qui en assurent la promotion, et les listes *ad hoc* des conseils. Comme le rappellent Paula Hodges, Elizabeth Kantor and May Tai<sup>o</sup>: «*A diverse pool of potential arbitrators allows users to access candidates who may bring a different perspective to the proceedings [...] Importantly, actively pushing for diversity allows users to harness potentially untapped talent [...]*»<sup>34</sup> Dès lors, rien ne justifie l'introduction d'un *numerus clausus* au profit des seuls arbitres en exercice et des représentant(e)s de la « diversité partisane ». A cet égard, Josua Karton observe<sup>o</sup>: «*[For] several years these efforts were dominated by projects that focus on gender equality, a laudable goal but only one piece of the puzzle [which] tended to have the effect of increasing opportunities primarily for white, western female arbitrators. More recent initiatives have broadened the focus include diversity of race and national origin, a salutary development but still an insufficient one.*»<sup>35</sup> Ajoutons qu'élargir le vivier des arbitres aux représentants de la

---

<sup>32</sup> «*[Many] interviewees focusing on arbitration in specific industries felt that the demands of certain types of disputes would be better served by less legalistic arbitration procedures [...] welcoming more arbitrators who come from relevant industries and who are not necessarily qualified lawyers, but who have training in international arbitration procedure.*» (cf. Queen Mary University London-W&C 2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world)

<sup>33</sup> Joshua Karton, Diversity in four dimensions<sup>o</sup>: Conceptualising diversity in international arbitration in *Sustainable Diversity in International Arbitration*, Edward Elgar, 2022

<sup>34</sup> Paula Hodges, Elizabeth Kantor and May Tai, Diversity<sup>o</sup>: What has been done so far and can the arbitration community do more? Insights, Herbert Smith Freehills, February 22, 2022

<sup>35</sup> V. Supra (Note 33)



« diversité pertinente » limite pour l'utilisateur les risques liés à la disponibilité, l'absence d'*intuitu personae* et/ou de conflit d'intérêt inhérent au choix d'un « pont »<sup>36</sup>.

## 2. Accroître l'efficacité procédurale<sup>o</sup>:

De par leur familiarité avec le monde de l'entreprise, les représentant(e)s de la « diversité pertinente » sont naturellement sensibles à la gestion des délais et des coûts<sup>37</sup>. A cet égard, ils/elles auront soin de proposer aux litigants un nombre réduit de soumissions écrites (tant en nombre qu'en volume)<sup>38</sup>, un calendrier procédural réaliste qui ne multiplie pas inutilement les étapes<sup>39</sup>, et l'adoption de règles procédurales appropriées (notamment par référence aux Règles de Prague plutôt qu'aux Règles IBA)<sup>40</sup>. A la différence des « arbitres professionnels » qui sont le plus souvent des généralistes, de par leur connaissance intime de l'entreprise, de ses activités et projets, des acteurs et parties prenantes, de l'origine et des implications des difficultés rencontrées, les représentant(e)s de la « diversité professionnelle » sont à même de juger de l'exhaustivité des faits présentés, de la pertinence des arguments avancés, de la qualité des preuves, des zones d'ombre qu'il convient d'éclairer, ce qui leur permet d'orienter les débats, les soumissions et les audiences en conséquence. En outre, leur expertise technique autorise les représentants de la « diversité pertinente » à limiter le recours aux « experts indépendants » nommés par les parties ou désignés par le tribunal arbitral et de juger du sérieux des rapports et/ou témoignages qu'ils produisent. Gary B. Born rappelle à juste titre : [The parties' involvement in the selection of the arbitral tribunal] *is intended to enable the parties, who have the most intimate knowledge of their disagreements and the greatest incentive to choose a capable tribunal, to select arbitrators with the best experience, abilities and availability for their dispute* [and where tribunals consist of three members] *permitting a mix of legal and*

<sup>36</sup> V. Supra (Note 27)

<sup>37</sup> Guillaume Feld, Le contract management, levier de maîtrise des délais et des coûts de l'arbitrage commercial international, *Revue de droit des affaires internationales*, Juin 2021, N°3, pp. 299-326

<sup>38</sup> Yves Derains, Une nouvelle approche de la procédure arbitrale internationale, *Revue de l'arbitrage*, 2021, N°3, pp629-650

<sup>39</sup> ICC Commission Report Controlling Time and Costs in Arbitration, ICC Commission on Arbitration and ADR, March 2018, Paragraphs 34-40, pp. 10-11

<sup>40</sup> Guillaume Feld, Les « Règles de Prague », une alternative avantageuse aux « Règles IBA » en matière de gestion procédurale de l'arbitrage commercial international, *Snapshot Q3/2021, Geissel Federn Partners*, July 2021

*technical experience, as well as extra sets of eyes.*<sup>41</sup> Enfin, parce qu'ils/elles ont l'habitude de prendre ou d'être associé(e)s à des décisions, les représentant(e)s de la « diversité pertinente » sont *a priori* moins sujets à la « *due process paranoia* »<sup>42</sup> donc plus à même de concilier respect des droits de la défense et efficacité procédurale.

