DOCTRINE

9 Sociologie de l'arbitrage international

Emmanuel Gaillard*

professeur des universités, professeur associé, Yale University,
associé responsable de l'équipe Arbitrage international, Shearman & Sterling LLP

Résumé

L'arbitrage international a considérablement changé depuis la publication de la première étude sociologique importante qui lui a été consacrée en 1996 par Dezalay et Garth. Le présent article analyse cette évolution à l'aune de différents outils qu'offre la sociologie. Bien que les acteurs essentiels de l'arbitrage (parties et arbitres) demeurent les mêmes, l'arbitrage compte aujourd'hui une multitude de nouveaux acteurs qui se répartissent en deux catégories : les fournisseurs de services, y compris les « marchands de reconnaissance » qui distribuent la légitimité au sein du champ social qu'est devenu l'arbitrage international, et les fournisseurs de valeurs qui portent une appréciation critique sur le comportement des acteurs et sur la manière dont l'arbitrage international devrait se développer. L'article décrit également les principaux rites propres à l'arbitrage international qui structurent la conduite attendue de ces acteurs ainsi que la manière dont ils interagissent. Il montre enfin comment, en quelques décennies, l'arbitrage international a évolué d'un modèle « solidaire », dans lequel un nombre limité d'acteurs assumait tour à tour différentes fonctions, à un modèle « polarisé » dans lequel un nombre important d'acteurs se répartit la défense d'intérêts sectoriels plus marqués. Après avoir tracé une distinction entre les notions de fonction et de rôle et montré l'incidence que celle-ci pouvait avoir dans l'appréciation des conflits d'intérêts, l'auteur aborde la question de la formation de la norme dans le champ social polarisé que constitue désormais l'arbitrage international.

Summary

International arbitration has changed dramatically since Dezalay and Garth published the first significant study in sociology of international arbitration in 1996. This article considers those changes through the prism of different tools offered by sociology. Although the essential players (parties and arbitrators) remain the same,

* Le présent article constitue une version augmentée des communications données le 26 novembre 2014 à Londres à l'occasion de la conférence annuelle *Queen Mary School of International Arbitration – Freshfields Lecture* et le 27 mars 2015 à Paris, au Collège des Bernardins, à l'initiative du DU Contentieux international des affaires de l'université Paris Est-Créteil (Paris XII). La version initiale en langue anglaise est publiée à la revue *Arbitration International 2015, p. 1-17*.

arbitration nowadays includes a host of new actors that are divided into two categories : the service providers, including the « merchants of recognition » that distribute legitimacy within the social field that has become international arbitration ; and the value providers who offer a critical view of the behavior of different actors and of the way in which international arbitration should develop. This article also describes the main rituals in international arbitration that structure the actors' expected behavior, as well as the manner in which they interact. Finally, the article demonstrates how international arbitration has evolved, within a few decades, from a « solidaristic » model, in which a limited number of actors took on different functions from time to time, to a « polarized » model, in which a great number of actors are divided defending more clearly defined sectorial interests. After drawing a distinction between functions and roles and showing their potential impact on the assessment of conflicts of interest, the author adresses the question of how norms are generated in the polarized field that characterizes the current state of international arbitration.

I. – INTRODUCTION

1 – L'arbitrage international est aujourd'hui non seulement une discipline juridique qui a trouvé son autonomie par rapport au droit du commerce international, qui ne lui consacrait, il y a quelques décennies, que quelques développements, mais il est devenu, plus récemment, un sujet d'étude pour d'autres sciences humaines. La philosophie du droit, qui y voit une manifestation exemplaire de la mondialisation [1], mais aussi l'économie, qui ne peut négliger un secteur d'activité aux enjeux financiers considérables [2], s'y intéressent de plus en plus directement. Dans les autres disciplines, une étude spécifique de la psychologie de l'arbitrage reste à faire. Elle contiendrait probablement un chapitre sur le narcissisme arbitral, qui s'illustre notamment dans des sentences de plus en plus longues s'adressant davantage à un vaste public qu'aux seules parties, un chapitre sur la jalousie arbitrale, qui transpire dans certains écrits, et un autre sur la colère arbitrale, qui ressort à l'évidence de certaines opinions dissidentes [3]. Le champ fertile de la psychanalyse pourrait lui-même s'essayer à une psychanalyse de l'arbitrage. Celle-ci trouverait une matière abondante dans l'examen du vocabulaire guerrier qui s'y développe [4] ou dans la problématique de la castration qui s'illustre notamment dans la réflexion sur les « tribunaux tronqués » [5]. Pour l'heure, c'est la sociologie qui nous retiendra.

1. Sur l'ensemble de la question, V. *E. Gaillard, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international : Martinus Nijhoff, 2008*.
2. V. *Th. Clay et W. Ben Hamida (ss dir.), L'argent dans l'arbitrage : Lextenso, 2013*.
3. La plus célèbre dans ce registre demeurera sans doute celle du professeur J.-H. Dalhuisen, *Additional Opinion of Professor J.-H. Dalhuisen under Article 48(4) of the ICSID Convention, 30 juill. 2010*, jointe à la décision sur la demande d'annulation rendue le 20 août 2007 dans le contexte de la procédure d'annulation diligentée dans*CIRDI, aff. n° ARB/97/3, Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA c/ Argentine Republic (Vivendi II)*.
4. On songe aux « *war rooms* » dans lesquelles les équipes installent leurs quartiers généraux ou aux propos des conseils qui se targuent, plus souvent qu'il ne serait de mise, d'avoir « détruit un témoin ».
5. Sur l'aptitude d'un tribunal amputé de l'un de ses membres à continuer à siéger, V. par exemple, *S. M. Schwebel, International Arbitration : Three Salient Problems : Grotius Publications Ltd, 1987*.

2 – La sociologie de l'arbitrage n'a, à ce jour, donné lieu qu'à peu d'études. Dans ce domaine comme dans d'autres, Bruno Oppetit a manifesté ses qualités de précurseur en publiant, dès 1976, à l'*Année sociologique* une contribution intitulée « Éléments pour une sociologie de l'arbitrage » [6]. Il y traitait essentiellement de l'origine géographique et du secteur d'activité des parties dans une perspective qui demeurait très largement juridique. Quel que soit leur talent, les juristes ont en effet souvent du mal à se départir d'une approche technique pour adopter un raisonnement d'une autre nature. La même observation s'applique aux travaux du Groupe sociologie de l'arbitrage du Comité français de l'arbitrage présidé par le professeur Jean-Baptiste Racine qui ont donné lieu à un numéro spécial de la *Revue de l'arbitrage* en 2012 [7]. Quoi que fort intéressantes, les études regroupées sous cette bannière traitent de sujets qui conservent une forte connotation juridique [8]. S'il est vrai que l'on peut identifier dans la sociologie une veine quantitative et une veine qualitative [9], les juristes se sentent généralement plus à l'aise dans la première, celle qui consiste à appréhender le phénomène de manière chiffrée, presque statistique. Ce courant s'est exprimé notamment aux États-Unis et en Angleterre où plusieurs études quantitatives, qualifiées d'empiriques, sur l'arbitrage ont vu le jour [10]. La veine qualitative est davantage négligée. Elle consiste à appréhender la matière non comme un ensemble cohérent de règles mais comme un phénomène social. L'objectif n'est plus de décrire les règles ou leur évolution mais de décrypter les stratégies des acteurs.

3 – Dans cet esprit, la principale étude véritablement sociologique qui a été consacrée à l'arbitrage demeure celle de Dezalay et Garth, *Dealing in Virtue : International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational*

6. *B. Oppetit, Éléments pour une sociologie de l'arbitrage : L'année sociologique 1976, vol. 27, p. 178.*
7. *Éléments d'une sociologie de l'arbitrage, Actes de la journée d'étude du groupe sociologie de l'arbitrage du Comité français de l'arbitrage : Rev. arb. 2012, p. 709.*
8. Les sujets abordés ont couvert : *L'arbitre juge* (J.-P. Ancel), *Statut professionnel de l'arbitre et conflit d'intérêts* (F.-X. Train), *The Small Arbitration World : les jeunes praticiens et le monde de l'arbitrage* (A. Hory), *Un exemple de « marketing arbitral » : le réseau associatif* (S. Menetrey), *L'offre d'arbitrage* (E. Jolivet), *La décision arbitrale : une analyse économique en termes de jeux de réputation* (S. Harnay), *L'influence d'Internet sur la pratique de l'arbitrage* (G. Decocq), *L'émergence d'une procédure arbitrale modélisée dans l'arbitrage commercial international* (P. Heitzmann), *La pratique du délibéré arbitral* (J. Mestre), *L'acceptabilité de la sentence* (C. Jarrosson). Les débats étaient présidés par F. Knoepfler et C. Malinvaud et la journée ouverte par P. Leboulanger.
9. Sur la distinction, V. par exemple, *Méthodes en Sociologie in A. Akoun et P. Ansart (ss dir.), Dictionnaire de Sociologie : Coll. Dictionnaires Le Robert / Seuil, 1999, p. 338.*
10. V. par exemple, *C. R. Drahozal, Arbitration by the numbers : the State of Empirical Research on International Commercial Arbitration : Arbitration International 2006, p. 291. – S. D. Franck, Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration : North Carolina Law Review 2007, vol. 86, p. 1. – S. D. Franck, Empiricism and International Law : Insights for Investment Treaty Dispute Resolution : Virginia Journal of International Law 2008, vol. 48 :4, p. 767.* – V. aussi *Queen Mary School of International Arbitration et PWC, International Arbitration : Corporate Attitudes and Practices, 2006. – Queen Mary School of International Arbitration et PWC, International Arbitration : Corporate Attitudes and Practice, 2008. – Queen Mary School of International Arbitration et White & Case LLP, International Arbitration Survey : Choices in International Arbitration, 2010. – Queen Mary School of International Arbitration et White & Case LLP, International Arbitration Survey : Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, 2012. – Queen Mary School of International Arbitration et PWC, Corporate Choices in International Arbitration : An Industry Approach, 2013.*