### 3. Accroître la qualité des délibérés et des sentences :

Dans un ouvrage de référence, Irving L. Janis démontre la force du conformisme dans le fonctionnement de groupes homogènes<sup>43</sup>. Nathalie Allen, Leonor Diaz Cordova et Natalie Hall indiquent à cet égard<sup>44</sup> : « [Teams] of homogenous decision makers are particularly vulnerable to the perils of groupthink and ineffective collective decision making. Similarities among decision makers often leads to higher levels of social cohesion and produces pressures to conform to the majority view. »<sup>44</sup> Pour congrue qu'il soit, l'argument développé au service de la « diversité partisane » fait sourire : comment imaginer en effet que les membres d'un même sérail puissent penser, argumenter et décider en s'affranchissant de tout conformisme !<sup>45</sup> En revanche, la « diversité professionnelle » est assurément à même d'enrichir les débats au sein du tribunal arbitral en identifiant les faits pertinents, en évaluant la robustesse et la sincérité des arguments, en invitant au questionnement utile, en identifiant les « trous dans la raquette », en évitant les débats chronophages et stériles<sup>46</sup>. Rappelons qu'une mauvaise lecture des faits peut conduire à une application erronée de la règle de droit. Ajoutons que la familiarité des « arbitres sachants » avec le monde de l'entreprise implique la connaissance des usages

<sup>41</sup> Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, 2<sup>nd</sup> Edition, 2016, pp. 7-14

<sup>42</sup> Klaus Peter Berger and J. Ole Jensen, *Due process paranoia and the procedural judgment rule<sup>o</sup>: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators*, *Arbitration International*, 2016, N°32, pp. 415-435

<sup>43</sup> Irving L. Janis, *Victims of Groupthink*, Houghton Mifflin Company, 1973

<sup>44</sup> Nathalie Allen, Leonor Diaz Cordova and Natalie Hall, « *If everyone is thinking alike, then no one is thinking<sup>o</sup>* »: *The importance of cognitive diversity in arbitral tribunals to enhance the quality of arbitral decision making*, *Journal of International Arbitration*, 2021, Vol. 38 (5), pp. 601-628

<sup>45</sup> V. *Supra* Section A.2

<sup>46</sup> Toby Landau, *The day before tomorrow : Future developments in international arbitration*, University of Sydney International Arbitration Lecture, Supreme Court of NSW, October 10, 2009

qu'un « arbitre généralise » ignorera là où il aurait dû en tenir compte<sup>47</sup>. Enfin, la présence de représentant(e)s de la « diversité pertinente » au sein des tribunaux arbitraux les enrichi de compétences complémentaires qui encourage la collégialité trop souvent absente des tribunaux arbitraux où le président (ou, dans le pire des cas, le secrétaire du tribunal)<sup>48</sup> mène la danse, en violation de l'*intuitu personae* voulu par les litigants.

#### 4. Accroître la légitimité de l'arbitrage :

L'un des avantages de l'arbitrage est l'implication des parties au litige dans la sélection du ou des arbitres qui composent le tribunal arbitral<sup>49</sup>. Encore faut-il, pour ce faire, que le vivier des arbitres reflète la « diversité professionnelle » sans laquelle le choix des parties est tronqué.<sup>50</sup> En effet, l'identité de l'industrie et/ou la nature du projet déterminent la nature, les caractéristiques et la complexité des différends commerciaux qui naissent dans ce contexte. La présence d'« arbitres sachants » au sein du tribunal arbitral est de nature à rassurer les parties au litige quant à la bonne compréhension par le tribunal arbitral des faits, des liens de causalité, des arguments avancés par les parties et, de ce fait, de la juste application de la règle de droit aux faits de l'espèce. Ainsi, la nomination d'« arbitres sachants » augmente la probabilité que les parties au litige soient écoutées et comprises (i.e., que les arguments pertinents soient accueillis comme tels). Parce qu'ils ont pu choisir des « arbitres sachants » et qu'elles ont le sentiment d'avoir été écoutées et comprises, les parties au litige acceptent plus facilement l'issue du litige, en particulier lorsque la sentence ne leur est pas favorable (ou pas aussi favorable qu'elles l'auraient souhaité). Comme l'observe Christopher Campbell<sup>o</sup>: «*For the system to function successfully, it is the losers who are most important because they must ultimately (often bitterly) accept the results as those of a fair process. That is much easier to achieve when there are a diverse range of arbitrators from which to choose, so that no party feels as if the arbitrators are biased in favor of one side or the other.*»<sup>51</sup> Le choix d'« arbitres sachants »

<sup>47</sup> L'article 1194 du Code civil rappelle que les contrats s'interprètent notamment au regard des usages que l'article 1511 du Code de procédure civile invite le tribunal arbitral à prendre en compte

<sup>48</sup> Constantine Partasides, *The Fourth Arbitrator<sup>o</sup>? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration*, *Arbitration International*, Volume 18, Issue 2, 1 June 2002, Pages 147–163

<sup>49</sup> V. Supra (Note 41)

<sup>50</sup> V. Supra (Note 33)

<sup>51</sup> V. Supra (Note 28)

renforce donc *in fine* la légitimité de l'arbitrage commercial et l'acceptation de la sentence arbitral.

### C. Les obstacles à la « diversité pertinente »

Redécouvrir les vertus de la présence d'« arbitres sachants » au sein des tribunaux arbitraux implique de surmonter au moins quatre obstacles : un écosystème endogamique ; l'asymétrie de l'information ; l'apathie des acteurs ; et l'action des groupes d'intérêts.

#### 1. Un écosystème endogamique :

L'écosystème de l'arbitrage commercial que constituent les centres d'arbitrage, les arbitres, les conseils et les universitaires se caractérise par sa forte endogamie. Les « arbitres généralistes » qui constituent l'immense majorité des arbitres qui y prospèrent sont pour l'essentiel des avocats (devenus universitaires), des magistrats (devenus avocats et/ou universitaires) ou des universitaires (devenus avocats) qui ont su, par de multiples affiliations, occuper le devant de la scène et verrouiller l'écosystème à la façon d'une corporation ou d'un « club » qui a soin de coopter des membres issus du même moule (dont les représentants de la « diversité partisane »). Comme l'observe pertinemment Florian Grisel : «<sup>o</sup> *The* [«<sup>o</sup>young technocrats<sup>o</sup>» who form today's international arbitration elite] reproduced and crystallized the features of the [«<sup>o</sup>grand old men<sup>o</sup>»] into a stable professional identity [sharing] share common characteristics<sup>o</sup>: they maintain close ties with the business world, through their affiliations to the bar and their connections with arbitral institutions and they accrete intellectual authority within the academic world.<sup>o</sup>»<sup>52</sup> Sans surprise, ce sont donc les mêmes personnes qui composent de façon récurrente les tribunaux arbitraux, qui siègent au sein des organes des centres d'arbitrage, qui dispensent leur enseignement dans les universités, qui dirigent ou contribuent aux publications spécialisées, qui s'expriment à l'occasion de colloque, autant d'activités qui contribuent sans doute à leur notoriété mais qui ne les rapprochent pas de la sphère de l'entreprise et de la vie des affaires. Empruntant à Benjamin Franklin sa formule<sup>o</sup>: «<sup>o</sup>*If everyone is thinking alike, then no one is thinking<sup>o</sup>*», Nathalie Allen, Leonor Diaz Cordova

---

<sup>52</sup> Florian Grisel, *Competition and cooperation in international commercial arbitration<sup>o</sup>: The birth of a Transnational Legal Profession*, Law and Society Review, 2017, Vol. 51, N°4, pp.790-824

et Natalie Hall souligne à juste titre (quoi qu'à des fins partisans) le risque de conformisme voire de sclérose lié à l'homogénéité des tribunaux arbitraux<sup>53</sup>.

## 2. L'asymétrie de l'information :

En sus d'être endogamique, l'écosystème de l'arbitrage se caractérise par une certaine opacité lorsqu'il s'agit de constituer les tribunaux arbitraux. Comme l'explique Catherine A. Rogers : «<sup>o</sup>[Even] with expansion, the field continues to be dominated by an **elite group of insiders** who [still] exert significant influence over who gets appointed as an arbitrator [which cause] the market for international arbitrators operates as a relatively closed system that is difficult for newcomers to penetrate. [Besides] there are also severe **information asymmetries** [which] prevent the market for arbitrator services from being fully competitive. [...] The combined effect of these features [impairs] parties' ability to make fully informed decisions in selecting arbitrators.<sup>o</sup>»<sup>54</sup> Ainsi, à l'exception de quelques initiatives isolées (pas toujours désintéressées)<sup>55</sup>, les informations relatives aux arbitres, à leur formation, à leur savoir-faire, à leurs expériences, à leur « philosophie arbitrale » figurent dans les viviers des centres d'arbitrage et des cabinets d'avocats qui se gardent bien de les rendre publiques. Caroline dos Santos observe à cet égard : «<sup>o</sup>[Due to the scarcity of information as to the arbitrators' selection, the] «<sup>o</sup>quality<sup>o</sup>» of arbitrators can therefore only be measured by their visibility on the international stage [where] exposure acts as a guarantee of professionalism and experience. This results in a limited pool of «<sup>o</sup>elite arbitrators<sup>o</sup>» who are likely to be more frequently requested [i.e., the] «<sup>o</sup>famous clique<sup>o</sup>» [as] legal advisers tend to exclusively recommend celebrities to their clients [so that] the unpleasant result will not be attributed to poor advice regarding the recommendation. [...] Nonetheless, visibility on the international stage does not necessarily entail experience (or knowledge) in a specific legal area, nor availability [intuitu personae] and professionalism for specific cases.<sup>o</sup>»<sup>56</sup> Cette pénurie d'information est à la fois qualitative et quantitative : elle ignore l'attente des utilisateur, prive les litigants des moyens

<sup>53</sup> V. Supra (Note 44)

<sup>54</sup> Catherine A. Rogers, The vocation of the international arbitrator, *American University International Law Review*, 2005, Vol. 20 (5), pp. 957-1020

<sup>55</sup> Par exemple<sup>o</sup>: Alliance for Equality in Dispute Resolution, Arbitral Women (AW), Delos Dispute Resolution, International Arbitration Institute (IAI), ICSID Panels of Conciliators and Arbitrators