Legal Order, publiée en 1996, avec un avant-propos de Pierre Bourdieu [11]. L'approche est en effet résolument bourdieusienne. L'apport fondamental de Bourdieu à la compréhension des phénomènes sociaux, et surtout des phénomènes de structuration de la société en classes, est que ceux-ci ne peuvent être compris exclusivement en termes économiques ou monétaires. À côté du capital économique (argent, prospérité), existe le capital symbolique (honneur, prestige, reconnaissance), qui coïncide ou non avec le capital économique [12]. Dans son village, l'instituteur possède un fort capital symbolique même si son capital économique est modeste. De nombreux spécialistes de l'arbitrage possèdent, de la même façon, un capital symbolique supérieur à leur capital économique. C'est à partir de cette grille de lecture des rapports sociaux que Dezalay et Garth ont appréhendé le phénomène de l'arbitrage. Ils avancent en particulier l'idée qu'en mettant en avant les notions de « transnationalité » et de « *lex mercatoria* », certains acteurs de l'arbitrage sont parvenus à créer pour eux-mêmes un fort capital symbolique les plaçant au centre du phénomène arbitral, ce dont ils ont tiré ensuite, en tant qu'arbitres les plus à même de saisir une matière elle-même transnationale, un intérêt économique [13].

4 – Avant d'esquisser une analyse du phénomène arbitral à l'aide des outils de la sociologie, il est essentiel de reconnaître que la sociologie, comme le droit, est divisée entre courants de pensées et querelles doctrinales diverses. Le propos du présent article n'est assurément pas de prendre parti dans ces controverses ou de porter une appréciation critique sur une quelconque doctrine sociologique. Il s'agit, plus modestement, de tenter d'appréhender le phénomène arbitral à travers certaines des grilles de lecture qu'offre la sociologie, tout en reconnaissant ce que certains concepts peuvent devoir à des auteurs majeurs tels que Marx [14], Weber [15], Durkheim [16] ou Bourdieu [17].

11. *Y. Dezalay et B. G. Garth, Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order, avant-propos de P. Bourdieu : The University of Chicago Press, 1996*. – V. également *P. Leboulanger, Bibliographie – Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order : Rev. arb. 1997, p. 318*.
12. V. par exemple, *P. Bourdieu, La Distinction, Critique sociale du jugement : Éd. Minuit 1979, p. 672. – P. Bourdieu, La force du droit : Éléments pour une sociologie du champ juridique : Actes de la recherche en sciences sociales 1986, vol. 64, p. 3. – P. Bourdieu, Espace social et genèse des classes, Actes de la recherche en sciences sociales 1984, vol. 52-53, p. 3. – P. Bourdieu, Le sens pratique : Coll. Le sens commun, Éd. Minuit, 1980*.
13. L'analyse a été ensuite reprise, de manière plus réductrice, par *C. R. Drahozal, Contracting out of National Law : An Empirical Look at the New Law Merchant : Notre Dame Law Review 2004-2005, vol. 80 :2, p. 523*, qui n'en retient que le fait que certains acteurs se sont présentés comme idéalement positionnés pour traiter en tant qu'arbitres les dossiers d'envergure internationale en instrumentalisant la *lex mercatoria* comme un outil de promotion.
14. V. *K. Marx, Le Capital, Livres I à III : Collection Folio Essais, Gallimard, 2008* (publication originale en allemand, *Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie : Verlag von Otto Meisner, 1867, 1885, 1894*).
15. V. *M. Weber, Économie et société 1, Les catégories de la sociologie : Pocket Agora, 2003* (publication originale en allemand, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriß der verstehenden Soziologie : Mohr Siebeck, 1922*).
16. V. *E. Durkheim, Les règles de la méthode sociologique, préface de F. Dubet : PUF, 2013* (publication originale à la *Revue Philosophique 1894*).
17. V. *supra, note 12*.

5 – C'est sous le bénéfice de cette observation que l'on s'appliquera à décrire les acteurs et leurs rites au sein du champ social qu'est incontestablement devenu l'arbitrage international (I) avant d'examiner, dans une perspective plus dynamique, les interactions existant entre ces acteurs (II).

II. – L'ARBITRAGE INTERNATIONAL COMME CHAMP SOCIAL

6 – Une grande partie des sociologues contemporains raisonnent volontiers en termes de champs sociaux [18]. Le champ social est plus vaste qu'une industrie. Il suppose des acteurs qui se trouvent en position de fournisseurs ou de clients, des autorités fixant les règles du jeu et des organisations partageant un système de pensée. Les acteurs d'un champ social déterminé interagissent davantage entre eux qu'avec les acteurs d'autres champs sociaux [19]. À l'intérieur du champ social de l'arbitrage international, dont il ne fait aucun doute que les acteurs interagissent plus fréquemment entre eux qu'avec ceux d'autres champs sociaux, on s'attachera à identifier les acteurs (A) avant de décrire les rituels qui constituent l'un des éléments clés de leur comportement social (B).

A. – Les acteurs sociaux

7 – Il existe trois catégories d'acteurs du champ social arbitral, ayant chacune ses caractéristiques propres. Le simple recensement de ces acteurs montre à quel point la matière a évolué en quelques décennies. Certains sont essentiels (1°), d'autres sont des fournisseurs de services (2°) ou de valeurs (3°).

1° Les acteurs essentiels

8 – La première catégorie regroupe les acteurs essentiels. Ils sont en nombre très limité puisqu'un arbitrage peut exister seulement avec des parties et des arbitres. Tous les autres intervenants, y compris les avocats, sont des acteurs dont l'arbitrage pourrait se dispenser. Ils ne sont pas de l'essence de l'arbitrage mais gravitent autour de son noyau dur.

9 – Du point de vue de la sociologie, les parties et les arbitres ne sont pas traités de la même manière. À tort ou à raison, les parties se sentent négligées [20]. Elles estiment que le droit de l'arbitrage s'est développé sans accorder suffisamment

18. V. par exemple, *P. J. Di Maggio et W. W. Powell, The Iron Cage Revisited : Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields : American Sociological Review 1983, vol. 48 :2, p. 147*.
19. V. aussi *W. Richard Scott, Institutions and Organizations, Ideas, Interests and Identities : SAGE Publications, 4e éd. 2014. – M. Wooten et A. J. Hoffman, Organizational Fields : Past, Present and Future, in R. Greenwood, C. Oliver, R. Suddaby et K. Sahlin (éd.), The Sage Handbook of Organizational Institutionalism : SAGE Publications, 2008, p. 131*.
20. Les parties sont souvent abordées, comme on a pu l'observer (*supra § 2*), sous l'angle de leur origine géographique, de leur secteur d'activité et de leurs préférences en termes de siège de l'arbitrage et de droit applicable. La plupart des institutions arbitrales publient régulièrement des statistiques annuelles à ce sujet. – V. par exemple, *ICC Statistical Report 2014 : ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2015, n° 1. – LCIA Registrar's Report, Casework, 2013*, disponible sur Internet. – concernant l'arbitrage en matière d'investissement, V. *World Bank, The ICSID Caseload : Statistics, 2015, n° 1*, disponible sur Internet. – *Cour Permanente d'Arbitrage, 114e Rapp. annuel, 2014*, disponible sur internet.

d'importance à leurs préoccupations fondamentales, leurs exigences et leurs besoins. C'est ce qui explique la création par les juristes d'entreprises, en 2009, d'une organisation censée exprimer directement le point de vue des parties à l'arbitrage [21]. Il est vrai que, comme pour les salariés dans le monde du travail, la question de la représentativité des acteurs qui prétendent s'exprimer au nom des « parties » aux procédures arbitrales se pose. Les parties sont censées être représentées, dans les procédures d'arbitrage, par les avocats, la direction juridique des entreprises ou leurs dirigeants eux-mêmes. Leurs préoccupations véritables sont en réalité difficiles à appréhender. Ce que veut une entreprise confrontée à une procédure arbitrale, c'est avant tout gagner cette procédure, et ce, au moindre coût. Les intérêts des parties ne sont pas alignés, la demanderesse et la défenderesse n'ayant pas le même intérêt à voir la procédure se dérouler de manière efficace. La partie victorieuse et celle qui a perdu l'arbitrage n'auront pas non plus la même appréciation de la légitimité du processus. Cependant, si l'on doit faire la part des choses en relativisant le point de vue de certaines parties simplement déçues d'avoir perdu un arbitrage qu'elles espéraient gagner, le monde de l'arbitrage aurait tort d'ignorer le message des parties qui souhaitent rappeler que l'arbitrage est fait pour elles et non pour l'ensemble des autres acteurs qui gravitent aujourd'hui autour de cette activité.

10 – Les arbitres sont mieux traités. Les premières analyses de type sociologique consacrées à l'arbitrage se sont en effet spontanément concentrées sur ces juges privés [22]. Le phénomène sociologiquement significatif les concernant tient à la création récente d'une caste d'arbitres. Aujourd'hui, les arbitres forment une catégorie socioprofessionnelle à part entière alors que ce n'était pas le cas il y a seulement une dizaine d'années. En 2005 encore, le professeur Thomas Clay pouvait affirmer : « l'arbitrage n'est [...] pas un métier ; c'est une mission, une fonction temporaire, mais pas une profession. Tous ceux qui sont arbitres ont en principe un autre métier, une occupation principale qui leur garantit une rémunération régulière et leur fournit un statut social. L'arbitrage est leur activité annexe. [...] " Qui sont les arbitres ? ", on pourrait simplement répondre " des intermittents ", mais des " intermittents de la justice " » [23]. L'observation ne correspond déjà plus à la réalité. Aujourd'hui, l'arbitrage est aussi un métier avec, aux côtés d'arbitres occasionnels, des arbitres qui en font profession [24].

21. Le *Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG)*, créé en 2009, a pour objectif de représenter les intérêts et les opinions des entreprises sur la conduite, la pratique et l'étendue de l'arbitrage international et des autres modes alternatifs de règlement des conflits (« [a]*ims to be the premier forum to represent the interests and views of corporations in relation to the conduct, practice and scope of international arbitration and other forms of early and alternative dispute resolution as a means of dispute resolution » : www.cciag.com*).
22. Sur l'évolution en trois phases du profil de l'arbitre, de celle des « Grands Sages » (« *The Grand Old Men* »), à celle des technocrates (« *the Technocrats* ») identifée par *Dezalay* et *Garth (supra note 13)*, puis à celle des gestionnaires (« *the Managers* »), V. *T. Schultz et R. Kovacs, The Rise of a Third Generation of Arbitrators – Fifteen Years after Dezalay and Garth : Arbitration International 2012, p. 161*.
23. *Th. Clay, Qui sont les arbitres internationaux ? Approche sociologique, in Les arbitres internationaux, Colloque, 4 févr. 2005 : Éd. de la société de législation comparée, 2005, vol. 8*.
24. V. aussi, *P. Leboulanger, L'arbitre et le marché, in Nassib G. Ziadé (éd.), Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri : Kluwer Law International, 2015, p. 65. – Y. Derains, Le professionnalisme des arbitres :*

Cette évolution est significative en ce qu'elle modifie l'offre par la création d'une offre permanente d'arbitrer émanant d'arbitres professionnels. La question se pose de savoir si ce caractère permanent est de nature à modifier la relation de ces arbitres avec les justiciables que sont les parties, ainsi qu'avec les autres arbitres.

11 – L'arbitrage constitue par ailleurs une justice privée dans laquelle les arbitres sont rémunérés pour leurs services. Ils sont de ce fait justiciables de la qualification de fournisseurs de services. Ils ne sont pas les seuls, un nombre important de fournisseurs de services spécialisés dans l'arbitrage gravitant aujourd'hui autour des acteurs essentiels que sont les parties et les arbitres.

2° Les fournisseurs de services

12 – Une catégorie de fournisseurs de services intervenant dans le champ social de l'arbitrage international peut être identifiée chaque fois qu'un certain nombre d'acteurs sociaux consacre à cette discipline l'essentiel de son activité professionnelle. Cela ne signifie naturellement pas que des acteurs ayant principalement une activité extérieure à l'arbitrage (comptables, banquiers, experts techniques...) ne puissent intervenir occasionnellement dans ce domaine, mais c'est l'existence d'acteurs ayant vocation à intervenir de manière fréquente, et par là même à interagir plus souvent avec d'autres acteurs du même champ social qu'avec des acteurs de l'extérieur [25], qui paraît sociologiquement significatif. Nombre d'entre eux n'existaient pas lorsque Dezalay et Garth ont réalisé leur étude en 1996 et, pour d'autres, leur professionnalisation n'était pas achevée. Au sein de chaque catégorie, les acteurs sont de plus en plus nombreux. Même s'il présente toutes les caractéristiques du tout petit monde cher à David Lodge [26], c'est donc un très vaste monde que celui de l'arbitrage international contemporain.

13 – Les premiers fournisseurs de services dans le domaine de l'arbitrage sont les *avocats* spécialisés dans ce domaine. Là où, il y a quelques décennies, les conseils traitaient de temps à autre une affaire d'arbitrage, une spécialisation de plus en plus poussée est intervenue dans chaque pays, formant ainsi un barreau international de l'arbitrage. La simple consultation des guides professionnels qui leur sont consacrés suffit à montrer que ces acteurs spécialisés sont de plus en plus nombreux et que leur activité est de plus en plus globale [27].

CDE 2012, dossier 19. – C. A. Rogers, The Vocation of International Arbitrators : American University International Law Review 2005, vol. 20, p. 976-977 : « I do not seek to evaluate whether international arbitrators actually satisfy the criteria for any particular definition of a profession, but rather to suggest that international arbitrators demonstrate some of the markers of professionalization and have consciously invoked the nomenclature of professionalism »(« Je ne cherche pas à apprécier si les arbitres internationaux remplissent ou non les critères applicables à la définition d'une profession, mais plutôt à suggérer que les arbitres internationaux présentent certains traits de professionnalisation et ont sciemment invoqué la nomenclature du professionnalisme »).

25. Sur cette caractéristique essentielle du champ social, V. *supra § 6*.

26. *D. Lodge, Un tout petit monde, préface d'U. Eco : Rivages Poche, 1992 (version originale en anglais, D. Lodge, Small World : An Academic Romance : Secker & Warburg, 1984)*.

27. On comparera par exemple l'édition parue en 1999, *C. Campbell (éd.), An International Who's Who of Commercial Arbitrators : Law Business Research, 1999*, identifiant 253 individus provenant de 69 pays avec l'édition parue en 2014, disponible sur internet, identifiant 624 individus provenant de 84 pays

14 – Les *institutions d'arbitrage* sont également des fournisseurs de services dans le domaine de l'arbitrage. Leurs stratégies sont diverses. Certaines institutions se présentent comme des acteurs globaux. C'est le cas par exemple de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) ou de l'*Arbitration Institute* de la Chambre de commerce de Stockholm (SCC). D'autres ont une stratégie régionale. On songe en particulier au *Singapore International Arbitration Center* (SIAC), au *Dubai International Arbitration Center* (DIAC), au *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) ou encore au *Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration* (CRCICA). L'arbitrage en matière d'investissement demeure l'archétype du succès d'une offre spécialisée. Ce marché est aujourd'hui dominé par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et la Cour permanente d'arbitrage (CPA) de La Haye. Le Tribunal arbitral du sport (TAS) ou encore le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) constituent d'autres exemples d'une stratégie réussie d'offre spécialisée. La concurrence entre toutes ces organisations est très réelle, chacune s'efforçant, par l'efficacité de son ou de ses règlements, par la qualité de ses nominations, mais aussi à grand renfort de communication, de développer l'offre la plus attractive possible pour les usagers de l'arbitrage.

15 – Les *organisations internationales*, dont le CIRDI et la CPA, peuvent elles-mêmes être qualifiées de fournisseurs de services [28]. En tant qu'institutions susceptibles d'assurer l'organisation de procédures arbitrales, elles ont un objectif commercial, celui d'être choisies par le plus grand nombre possible de parties. Là encore, d'intenses campagnes de communication sont organisées à cet effet. Les efforts déployés par le CIRDI dans les années qui ont suivi sa création en 1965 en fournissent un exemple saisissant.

16 – Les *États* eux-mêmes sont, dans certaines de leurs activités, des fournisseurs de services à l'égard de l'arbitrage. Compte tenu des retombées économiques de cette forme privée de justice (hôtels, centres de conférence, personnel susceptible d'intervenir dans l'arbitrage), la concurrence pour attirer sur leur sol le plus grand nombre possible d'arbitrages est intense. Les États font ainsi commerce de leur neutralité géographique, de la qualité de leur loi ou de l'efficacité de leurs infrastructures. La concurrence entre les lois est aussi forte que celle qui existe entre les institutions d'arbitrage [29]. Le fait de posséder ou

et décrite comme étant « [the] *broadest geographical spread to date* ». – V. aussi, le classement *Chambers Global* pour l'année 2014, listant 21 cabinets d'avocats (eux-mêmes divisés en 5 catégories) et 72 individus.