<sup>56</sup> Caroline dos Santos, Diversity in international arbitration<sup>o</sup>: A no-woman's land<sup>o</sup>? in Leo Staub (ed.), *Beiträge zu aktuellen Themen an der Schnittstelle zwischen Recht und Betriebswirtschaft*, Schultess, 2017, pp. 207-231

d'un choix éclairé de l'arbitre, et pénalise les aspirant(e)s arbitres. Ainsi que le résume Catherine A. Rogers : «*Selection criteria appear to be **primarily quantitative**, measured by a certain number of experiences as an arbitrator [which] is not necessarily an accurate gauge of quality given the self-referential nature of the appointment process.*»<sup>57</sup>

### 3. L'apathie des acteurs :

Tant les acteurs de l'écosystème que les utilisateurs de l'arbitrage s'abstiennent, consciemment ou inconsciemment, de toute initiative qui remettrait en question le *statu quo*. A leur décharge, il faut reconnaître que certains centres d'arbitrages, sous l'influence des groupes d'intérêts, ont fait preuve ces dernières années d'initiatives visant à promouvoir la « diversité partisane » se traduisant par une augmentation marquée des nominations de leurs représentants, en particulier des femmes<sup>58</sup>. Toutefois, la Chambre de Commerce Internationale (CCI) rappelle que son rôle dans la désignation des arbitres, sans être marginal, n'en demeure pas moins modeste : en effet, les arbitres sont nommés par les parties (60%), par la Cour Internationale d'Arbitrage (25%) et par les co-arbitres (15%)<sup>59</sup>. Sensibles aux arguments des groupes d'intérêt, les **co-arbitres** semblent s'éveiller à la question de la « diversité partisane » au sein de leurs collègues<sup>60</sup>. Les « faiseur de rois » que sont les **conseils** adoptent en général une attitude conservatrice, tandis que ceux qui se hasardent à proposer des « novices » se font rabrouer par leurs clients. Nathalie Allen, Leonor Diaz Cordova et Natalie Hall observent à cet égard : «*To appoint an arbitrator, lawyers will normally work with their client to try and identify individuals who they hope are most likely to be in tune with the client's case [by drawing up a list of potential candidates from which to choose]. [In fact], much of the selection process boils down to the personal experience and knowledge of potential arbitrator candidates of the lawyer or*

<sup>57</sup> V. Supra (Note 54)

<sup>58</sup> ICC dispute resolution statistics for 2020 released in August 2021 highlighted that women arbitrators represented over **23%** of all confirmations or appointments in 2020 (as compared with **33%** for the London Court of International Arbitration and **32.2%** for the Singapore International Arbitration Centre) (cf. **Juhi Gupta, Shreya Jain and Archismita Raha**, Growing gender diversity in international arbitration: A half-truth? Kluwer Arbitration Blog, September 28, 2021)

<sup>59</sup> ICC Dispute Resolution 2020 Statistics, pp. 12-16

<sup>60</sup> In 2020, 16% of the arbitrators nominated by the parties were women (compared to 11% in 2016), 28% of the arbitral tribunal chairs nominated by the co-arbitrators were women (compared to 13% in 2016), and 37% of the nominations/appointment by the Court, either upon proposal of an ICC National Committee or Group, or directly, were women (compared to 23% in 2016). (V. Supra 59)

*individual at the arbitral institution who is nominating the candidate [i.e., «<sup>o</sup>word of mouth<sup>o</sup>», «<sup>o</sup>internal colleagues<sup>o</sup>» and «<sup>o</sup>publicly available information<sup>o</sup>»].<sup>61</sup> En vérité, comme en matière de maîtrise des délais et des couts de l'arbitrage<sup>62</sup>, ce sont bien les **utilisateurs de l'arbitrage** qui ont entre leurs mains la solution du problème. La preuve anecdotique suggère toutefois que les utilisateurs de l'arbitrage, soit s'en remettent à la recommandation de leurs conseils, soit donnent la préférence au «*ponte*» sur le «*novice*» pour souvent s'en mordre les doigts et, frustrés par la lenteur, le cout et l'issue de la procédure, vouer l'arbitrage aux gémonies.*

#### 4. L'action des groupes d'intérêts :

La «*diversité partisane*» est en réalité un produit de l'écosystème de l'arbitrage qui consent à faire une place aux membres du sérail jusqu'alors laissés pour compte. Elle conforte l'écosystème de l'arbitrage dans ses convictions, ses habitudes et ses préjugés. Se faisant, elle fait obstacle à l'émergence de la «*diversité objective*», et plus encore de la «*diversité pertinente*». En outre, la diversité partisane, de par sa nature exclusive, présente le paradoxe de nuire aux intérêts qu'elle prétend servir. Juhi Gupta, Shreya Jain et Archismita Raha observent ainsi<sup>o</sup>: «*In the past few years, there has been a visible focus on ensuring diversity, especially in terms of gender, in international arbitration (IA). [...] [However] the proportion of women arbitrators from Asian or African countries in IAs is likely to be significantly lower than those from Europe [(e.g., out of the 30 Indian arbitrators who have been appointed in various ICC tribunals, only one is a woman, while the ICC India Arbitration Group includes only one woman)].<sup>63</sup> Joshua Karton parvient à la même conclusion quand il observe : «<sup>o</sup>[For] several years these efforts were dominated by projects that focus on gender equality, a laudable goal but only one piece of the puzzle [which] tended to have the effect of increasing opportunities primarily for white, western female arbitrators.<sup>64</sup>» Replacer l'utilisateur de l'arbitrage au centre de l'équation permettait de s'affranchir du dogmatisme qui caractérise la promotion par les groupes d'intérêt de la «*diversité partisane*» en se posant quelques questions de bon sens : Quelle est la finalité de l'arbitrage commercial ? Quelles sont les attentes de ses utilisateurs ? Quelle diversité est à même d'y mieux répondre ? Ainsi que le rappelle Andrew Aglionby<sup>o</sup>: «<sup>o</sup>[Selected] with the practical outcome of*