28. V. sur le site Internet de ces organisations.

29. Corrélativement, une forte activité de lobbying est déployée dans de nombreux pays par la communauté juridique ainsi que par les milieux intéressés sur la nécessité de développer un environnement favorable à l'arbitrage, à la fois en termes d'infrastructures et de régime juridique. V. par exemple, *N. Ulmer et L. Serex, Switzerland : Update on Recent Arbitral Developments and Tendencies : LexisNexis Legal Newsroom, International Law, 26 janv. 2011. – C. Seraglini, D. Nyer, P. Brumpton, J. Templeman et L. de Ferrari, The battle of the seats : Paris, London or New York ? :*

d'attirer sur son sol une institution d'arbitrage majeure n'est pas non plus indifférent aux pouvoirs publics, ainsi que l'attestent les remous suscités par les velléités de la Cour d'arbitrage de la CCI de quitter Paris si les conditions d'installation offertes par l'État français ne lui étaient pas assez favorables [30].

17 – Les *experts* intervenant devant les tribunaux arbitraux pour étayer une argumentation technique ou valoriser un dommage tendent également à se spécialiser. Certains d'entre eux consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle à préparer des rapports destinés à des tribunaux arbitraux, puis à les présenter devant ces tribunaux au cours d'audiences qui donnent lieu à leur contre-interrogatoire dans la plus grande tradition anglo-américaine du traitement de la preuve [31]. La question que soulève cette évolution est celle de l'indépendance à l'égard des parties – et, en pratique, des conseils, eux-mêmes spécialisés [32] – qui sollicitent leurs services. Dans les matières spécialisées telles que la construction, le marché de l'énergie ou la valorisation d'entreprises, les conclusions des experts présentés par les parties, par opposition aux experts nommés par le tribunal arbitral, sont de plus en plus contrastées, à tel point que l'on peut se demander si l'on n'assiste pas à l'émergence d'une nouvelle profession d'avocats du chiffre ou de l'économie, dont l'indépendance à l'égard des parties n'est plus que formelle.

18 – Il existe également des *sténographes* et des *interprètes* spécialisés dans l'arbitrage, ce qui n'a pas toujours été le cas. D'autres professions nouvelles se développent autour de l'arbitrage. On songe à celle de *case managers* dont le rôle est de fournir les outils informatiques permettant de dématérialiser les écritures et les pièces du dossier et offrant à chaque catégorie d'acteurs un accès adapté à ses besoins. L'utilisation de ces outils est de nature à modifier non seulement l'organisation de l'interrogation des témoins et experts mais également le rythme de l'exercice. Les *maisons d'édition* spécialisées en matière d'arbitrage sont de plus en plus nombreuses. Les experts en *relations publiques* sont également très actifs dans le champ social de l'arbitrage, ce qui laisse présager l'émergence d'une offre spécialisée en la matière. Des affaires qui ont défrayé la chronique telles que

Practical Law Company, 6 déc. 2011. – E. Olson, Cities Compete to Be the Arena for Global Legal Disputes : The New York Times, 11 sept. 2014 ; London or Paris ? : Global Arbitration Review, vol. 1 :2, 1er avr. 2006 ; Amendments planned to Singapore's arbitration law : Global Arbitration Review, 8 nov. 2011. – M. Pryles, Singapore : The Hub of Arbitration in Asia : SIAC, 22 sept. 2013, disponible sur Internet ; MIAC 2012 – An African Seat for the 21st Century, Papers from the joint conference of the Goverment of Mauritius, LCIA-MIAC Arbitration Centre, ICC, ICCA, ICSID, LCIA, PCA and UNCITRAL held in Mauritius on 10 and 11 dec. 2012 : International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, éd. 2012.

30. La Chambre de commerce internationale devrait rester dans la capitale : *Les Echos, 4 févr. 2011. – ICC to stay in Paris : Global Arbitration Review, 31 janv. 2011.*

31. V. par exemple, *Who's Who Legal, Arbitration, Expert Witnesses Marketplace Analysis, oct. 2014*, disponible sur Internet. – sur les statistiques concernant les experts, V. les études de *Queen Mary School of International Arbitration et White & Case LLP, International Arbitration Survey : Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, 2012, p. 24-32. – Queen Mary School of International Arbitration et PWC, Corporate Choices in International Arbitration : Industry Perspectives, 2013, p. 13-14.*

32. V. *supra § 13.*

Yukos ou *Chevron c/ Equateur* montrent l'importance du rôle des médias pour les deux parties dans le contexte de l'arbitrage [33].

19 – Une nouvelle activité d'arbitres-test (*mock arbitrators*) se développe également aux États-Unis par imitation de la pratique des jurés-test (*mock jurys*) dans le contexte du contentieux étatique. Depuis longtemps, aux États-Unis, des avocats testent, pour les grands procès, diverses stratégies devant de faux jurys composés par des officines spécialisées de façon à observer la manière dont leur argumentation est reçue. Dans le domaine de l'arbitrage, la pratique consistant à répéter une plaidoirie devant un tribunal arbitral-test composé comme pourrait l'être un tribunal arbitral réel commence à se développer. Cela pourrait donner lieu à l'émergence d'une nouvelle profession se développant en marge de l'arbitrage, celle de répétiteur des parties.

20 – Enfin, les *tiers financeurs* spécialisés dans le financement d'arbitrages auxquels ils s'associent au résultat et/ou dans le rachat de sentences arbitrales dont ils assurent l'exécution à leurs risques et périls font désormais également partie du panorama de l'arbitrage contemporain [34].

21 – Le dernier des acteurs, et peut-être le plus intéressant d'un point de vue sociologique, est celui que l'on pourrait appeler les *« marchands de reconnaissance »*. L'expression ne se veut pas péjorative, les sociologues bourdieusiens appelant les juristes les « marchands de droit » [35] et les négociateurs de traités de paix internationaux les « marchands de paix ». Dans cette catégorie figurent les guides ayant une fonction de distribution de reconnaissance et de classification des acteurs selon des critères déterminés : les meilleurs avocats en arbitrage dans tel ou tel État, meilleurs arbitres, meilleurs experts, etc. Ces marchands de reconnaissance que sont *Chambers* [36], *Legal 500* [37], *Global Arbitration Review* (GAR) [38] ou, en France, *Décideurs* [39] sont aujourd'hui des acteurs essentiels de l'arbitrage. Il reste à créer un prix du meilleur marchand de reconnaissance de

33. Sur l'affaire *Chevron* et ses aspects médiatiques, V. par exemple, *M. D. Goldhaber, Crude Awakening : Chevron in Ecuador : RosettaBooks, 2014*.
34. Pour une description de cette industrie, V. par exemple, *J. D. Glater, Investing in Lawsuits, for a Share of the Awards : The New York Times, 3 juin 2009. – P. Pinsolle, Le financement de l'arbitrage par les tiers : Rev. arb. 2011, p. 385. – B. M. Cremades, Third Party Litigation Funding : Investing in Arbitration : Spain Arbitration Review 2012, n° 13, p. 155. – B. M. Cremades Roman et A. Dimolitsa (éd.), Third Party Funding in International Arbitration : Dossiers of the ICC Institute of World Business Law 2013, n° 10. – R. Lowe, Speculate and arbitrate to accumulate : IBA Global Insight, avr.-mai 2013. – V. Shannon, Recent Developments in Third-Party Funding : Journal of International Arbitration 2013, p. 443. – H. G. Gharavi, Le financement par un tiers, in Th. Clay et W. Ben Hamida (ss dir.), L'argent dans l'arbitrage : Lextenso, 2013, p. 33*.
35. *Y. Dezalay, Marchands de droit : La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit : Fayard, 1992*. – V. aussi *Y. Dezalay et B. G. Garth, Merchants of Law as Moral Entrepreneurs : Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes : Law & Society Review 1995, vol. 29, p. 27*.
36. V. le classement du *Guide Chambers Global* pour l'année 2014 concernant l'arbitrage international.
37. V. les classements *Legal 500* pour l'année 2014 concernant respectivement l'arbitrage international au Royaume-Uni et en France.
38. V. le classement *GAR 100, 7e éd. : Global Arbitration Review 2014*, ainsi que le *GAR 30 – commentary and analysis : Global Arbitration Review 2014*, disponibles sur Internet.
39. V. le classement 2015 des meilleurs cabinets d'avocats (France) – Arbitrage International et le classement 2015 des Arbitres en France, disponibles sur Internet.

l'arbitrage international. Certains d'entre eux ne manquent pas de sens de l'humour, GAR ayant décerné le prix de la meilleure conférence magistrale sur l'arbitrage pour 2014 à l'article qui décrivait sa fonction de « marchand de reconnaissance » [40]. L'attitude qu'il convient d'adopter à l'égard des marchands de reconnaissance n'est pas toujours facile à déterminer. Certains acteurs pourraient être tentés d'y voir une activité de représentation commerciale peu compatible avec l'idée qu'ils se font de la dignité de leur propre rôle. La sociologie enseigne cependant que la stratégie de la chaise vide n'est jamais gagnante. Sartre lui-même, qui n'acceptait jamais de prix, même s'il savait orchestrer lui-même sa mise en scène médiatique, a été très vivement critiqué pour ne pas avoir accepté le prix Nobel de littérature qui lui avait été attribué en 1964 [41]. Comme l'indiquent les sociologues, mépriser les « marchands de reconnaissance », c'est aussi mépriser tous ceux qui acceptent de se prêter au jeu et en définitive l'ensemble de la profession [42].