<sup>61</sup> V. Supra (Note 44)

<sup>62</sup> V. Supra (Note 37)

<sup>63</sup> V. Supra (Note 24)

<sup>64</sup> V. Supra (Note 33)

*a particular dispute in mind, [Party-appointed arbitrators need to] satisfy the overall package of desirable attributes. While diversity is a part of that mix it is not the only important element. To ensure continued diversity, candidates for appointment should be credible in the other parts too [i.e., relevant backgrounds and experiences].*<sup>65</sup> La diversité n'est pas une fin en soi! C'est ce que résume Ingrid A. Müller en ces termes : «<sup>o</sup>[Instead of] *promoting diversity [for the sake] of political correctness and without assessing also other important factors[one should] promote a «<sup>o</sup>healthy<sup>o</sup>» diversity that doesn't overshadow other important selection criteria.*»<sup>66</sup>

## D. La promotion effective de la « diversité pertinente »

Pour lui permettre de remplir toutes ses promesses, le soutien effectif à la « diversité pertinente » implique la participation de tous à sa promotion active : centres d'arbitrage, arbitres, conseils, et utilisateurs de l'arbitrage.

### 1. Le rôle des centres d'arbitrage

Caroline dos Santos estime que : «<sup>o</sup>*Institutions are probably in the best position to act on diversity [since] they hold the relevant data regarding the identity of the frequently appointed arbitrators [and] are able to take major decisions regarding [who joint their various bodies, who] sit on the tribunal [and who speaks at their events].*»<sup>67</sup> La promotion efficace de la « diversité partisane » par les centres d'arbitrage au cours de la décennie écoulée démontre, si besoin était, qu'ils savent se mobiliser et obtenir des résultats. Pour minoritaire qu'elle soit, l'implication des centres d'arbitrage dans la sélection des arbitres n'est en rien négligeable. En 2020, la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI a ainsi désigné 25% des arbitres impliqués dans les procédures qu'elle administre<sup>68</sup>. Dès lors, il leur revient de prendre conscience de l'intérêt que représente la « diversité professionnelle » pour les utilisateurs de l'arbitrage et la qualité de leurs prestations, notamment en termes de compétences, de disponibilité et d'*intuitu personae*, et de favoriser leur nomination au sein des tribunaux arbitraux. En outre, l'implication par les centres d'arbitrage de représentant(e)s du monde de l'entreprise au sein de

<sup>65</sup> V. Supra (Note 28)

<sup>66</sup> Ingrid A. Müller, Diversity and lack thereof amongst international arbitrators<sup>o</sup>: between discrimination, political correctness and representativeness, *Transnational Dispute Management*, 4/2015

<sup>67</sup> V. Supra (Note 56)

<sup>68</sup> V. Supra (Note 58)



leurs organes, de leurs centres de formations et de leurs colloques permettrait de renouveler les débats au sein de l'écosystème de l'arbitrage. Encourager les vocations au sein des entreprises passe encore par une offre de formation au droit de l'arbitrage et aux règles procédurales aux fins de mise à niveau<sup>69</sup>. Enfin, les centres d'arbitrage ont un devoir de transparence à l'endroit des utilisateurs de l'arbitrage. Exception faite de quelques initiatives spontanées, il n'existe pas à ce jour de viviers publics.<sup>70</sup> En donnant aux litigants accès à leur vivier<sup>71</sup>, les centres d'arbitrage contribueraient utilement à réduire l'asymétrie de l'information qui contribue à la prospérité du « club ». De même, à en juger par l'absence d'information disponible concernant les révocations d'arbitres et les annulations de sentences, les centres d'arbitrage paraissent ignorer la notion de « service après-vente ». Ce sont pourtant des informations clés recherchées par les utilisateurs de l'arbitrage<sup>72</sup> qui leur permettraient d'apprécier **qualitativement** la valeur de la prestation des centres d'arbitrage et des tribunaux arbitraux.

## 2. Le rôle des co-arbitres

Pour favoriser la « diversité pertinente », les « arbitres généralistes » doivent avoir l'humilité, l'ouverture d'esprit et le courage de soutenir le choix de professionnels issus du monde de l'entreprise pour présider les tribunaux arbitraux. Praticien du droit et du droit de l'arbitrage, l'« arbitre généraliste » a de l'entreprise, de ses activités et projets, de l'origine des difficultés rencontrées une expérience limitée et distante. En associant à leur collègue un « arbitre sachant », les co-arbitres offriraient aux litigants la palette des compétences nécessaires à la conduite efficace de l'instance arbitrale et à la production de sentences robustes. Par ailleurs, la mixité professionnelle au sein des tribunaux arbitraux encouragerait la collégialité : les décisions du tribunal

---

<sup>69</sup> Rares sont en effet les centres d'arbitrages qui proposent des formations en matière d'arbitrage commercial (e.g., Chartered Institute of Arbitrators, Chambre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, Chambre de Commerce Internationale)

<sup>70</sup> Par exemple<sup>o</sup>: Arbitration Intelligence Reports (AIR), Global Arbitration Review (GAR) Arbitrator Research Tool or International Arbitration Institute (IAI)

<sup>71</sup> Alors que: CCI, ICDR, LCIA, SCC et VIAC ont fait le choix de l'opacité, CIRDI, HKIAC et SIAC ont fait le choix de la transparence

<sup>72</sup> Respondents would like to have access to arbitrators' **previous awards**, know more about their **approach** to procedural and substantive issues and have a clear picture of their **availability** to take on new cases. [A majority] of respondents [(80%)] would like to be able to provide an assessment of arbitrators at the end of a dispute (cf. Queen Mary University London-White & Case 2018 International Arbitration Survey<sup>o</sup>: The Evolution of International Arbitration)

arbitral ne seraient plus l'œuvre solitaire du président ou de sa doublure<sup>73</sup>, mais l'œuvre collective d'un collègue à laquelle chacun(e) prend une part active conformément à l'engagement pris par chaque arbitre aux termes du contrat d'arbitrage qui le lie aux litigants.<sup>74</sup> Caroline dos Santos souligne par ailleurs l'importance de la transmission du savoir entre les générations d'arbitres : «<sup>o</sup>[The] *current limited pool of arbitrators has [undeniably] valuable experience and knowledge. [...] Passing on their know-how is essential to guarantee that the efficiency of the method does not decline over time. The «<sup>o</sup>famous clique<sup>o</sup>» has a responsibility for a more varied new generation to whom they will pass the torch.»<sup>75</sup> Pierre Lalive observe pertinemment que le pouvoir de juger dont l'arbitre est investi requiert une forme de courage moral, qui implique l'indifférence au désir de plaire ou au risque de déplaire, la poursuite opiniâtre du vrai et du juste.<sup>76</sup> C'est à cette même vertu que nous en appelons lorsque nous invitons les co-arbitres à proposer des représentant(e)s de la « diversité pertinente », dans l'intérêt du collègue qu'ils forment et des litigants au profit desquels ils officient.*

### 3. Le rôle des conseils

Si la prérogative de désigner le (les) arbitre(s) qui composeront le tribunal arbitral revient aux litigants, leurs conseils n'en exercent pas moins une influence souvent déterminante dans la rétention du (des) arbitre(s) pressenti(s), notamment en raison de l'asymétrie d'information qui fait qu'ils disposent *a priori* d'une connaissance plus fine de la population des arbitres en activité. Pour favoriser la « diversité pertinente », les conseils doivent placer l'intérêt des utilisateurs avant leurs intérêts propres, oser l'anticonformisme, et élargir leurs moyens d'investigation. Si d'aventure ils sont poussés au conformisme par leurs clients, il revient aux conseils de présenter à leurs clients des listes qui incluent des « arbitres sachants » et de développer à leur endroit une pédagogie adaptée qui leur fasse prendre conscience des inconvénients liés au choix d'un « ponte » (notamment : une moindre disponibilité, un risque accru de conflit d'intérêt, un moindre *intuitu personae*) et des avantages liés au choix d'un « novice » (notamment : une compétence sectorielle, transactionnelle et technique, une connaissance intime de

<sup>73</sup> Constantine Partasides, *The fourth arbitrator<sup>o</sup>? The role of secretaries to tribunals in international arbitration*, *Arbitration International*, Vol. 18, Issue 2, June 2002, pp. 147-163

<sup>74</sup> T. Clay, *Op. cit.*, pp. 501-588

<sup>75</sup> V. *Supra* (Note 56)

<sup>76</sup> Pierre Lalive, *Du courage dans l'arbitrage international in Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2005, pp. 157-160

l'entreprise, de ses activités et de ses projets, une plus grande disponibilité, un risque moindre de conflit d'intérêt, un fort *intuitu personae*<sup>77</sup>. Pour autant qu'ils soient impliqués au stade de la négociation du contrat, les conseils pourront utiliser la convention d'arbitrage pour poser des jalons utiles qui faciliteront le choix de profils atypiques au stade contentieux. Les parties sont alors moins sous pression et d'avantage accessibles à des choix rationnels. En effet, l'Ecole d'Arbitrage Internationale de l'Université Queen Mary de Londres révèle que : «*The most used sources of information about arbitrators include «°word of mouth°» [(77%)], «°internal colleagues°» [(68%)] and «°publicly available information°» [(63%)]°»<sup>78</sup> L'information laisse perplexé ! Et l'on s'étonnera, avec Nathalie Allen, Leonor Diaz Cordova et Natalie Hall, de ce qu'un choix dont dépend l'issue d'une procédure dont les enjeux sont parfois considérables puisse être pris avec autant de subjectivité et de légèreté<sup>79</sup>. A l'occasion des arbitrages dans lesquels ils interviennent, les conseils ont l'occasion de collaborer avec des « sachants » issus des entreprises qu'ils représentent dont ils ont l'occasion d'apprécier les compétences et qui pourraient alimenter un vivier interne. Enfin, les conseils pourraient utilement militer auprès des centres d'arbitrage pour une transparence accrue qui permettrait d'objectiver le choix des arbitres.*