3° Les fournisseurs de valeurs

22 – La troisième catégorie d'acteurs du monde de l'arbitrage est celle des fournisseurs de valeurs. L'ambition d'un certain nombre d'agents sociaux est en effet de guider la manière dont l'arbitrage international se développe et comment ses acteurs – spécialement les parties et les arbitres – doivent se comporter. Indépendamment de leur aptitude à contribuer, dans la durée, à la création de véritables règles de droit applicables à la matière [43], certains acteurs, parfois institutionnels et parfois auto-désignés, possèdent une légitimité suffisante pour jouer un tel rôle.

23 – Parmi les fournisseurs de valeurs figurent au premier chef les *États*. Ceux-ci entretiennent souvent une relation schizophrénique avec l'arbitrage. Ils peuvent en effet être parties – et en matière d'investissement ils occuperont le plus souvent la position de défendeur –, fournisseurs de services pour que le plus grand nombre d'affaires possible se déroule sur leur territoire [44] et fournisseurs de valeurs fixant les normes sur la manière dont un arbitrage doit se dérouler et sur les conditions auxquelles une sentence pourra être reconnue dans leur ordre juridique. Une valeur est plus générale qu'une norme et a vocation à circuler indépendamment de sa force normative dans un État déterminé. Lorsque, dans la célèbre affaire *Putrabali*, le juge français indique que les arbitres internationaux sont des « juges internationaux », la Cour de cassation, comparant ainsi la justice arbitrale à la justice internationale [45], émet une valeur sur ce qu'est et doit être l'arbitrage. Cette valeur constitue une prise de position qui va bien au-delà

40. *GAR Awards, Washington DC, févr. 2015, Best lecture or speech of 2014. – E. Gaillard, Freshfields Lecture 2014, The Sociology of International Arbitration : Global Arbitration Review 2015.*
41. V. par exemple, *J.-P. Sartre, traduit par R. Howard, Sartre on the Nobel Prize : The New York Review of Books, 17 déc. 1964.*
42. *J.-F. English, Winning the Culture Game : Prizes, Awards, and the Rules of Art : New Literary History 2002, vol. 33 :1, p. 119.*
43. Sur la question, V. *infra § 54 et s.*
44. V. *supra § 16.*
45. L'idée forte est ici d'inviter à concentrer le contrôle de la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur la sentence arbitrale elle-même et non sur les décisions à propos de sa validité dans le pays dans

des parties et bien au-delà de l'ordre juridique français. Lorsque 40 ans après l'affaire *Gosset* [46], la Chambre des *Lords* anglaise accepte le principe d'autonomie de la clause compromissoire dans l'affaire *Fiona Trust* [47], elle tranche un cas d'espèce, fixe la jurisprudence anglaise et émet une valeur susceptible de devenir un standard international. Il en va de même lorsque la Cour de cassation française évoque, dans sa non moins célèbre affaire *Ryanair c/ Syndicat mixte des aéroports de Charente*, l'existence d'un ordre juridique arbitral [48]. Lorsque les États participent aux travaux d'organisations internationales intervenant en matière d'arbitrage international, ils agissent également en qualité de simples fournisseurs de valeurs. Leur position devra en effet être soutenue par d'autres États pour que cette valeur puisse devenir une norme internationale.

24 – Les fournisseurs de valeurs possèdent une légitimité plus grande lorsqu'ils ne rendent pas en même temps de services commerciaux. C'est le cas de certaines organisations internationales, au premier rang desquelles figurent la Conférence des Nations-Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et surtout la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), qui sont l'une et l'autre très actives en matière d'arbitrage international. La CNUDCI est incontestablement le plus grand fournisseur international de valeurs sur l'arbitrage international puisqu'on lui doit notamment la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985), le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (dont la dernière version date de 2013) et le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (2014).

25 – Sans préjudice du rôle de ces organisations internationales dans le processus de création de la norme [49], il est essentiel de souligner qu'il s'agit avant tout de fournisseurs de valeurs. Pour accéder à l'autorité du droit positif, le produit de leur activité doit être adopté par les États. C'est l'évidence pour une loi-type mais cela se vérifie aussi pour un traité dont l'effectivité dépendra de son adoption par un grand nombre d'États. Contrairement aux États pris individuellement, les organisations internationales cherchent à dégager un consensus entre un nombre important d'acteurs. En cela, elles peuvent être qualifiées de fournisseurs de valeurs collectives.

---

lequel elle a été rendue, V. *Cass. 1re civ., 29 juin 2007, n° 05-18.053, Sté PT Putrabali Adyamulia c/ Sté Rena Holding et a. : JurisData n° 2007-039759 ; JDI 2007, comm. 23, p. 1228, note Th. Clay ; Rev. arb. 2007, p. 507, note E. Gaillard.*

46. V. *Cass. 1re civ., 7 mai 1963, Ét Raymond Gosset c/ Carapelli : JurisData n° 1963-700246 ; JDI 1964, p. 82, note J.-D. Bredin ; JCP G 1963, II, n° 13, p. 405, note B. Goldman ; Rev. crit. DIP 1963, p. 615, note H. Motulsky ; Dalloz 1963, p. 545, note J. Robert.*

47. En droit anglais, V. déjà *Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others (Respondents) c/ Fili Shipping Company Limited (14th Claimant) and others (Appellants) : [2007] EWCA Civ 20, § 32.* – puis dans *Fiona Trust and Holding Corporation and Others c/ Yuri Privalov and Others : [2007] EWCA Civ. 2 et Fiona Trust & Holding Corp. & others c/ Yuri Privalov & others : [2006] EWHC 2583 (comm).*

48. *Cass. 1re civ., 8 juill. 2015, n° 13-25.846, Sté Ryanair et a. c/ Syndicat mixte des aéroports de Charente (SMAC) et a.*

49. *V. infra § 54 et s.*

26 – Les *organisations non gouvernementales* (ONG) se sont invitées récemment dans le cercle des fournisseurs de valeurs qui s'intéressent à l'arbitrage. À travers leur intervention dans les procédures arbitrales, à titre d'*amicus curiae* [50], leur participation aux travaux des organisations internationales [51], et d'intenses campagnes de presse portant sur la protection de l'environnement, des droits de l'homme, la transparence en matière d'arbitrage investissement, ou encore la nocivité supposée du recours à l'arbitrage dans les traités de protection des investissements, les ONG se sont imposées comme un acteur majeur de l'arbitrage international [52]. Certaines d'entre elles se sont illustrées par des prises de position particulièrement radicales [53]. D'autres ont pour objet la promotion de l'arbitrage en matière de protection des investissements [54]. D'autres encore assurent la promotion des vues d'une catégorie spécifique d'acteurs [55].

27 – Contrairement aux ONG qui se focalisent sur la promotion des valeurs qu'elles soutiennent, les *clubs d'arbitrage* rassemblent des acteurs ayant des caractéristiques et des intérêts communs. Ces clubs sont nombreux. Certains ont une vocation générale, comme l'*International Council for Commercial Arbitration* (ICCA) ou l'Institut pour l'arbitrage international (IAI). D'autres se définissent par référence à une région [56], une classe d'âge – avec les « jeunes » et désormais les « très jeunes » [57] spécialistes de l'arbitrage – ou l'appartenance

50. V. par exemple, *CIRDI, Règl. de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règl. d'arbitrage), art. 37(2) concernant la participation de tiers aux procédures*. – Plus généralement, à ce sujet, V. par exemple, *B. Stern, L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur : Rev. arb. 2002, p. 329. – F. Grisel et J. E. Vinuales, L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement : ICSID Review 2007, vol. 23, p. 380. – E. Levine, Amicus Curiae in International Investment Arbitration : The Implications of an Increase in Third-Party Participation : Berkeley Journal of International Law 2011, vol. 29 :1, p. 200. – E. De Brabandere, NGOs and the « Public Interest » : The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes : Chicago Journal of International Law 2011-2012, vol. 12 :1, p. 85. – L. Bastin, Amici Curiae in Investor-State Arbitration : Eight Recent Trends : Arbitration International 2014, p. 125*.
51. V. par exemple, la participation d'organisations non gouvernementales à la 61e session de la *CNUDCI, A/CN.9/826, Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its sixty-first session, Vienne, 15-19 sept. 2014*.
52. V. par exemple, *Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as « Amici Curiae », déc., 15 janv. 2001, Methanex Corp. c/ United States of America, § 49. – CIRDI, Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to Make an Amicus Curiae Submission, 12 févr. 2007, aff. n° ARB/03/19, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA c/ The Argentine Republic. – CIRDI, ord. procédure, 2 févr. 2007, aff. n° ARB/05/22, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c/ United Republic of Tanzania, n° 5*.
53. V. en particulier, les travaux, souvent outranciers et pour cette raison particulièrement visibles, du *Corporate Europe Observatory and Transnational Institute. – P. Eberhardt et C. Olivet, Profiting from Injustice – How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom : Corporate Observatory and Transnational Institute, 2012. – C. Olivet et P. Eberhardt, Profiting from Crisis : Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, 2014*. – V. également les vidéos sur le sujet accessibles sur le site *http://stopttip.net/investor-state-dispute-settlement-isds/*.
54. C'est le cas par exemple de *European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA)*.
55. V. par exemple,*CCIAG, supra note 21*.
56. Une majorité de pays où l'arbitrage est développé a vu la création de groupes professionnels de praticiens et d'universitaires dans le domaine de l'arbitrage. V. par exemple, Paris *Place d'Arbitrage* ou, à l'étranger, le *Brazilian Arbitration Committee*.
57. V. les groupes de « très jeunes » praticiens de l'arbitrage des *Paris Very Young Arbitration Practitioners (PVYAP) et London Very Young Arbitration Practitioners (LVYAP)*.

sexuelle des participants [58]. Seuls des clubs reflétant la division de la société arbitrale en classes n'existent pas encore.