#### 4. Le rôle des utilisateurs de l'arbitrage

Parce qu'il leur revient de désigner le(s) arbitre(s), qu'ils sont intéressés au premier chef par le bon déroulement et par l'issue de la procédure arbitrale, et que la sélection d'arbitres probes, compétents et diligents en est la condition *sine qua non*, les litigants sont les mieux placées pour promouvoir la « diversité professionnelle » dont les avantages servent leurs intérêts objectifs<sup>80</sup>. Comme l'affirme justement Linda Gerstel : «*Meaningful change for ADR diversity depends on the clients and their lawyers, the ultimate selectors [and] the purchasers of arbitration services.*»<sup>81</sup> S'ils entendent favoriser la « diversité pertinente », les utilisateurs de l'arbitrage doivent s'impliquer dans la sélection des arbitres, ne pas s'en remettre au choix de leurs conseils dont les intérêts peuvent être divergents, et avoir le courage de l'anticonformisme. Les juristes d'entreprise s'associent les compétences de conseils extérieurs pour les assister

---

<sup>77</sup> V. Supra (Note 27)

<sup>78</sup> V. Supra (Note 26)

<sup>79</sup> V. Supra (Note 44)

<sup>80</sup> V. Supra Section B

<sup>81</sup> Linda Gerstel, Stop ADR diversity from falling through the cracks: A general counsel checklist manifesto, NYSBA Inside, Spring-Summer 2019, Vol. 37, N°1, pp. 9-12

dans la gestion (pre-)contentieuse des activités et/ou des projets des entités qui les emploient. Toutefois, lorsque l'arbitrage est inévitable et qu'il s'agit de composer le tribunal arbitral, le recours auxdits conseils ne saurait les dispenser de faire leur « *home work* ». En dépit de l'éclatement des sources, il est possible et dès lors souhaitable de rassembler les informations nécessaires pour faire un choix éclairé. Le recours aux réseaux sociaux professionnels et/ou aux annuaires publics permettent d'établir une première « *shortlist* »<sup>82</sup>. Son implication active dans la sélection du (des) arbitre(s) permet au juriste d'entreprise de remettre en question l'avis de conseils qui pourraient être tentés de recommander des arbitres connus pour être accommodants, indécis et/ou indolents<sup>83</sup>. Aller à l'encontre des idées reçues, de l'influence pas toujours désintéressée de ses conseils, et du conservatisme qui inspire souvent la réponse dans un contexte de crise requiert de la lucidité, du courage et de la détermination. Nombreux sont les juristes d'entreprise qui préféreront s'abriter derrière la recommandation d'un grand cabinet choisi selon le même critère de notoriété et désigner un « *ponte* » plutôt que de prendre le risque de suivre leur conseil lorsqu'ils proposent un(e) représentant(e) de la « *diversité pertinente* » ou de s'en affranchir en désignant un « *novice* ». Pareille attitude les met peut-être à l'abris de reproches de leur hiérarchie en cas de déconvenues ultérieures. Mais est-ce la meilleure façon de servir les intérêts de son employeur que de remettre son destin entre les mains d'un « *arbitre généraliste* » pas nécessairement compétent, peu disponible et qui, de ce fait, délègue sa mission à ses collaborateurs et/ou un secrétaire du tribunal arbitral ?<sup>84</sup>

## Conclusion :

Aussi louable que soit la volonté de promotion de la diversité au sein des tribunaux arbitraux, une telle ambition ne doit pas conduire à perdre de vue l'essentiel : l'arbitrage commercial vise à la résolution de litiges entre commerçants ; les litigants attendent du tribunal arbitral qu'il œuvre à la manifestation de la vérité et qu'il purge l'entière du litige ; la compétence sectorielle, transactionnelle et technique de l'arbitre est légitimement la préoccupation prioritaire des litigants. Elizabeth Shimmin observe : «<sup>o</sup> *If the role of a tribunal is to engage in robust debate of the issues before it and to*

---

<sup>82</sup> En sus des annuaires publics, on pourra utilement consulter les annuaires des membres des centres d'arbitrage (par exemple, l'Association Française d'Arbitrage) ou des institutions qui assurent leur promotion (par exemple, ASA Profiles by Swiss Arbitration Association)

<sup>83</sup> V. Supra (Note 37)

<sup>84</sup> Nicolas Ulmer, *The cost conundrum*, *Arbitration international*, Vol. 26, Issue 2, June 2010, pp. 221-250<sup>o</sup>?