28 – Les *organisations professionnelles* telles que l'*International Bar Association* (IBA) jouent également un rôle majeur dans le domaine de l'arbitrage en développant des règles ou des lignes directrices sur différents aspects de la procédure arbitrale. Il s'agit clairement de fournisseurs de valeurs, les instruments qu'ils développent ne s'imposant dans la pratique que s'ils sont adoptés par un nombre important d'acteurs à l'égard desquels ils n'ont pas de valeur contraignante. L'effectivité de ces instruments est donc strictement dépendante de l'autorité morale de l'organisme dont ils émanent et de leur qualité intrinsèque. On ne peut, dans ce contexte, que constater l'immense succès de certains de ces instruments que les arbitres insèrent volontiers dans leurs actes de mission ou auxquels ils se réfèrent lorsqu'ils cherchent à étayer un aspect de leur décision sur tel ou tel point de procédure [59].

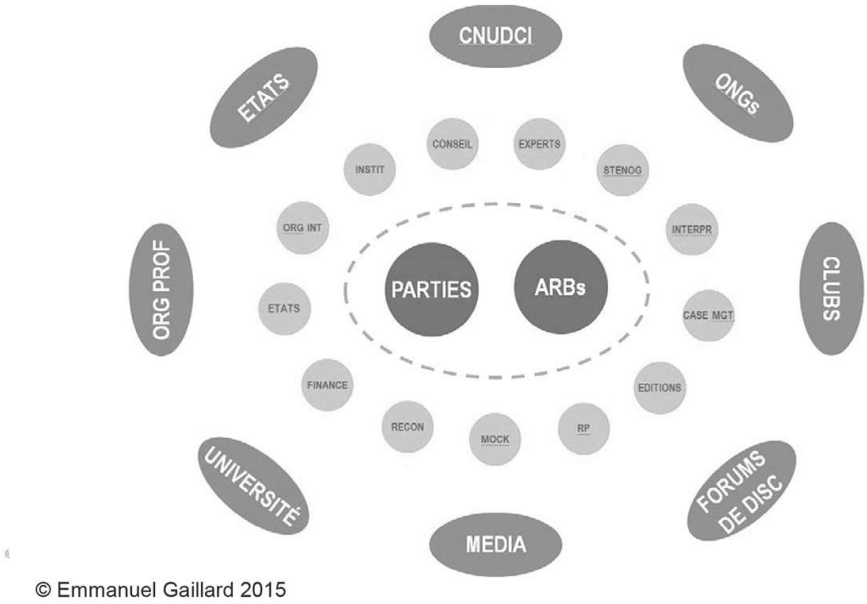
29 – Les formations spécialisées en matière d'arbitrage telles que celles du master 2 Contentieux, arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits de l'université Paris II, du master Arbitrage & commerce international (MACI) de l'université de Versailles, du DU Contentieux international des affaires de l'université Paris XII, du *LL.M. in International Dispute Settlement* (MIDS) de l'université de Genève ou des enseignements de la *Queen Mary School of International Arbitration* de Londres ont fleuri au cours des dernières années [60]. Parallèlement, certains enseignants ont fait de l'arbitrage leur spécialité exclusive, ce qui n'était pas le cas il y a quelques années encore. La création en 2011 d'une Académie de l'arbitrage rassemblant chaque année à Paris une centaine d'étudiants de toutes les régions du monde pour suivre des enseignements spécialisés en anglais sur l'arbitrage participe à ce mouvement [61].

30 – Les groupes de discussion, au premier rang desquels figure *Oil-Gas-Energy-Mining-Infrastructure Dispute Management* (OGEMID), sont aujourd'hui des acteurs essentiels de l'arbitrage à travers l'utilisation de supports numériques [62]. En termes sociologiques, cela reflète l'apparition de nouvelles stratégies d'acquisition de capital symbolique essentiellement fondées sur la rapidité et sur la répétition.

58. V. par exemple, *Arbitral Women : www.arbitralwomen.com*.
59. Ainsi par exemple, les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, 2010 et les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, 2004 (version plus récente publiée en anglais en 2014), connaissent un fort succès dans la pratique. Les Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international, 2013 sont plus controversées mais tout permet de penser qu'elles auront un impact significatif sur le comportement des conseils dans les années à venir.
60. Le nombre de formations universitaires spécialisées en arbitrage international n'a fait qu'augmenter au cours des dernières années. V. par exemple, *Mastering the Trade : Global Arbitration Review, 26 nov. 2012*.
61. *Arbitration Academy Launches in Paris : Global Arbitration Review, 6 juill. 2011*.
62. V. par exemple, OGEMID, accessible sur Internet. – V. aussi, les groupes de discussion LinkedIn où des membres peuvent poster directement en ligne des sujets de discussion auxquels d'autres membres peuvent répondre engageant ainsi une conversation virtuelle.

31 – Enfin, après avoir ignoré l'arbitrage pendant des années, pour le meilleur ou pour le pire, les *médias* sont aujourd'hui activement engagés dans le débat concernant sa légitimité et son fonctionnement [63]. L'un des thèmes récurrents est celui de la confidentialité, l'arbitrage étant fréquemment critiqué pour être une justice non seulement « dorée » [64] mais également « secrète » [65]. Les débats auxquels a donné lieu dans la grande presse de différents États européens la négociation du Traité de libre-échange transatlantique et en particulier son mécanisme de règlement des différends sont la meilleure illustration du fait que les médias sont devenus des fournisseurs de valeurs essentiels dans le domaine, selon un mouvement qui paraît aujourd'hui irréversible [66].

32 – Le schéma suivant représente la multiplicité des acteurs qui peuplent aujourd'hui le champ social de l'arbitrage.



B. – Les rites

33 – En tant qu'acteurs appartenant au même champ social, tous ceux qui participent à la vie du monde de l'arbitrage ont développé des rites spécifiques. Il ne s'agit pas de simples activités « de type rituel » comme c'est le cas par exemple des pause-café au cours desquelles les acteurs consultent frénétiquement leur

63. V. spéc. à ce sujet, *Master arbitrage et Commerce international de l'université de Versailles en partenariat avec Assoc. française d'arbitrage, colloque L'arbitrage vu par les médias, 24 juin 2015*.
64. *Les arbitres chics des conflits privés : L'Expansion, 1er mars 2003*.
65. V. par exemple, *Investment, arbitration and secrecy – Behind closed doors : The Economist, 23 avr. 2009 ; Les secrets dorés de l'arbitrage : Le Monde, 16 juin 1992*.
66. *J.-C. Juncker plays with future of EU-US trade deal : Financial Times, 23 oct. 2014. – B. Segol, TTIP will not be approved unless ISDS is dropped : Financial Times, 27 oct. 2014 ; Will Juncker junk ISDS ? : Global Arbitration Review, 30 oct. 2014 ; Les députés européens se déchirent sur les tribunaux d'arbitrage du traité transatlantique : Le Monde, 13 juin 2015*.

téléphone, mais de véritables rites. Un rite se définit par son déroulement immuable, son attachement à la forme, sa symbolique forte et par le fait qu'il possède un caractère socialement obligatoire en dépit de son absence d'intérêt immédiat apparent [67]. L'arbitrage en connaît au moins trois.

1° L'audience arbitrale

34 – Le premier rite de l'arbitrage est l'audience arbitrale. Au cœur de la procédure arbitrale, l'audience se déroule selon une forme hautement standardisée dans laquelle les acteurs se sentent contraints d'agir d'une certaine manière bien qu'aucune règle de droit ne les y contraigne. Les parties et les arbitres s'assoient à une table en forme de U, les représentants du demandeur à la gauche du tribunal arbitral et ceux du défendeur à sa droite. L'arbitre désigné par le demandeur siégera à droite du président ou de la présidente, loin de la partie qui l'a nommé, et l'arbitre désigné par le défendeur de l'autre côté. Les avocats plaideront généralement assis et ne porteront pas leur costume traditionnel, robe ou perruque, l'atmosphère étant supposée plus cordiale que celle d'une juridiction étatique. Bien qu'aucune de ces caractéristiques ne soit essentielle au bon déroulement d'un arbitrage, leur nature de rite se manifeste par le fait que la moindre déviation par rapport à ces comportements habituels engendre une mystérieuse impression de malaise. Cette perception s'explique par la nature symbolique de chacun de ces aspects. Le positionnement traditionnel des acteurs empêche que l'un ou l'autre ne s'estime lésé de ne pas avoir pu s'installer du côté qu'il estime le plus agréable ou le plus commode. La distance entre l'arbitre et la partie qui l'a nommé est un symbole de son indépendance. Le fait que les acteurs soient en costume de ville et que les conseils plaident assis est une manifestation symbolique du fait que l'arbitrage est supposé moins âprement contentieux que la justice étatique et plus proche d'une négociation commerciale.