*memorialise the consideration of those issues in an award, all forms of diversity including that of background, thought and approach should all contribute positively to that process.*<sup>85</sup> S'il est certainement désirable d'élargir le vivier à tous les représentant(e)s de la « diversité objective » afin d'éviter que les litigants ne se retrouvent dans la position de J-Zay qui, dans le contexte d'un litige relatif aux droits d'auteur, déplorait l'absence d'arbitre afro-américain au sein du vivier du centre d'arbitrage chargé d'administrer la procédure<sup>86</sup>, il est non moins souhaitable que la sélection du (des) arbitre(s) obéisse avant tout à des considérations pratiques. Dans le contexte de l'arbitrage commercial, la promotion pragmatique de la « diversité pertinente » apparaît plus adaptée que la défense dogmatique de la « diversité partisane » dont on a vu quelle était insusceptible d'accroître la qualité du délibéré et de la sentence et plus généralement d'enrichir le débat d'idée au sein de l'écosystème de l'arbitrage<sup>87</sup>.

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, la défense effective de la « diversité partisane » passe par la promotion de la « diversité pertinente » ! L'action du législateur, la prise de conscience des dirigeants d'entreprise, la mise en œuvre de politiques RSE volontaristes expliquent le succès relatif de la « diversité objective » au sein des entreprises qui constituent un vivier d'« arbitres sachants » abondant et sous exploité<sup>88</sup>. En outre, le « plafond de verre » rencontré par nombreux(ses) représentant(e)s de la « diversité partisane » dans les juridictions étatiques ou les cabinets d'avocats les conduit à venir grossir les rangs de leurs paires au sein des entreprises. Ainsi que l'observent Paula Hodges, Elizabeth Kantor and May Tai<sup>89</sup>: «*[The] most obvious barrier to the lack of gender diversity is the **poor retention of women in the legal profession** [as] the representation of women drops significantly among the more experienced and senior members of the profession, whether solicitors, barristers or judges.*»<sup>89</sup> Le Monde du Droit estime à cet égard<sup>90</sup>: «*Un quart des avocats [(25%)] quitte la profession dans les dix premières années d'exercice, mouvement qui touche différemment les hommes et les femmes. Le taux d'omissions est en effet beaucoup plus élevé chez les femmes, respectivement 1 sur 3 contre 1 sur 5 pour les hommes.*»<sup>90</sup> Aussi Luke

---

<sup>85</sup> V. Supra (Note 28)

<sup>86</sup> Sopan Deb, *Jay-Z Criticizes Lack of Black Arbitrators in a Battle Over a Logo*, New York Times, November 28, 2018

<sup>87</sup> V. Supra Sections A.2 et C.4

<sup>88</sup> Diversity at work<sup>o</sup>: Making the most of increasingly diverse societies, OECD, September 2020

<sup>89</sup> V. Supra (Note 23)

<sup>90</sup> Les avocats qui partent en entreprise, Le Monde du Droit, 15 septembre 2009

Nottage, James Tanna et Nobumichi Teramura observant-ils à juste titre : «<sup>o</sup>[By] restoring more professional diversity in international arbitration by reinstating more opportunities for full-time academics, but also for some NLPs or those with government or even in-house lawyer positions, could promote gender diversity in international arbitration.<sup>o</sup>»<sup>91</sup>

Dans le contexte d'une concurrence exacerbée entre solutions de règlement des différends et prestataires de solutions, l'utilisateur de l'arbitrage a peu d'incitation à opter pour une formule dont il perçoit qu'elle entretient un écosystème indifférent à ses intérêts. Aujourd'hui, il lui est en effet loisible de recourir à des solutions conventionnelles<sup>92</sup> ou étatiques<sup>93</sup> conçues pour répondre à ses besoins et à ses contraintes (notamment en termes de délais et de coûts). S'il souhaite œuvrer pour le maintien voire le développement de l'arbitrage commercial, l'écosystème de l'arbitrage doit donc faire une place aux utilisateurs afin qu'ils s'impliquent, s'expriment et contribuent davantage. Toute corporation a besoin pour se renouveler et parfois pour survivre de sang et d'idées neuves qui ne peuvent venir que d'authentiques « *outsiders* ». Accueillir la « diversité professionnelle », c'est prendre en compte à la fois les intérêts des utilisateurs de l'arbitrage et les aspirations des représentant(e)s de la « diversité partisane » qui ont non sans raison le sentiment d'être cantonnés dans l'antichambre de l'arbitrage commercial. Comme l'affirme justement Joshua Karton : «<sup>o</sup>To achieve this goal of diversity, we need diversity of perspective<sup>o</sup>: people on tribunals who **think differently** from the arbitration mainstream. [...] That is the greatest challenge for us as a professional community<sup>o</sup>: even as we uphold high standards of ethics and competence, we must learn not just tolerate iconoclasts and rebellious spirits, but to embrace them.<sup>o</sup>»<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> V. Supra (Note 29)

<sup>92</sup> Par exemple, l'expertise, la médiation ou la conciliation, ou les « *dispute boards* », institutionnels ou ad hoc

<sup>93</sup> Par exemples les Chambres internationales du Tribunal de commerce de Paris et de la Cour d'appel de Paris, la Technology and Construction Court de Londres ou la Cour commercial internationale de Singapour

<sup>94</sup> V. Supra (Note 33)