35 – Chaque type d'arbitrage développe ses propres rites. Les différends hautement politisés en matière d'investissement s'accommodent volontiers de l'environnement grandiose de lieux prestigieux tels que le Palais de la Paix à La Haye, qui rappellent en permanence la solennité de la justice et du droit international. Les affaires commerciales opposant des cocontractants ordinaires se dérouleront généralement dans un environnement d'affaires, dans une salle bondée d'ordinateurs, rappelant la modernité de cette forme ordinaire de justice commerciale.

2° Les tournois de reconnaissance

36 – Une deuxième et plus récente catégorie de rites de l'arbitrage international réside dans ce que l'analyse sociologique connaît sous le nom de tournois de reconnaissance. Créés en 2010, les *GAR Awards* ont connu un succès immé-

67. Sur ces caractéristiques, V. par exemple, *A. C. T. Smith et B. Stewart, Organizational Rituals : Features, Functions and Mechanisms : International Journal of Management Reviews 2011, vol. 13, p. 113.*

diat [68]. Ils distinguent non seulement les meilleurs spécialistes du monde de l'arbitrage, la meilleure équipe d'arbitrage, la meilleure « boutique » ou la meilleure équipe régionale d'arbitrage, comme le font d'autres guides [69], mais également l'arbitre le mieux préparé ou le plus efficace, l'institution la plus innovante, le meilleur discours en matière d'arbitrage, l'institution la plus prometteuse de l'année ou le développement de l'année le plus important en matière d'arbitrage. Un prix spécial est décerné chaque année à un individu de haute renommée pour ses accomplissements tout au long de sa carrière. Le processus se déroule selon une séquence immuable, dans une forme hautement symbolique et à laquelle les acteurs se sentent contraints de participer, ce qui correspond très exactement à la définition du rite [70].

37 – Comme toute compétition de cette nature, ces tournois de reconnaissance peuvent être compris de différentes manières. Pour certains, ils jouent un rôle significatif dans la création et le maintien d'une structure sociale en distribuant le prestige et la légitimité au sein du champ social. En cela, ils contribuent à assurer la cohésion du groupe. En termes néo-marxistes, ils légitiment et consolident la structuration des acteurs en classes, en faisant passer pour naturelle la division entre dominants et dominés [71]. Ces rites peuvent cependant accélérer l'émergence de nouvelles élites. On se souvient par exemple que les *Grammy Awards* ont été conçus, dans le monde de la musique, pour assurer la reconnaissance d'acteurs reconnus par le milieu mais qui n'étaient pas en mesure de se distinguer par une approche uniquement quantitative en termes de disques vendus [72]. Ils assurent par ailleurs le prestige de la communauté concernée à l'égard d'acteurs extérieurs. Toutes ces explications se cumulent, chacune contenant une part de vérité.

3° Les grand-messes arbitrales

38 – Les grand-messes arbitrales dans lesquelles se rassemblent les acteurs de l'arbitrage du monde entier, conseils, experts, acteurs confirmés et ceux qui aspirent à le devenir, constituent un troisième rite de l'arbitrage international. L'ICCA a été l'une des premières institutions à organiser des grand-messes de ce type, et ce depuis 1961 [73]. Celles-ci se tiennent tous les deux ans depuis 1976 [74], dans des lieux aussi variés que Vienne, Séoul, Paris, New Delhi, Londres, Pékin, Montréal, Dublin, Rio de Janeiro, Singapour, Miami et bientôt l'Île Maurice et Sydney. Le choix de la ville d'accueil est également un rituel en soi, avec des équipes nationales présentant leur candidature et étant assujetties à un processus

68. V. par exemple, *Paris hosts largest-ever GAR Awards : Global Arbitration Review, 13 févr. 2014*.
69. V. *supra § 21*.
70. V. *supra § 33*.
71. Pour une analyse tendant à conclure que les rites ne servent pas à unifier une communauté mais à renforcer les groupes dominants qu'elle contient, V. *S. Lukes, Political Ritual and Social Integration : Sociology 1975, vol. 9, p. 289*.
72. V. par exemple, *N. Anand et M. R. Watson, Tournament Rituals in the Evolution of Fields : the Case of the Grammy Awards : The Academy of Management Journal 2004, vol. 47, p. 59*.
73. La liste des Congrès et réunions intermédiaires de l'ICCA est disponible sur Internet.
74. Une conférence extraordinaire pour le 50e anniversaire de l'ICCA a également été organisée en 2011 à Genève.

de sélection strict administré par le *Governing Board* de l'ICCA [75], à l'image du choix de la ville destinée à accueillir les Jeux Olympiques [76]. Depuis 1997, l'IBA organise également un « *Arbitration Day* » annuel dans des lieux aussi divers que Dubaï, Londres, Séoul, Stockholm, Bogota, Paris et Washington DC. De même, depuis 1983, le CIRDI, la CCI et l'*American Arbitration Association* (AAA) ont organisé annuellement un « *Joint Colloquium on International Arbitration* » qui s'est déjà déroulé à Paris, Washington et New York. Le secrétariat du Traité sur la Charte de l'Énergie, en partenariat avec des institutions telles que la SCC, organise régulièrement des conférences consacrées au Traité depuis 2005 [77]. Il n'est guère d'institution arbitrale, voire de simple acteur de l'arbitrage, qui n'organise de temps à autre une conférence en matière d'arbitrage.

39 – Ces rassemblements accueillent un nombre d'acteurs toujours plus important. Le Congrès de l'ICCA qui s'est tenu à Miami en 2014 a rassemblé pour la première fois plus de 1000 participants [78]. L'« *Arbitration Day* » que l'IBA a organisé à Paris en 2014 en a accueilli plus de 900 [79]. Ces événements constituent à l'évidence des rites, avec leur déroulement inflexible, le comportement convenu des participants et leur caractère largement obligatoire pour tous ceux qui veulent marquer leur appartenance au monde de l'arbitrage. Les orateurs y développent leur capital symbolique et renforcent leur légitimité. Les participants démontrent par leur présence leur attachement aux valeurs de la communauté.

40 – Comme pour tout rite, plus le sacrifice est important, plus la charge symbolique est forte. L'une des fonctions essentielles du rite est en effet de départager les authentiques croyants des acteurs occasionnels. Tous ceux qui se sont rendus pour 24 heures à des milliers de kilomètres de leur domicile pour assister à l'une de ces manifestations ont éprouvé dans leur chair le caractère à la fois exaltant et en apparence vain de ce rituel représentant à l'évidence un « signe d'allégeance au groupe difficile à contrefaire et de nature à décourager les acteurs non sincères à se joindre à la communauté » [80].

---

75. Par exemple, pour les Congrès de l'ICCA, la procédure de sélection de la ville d'accueil débute 4 ans avant la date de l'événement et est régie par les règles spécifiques du Bureau de l'ICCA. La procédure est détaillée sur le site internet de l'organisation.
76. Le processus de candidature de la ville qui accueillera les prochains Jeux olympiques est administré par le Comité international olympique (CIO) et régi par la Règle 33 de la Charte olympique et son texte d'application.
77. V. Les *Conferences Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, Stockholm, 9-10 juin 2005* (publication *C. Ribeiro (éd.), Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty : Juris Publishing, Inc., 2006*). – *Investment Protection and the Energy Charter Treaty, Washington, D.C., 18 mai 2007* (publication *G. Coop et C. Ribeiro (éd.), Investment Protection and the Energy Charter Treaty : Juris Publishing, Inc., 2008*). – *Energy Dispute Resolution Conference : Investment Protection, Transit and the Energy Charter Treaty, Bruxelles, 22-23 oct. 2009*(publication *G. Coop (éd.), Energy Dispute Resolution : Investment Protection, Transit and the Energy Charter Treaty : Juris Publishing, Inc., 2011). – 10 years of Energy Charter Treaty Arbitration, Stockholm, 9 et 10 juin 2011. – 20 years of the Energy Charter Treaty, Paris, 7 mars 2014*.
78. V. *Schwebel opens ICCA Miami with defence of BITs : Global Arbitration Review, 7 avr. 2014*.
79. V. *S. Chadderton, Arbitration : what does the future hold ? : IBA Global Insight, avr.-mai 2014*.
80. V. *A. C. T. Smith et B. Stewart, supra note 67, p. 120-21, « rituals operate as gatekeepers by excluding non-believers unprepared to engage in costly actions incommensurate with benefits. (...) [c]ostly ritual*

III. – INTERACTION DES ACTEURS DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

41 – Les acteurs de l'arbitrage, de plus en plus nombreux, ayant été identifiés, il y a lieu de s'intéresser désormais à leurs interactions, de façon à apprécier, d'une part, comment ce champ social a évolué d'un modèle solidaire à un modèle polarisé (A) et, d'autre part, comment se crée la norme de droit au sein d'un champ social polarisé (B).

A. – Du modèle solidaire au modèle polarisé

42 – L'évolution la plus frappante du champ social de l'arbitrage au cours des quarante dernières années réside dans le passage de ce qu'on pourrait qualifier de « modèle solidaire » à un « modèle polarisé ».

43 – Par « modèle solidaire », on entend un modèle dans lequel un petit nombre d'acteurs occasionnels agissent tour à tour en différentes qualités (conseil, arbitre, expert) et possèdent de fortes valeurs communes. Ce modèle présente trois caractéristiques : un nombre limité d'acteurs récurrents, une absence de spécialisation des fonctions et le fait que chaque acteur possède une perception très forte du comportement attendu dans chaque fonction (objectivité absolue dans celle du président, surveillance raisonnable des intérêts de la partie l'ayant nommé dans celle de co-arbitre, un certain degré d'indépendance par rapport à son client dans la fonction de conseil et la perception très claire qu'un conseil délivrant une plaidoirie ne se confond pas avec un expert rendant un avis de droit).

44 – Le modèle « solidaire » s'oppose au modèle « polarisé ». Ce dernier est celui dans lequel il existe un grand nombre d'acteurs, dans lequel ces acteurs tendent à occuper des fonctions spécifiques et dans lequel certains acteurs se font des zélateurs de valeurs qui ne sont pas nécessairement partagées par l'ensemble de la communauté. Dans un monde de l'arbitrage comptant des milliers d'acteurs, certains agents sociaux ont en effet mis en œuvre avec succès une stratégie de diversification. Les champions de certaines causes ont émergé et les plus vocaux d'entre eux ont acquis une notoriété immédiate. Le pamphlet « *Profiting from injustice* » qui présente l'arbitrage en matière d'investissement comme destiné à servir exclusivement les intérêts de multinationales et de conseils préoccupés par leur seul appétit de gain personnel [81] demeure à ce jour le meilleur exemple d'une telle stratégie. De façon plus générale, la critique virulente du modèle dans lequel les mêmes acteurs occupent différentes fonctions selon les affaires, qui repose sur l'idée que cela constituerait un conflit d'intérêts structurel, a contribué à la segmentation des fonctions dans le monde de l'arbitrage, certains agents intervenant plus souvent comme co-arbitres, d'autres comme présidents et d'autres encore comme conseils. Bien que ce phénomène soit directement lié au développement de l'arbitrage en matière

behaviours represent hard to fake signs of commitment to a group, discouraging insincere members from joining ». – V. aussi *W. Irons, Religion as a Hard-to-Fake Sign of Commitment, in R. M. Nesse (éd.), Evolution and the Capacity for Commitment : Russel Sage Press, 2001, p. 292.*

81. *Profiting from Injustice, supra note 53.*

d'investissement, la segmentation du marché ne se limite pas à cette forme d'arbitrage. Le marché limité mais très actif des arbitrages relatifs au prix du gaz dans les contrats de fourniture à long terme en fournit un autre exemple, certains experts n'intervenant plus que du côté de l'acheteur et d'autres du côté du vendeur. Un champ dans lequel une multitude d'acteurs occupent des fonctions spécialisées et défendent des intérêts sectoriaux peut être qualifié de « polarisé ».

45 – Bien que ce changement ne soit apparu que très progressivement, il ne fait aucun doute que, en matière d'arbitrage international, l'on est passé, en l'espace de quarante ans, d'un modèle solidaire à un modèle polarisé. Cette évolution se comprend mieux si l'on s'efforce de distinguer les notions de fonction et de rôle (1°) avant d'examiner en quoi cette distinction est susceptible d'éclairer les interactions entre les acteurs (2°).

1° La distinction entre fonctions et rôles

46 – Dans un monde de l'arbitrage de plus en plus complexe et polarisé, la distinction entre fonctions et rôles peut s'avérer un instrument utile pour comprendre le positionnement des divers acteurs, les principes guidant leur conduite et leurs stratégies. Le terme « fonction » peut être utilisé pour désigner la position spécifique occupée par tel ou tel acteur social, telle que celle d'expert, conseil, co-arbitre ou président d'un tribunal arbitral. Le terme de « rôle » se réfère à l'activité sociale consistant à défendre certaines valeurs ou croyances. Dans l'arbitrage en matière d'investissement, qui constitue le plus polarisé des sous-champs de l'arbitrage international, un acteur donné peut concevoir son rôle comme consistant à défendre les intérêts des États ou à défendre ceux des investisseurs. Un tel rôle s'exercera dans toutes les activités qu'entreprendra cet acteur, qu'il s'agisse de ses travaux universitaires ou de sa participation à un tribunal arbitral, en qualité de co-arbitre ou de président. Le « rôle », ainsi défini, étant ancré dans un jeu de valeurs ou de croyances, il s'agit d'un paramètre social moins sujet au changement que celui qui s'articule autour des fonctions. En d'autres termes, si l'on accepte la distinction suggérée, le rôle est plus structurant que la fonction.

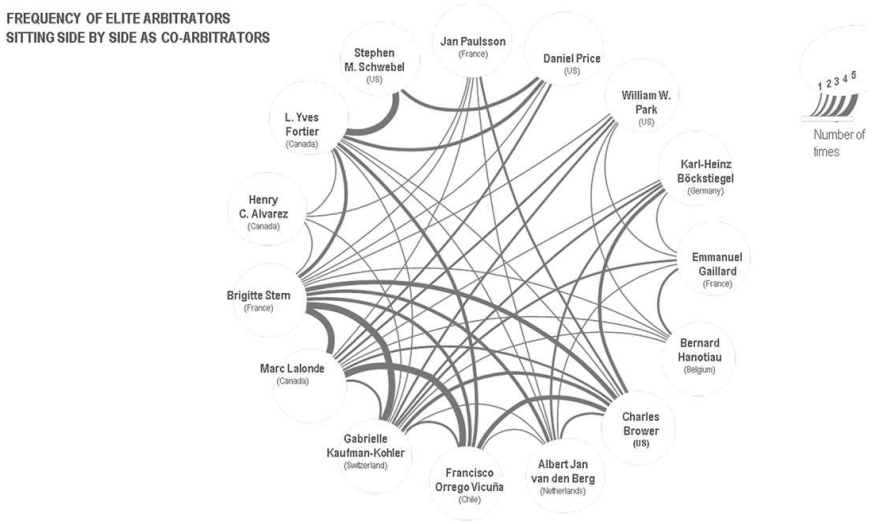
47 – Une critique souvent entendue de la composition des tribunaux arbitraux tranchant les différends relatifs aux investissements s'articule aussi autour de l'idée de fonction : il serait par nature problématique que certains acteurs puissent intervenir un jour comme conseil, un autre comme arbitre ou un autre encore comme membre d'un comité *ad hoc* chargé d'apprécier la validité d'une sentence dans un arbitrage CIRDI, même s'il s'agit d'affaires distinctes entre des parties n'ayant aucun rapport. La crainte paraît être qu'un tel acteur fasse avancer la cause d'un client en tranchant un autre différend dans un sens juridiquement favorable à ce client. L'argument est en réalité quelque peu difficile à comprendre tant il est irréaliste de penser qu'un conseil puisse utilement se fonder, pour convaincre un tribunal arbitral, sur un précédent qu'il a lui-même rendu. Quelle que soit la part du fantasme que comporte l'idée, elle est aujourd'hui devenue un cliché de l'arbitrage en matière d'investissement.

48 – On peut se demander si une réflexion fondée sur la notion de rôle ne serait pas plus féconde. Si un acteur social a pris des positions très polarisées dans l'une quelconque de ses fonctions, sa nomination comme arbitre, et surtout comme président d'un tribunal arbitral, peut soulever, aux yeux des parties et notamment de celle qui n'est pas du côté de la polarisation constatée, une interrogation plus grave que celle qui consiste à observer qu'un acteur déterminé a déjà occupé diverses fonctions dans son activité arbitrale. L'exemple est celui du président d'un tribunal arbitral qui n'a jamais été conseil mais qui a pris dans ses travaux des positions très tranchées en faveur d'un camp même si elles n'ont pas porté sur l'affaire concernée. Une variation de cet exemple est l'hypothèse dans laquelle un acteur a été nommé très fréquemment arbitre par les acteurs de l'un des camps (investisseur ou État) et se retrouve ensuite proposé pour présider un autre tribunal. Dans un monde de l'arbitrage de plus en plus polarisé, cette préoccupation pourra être au cœur des éléments que les institutions d'arbitrage ou toute autre autorité de nomination devront prendre en compte dans l'appréciation de l'indépendance et de l'impartialité requise d'un arbitre, et spécialement d'un président d'un tribunal arbitral.

2° L'interprétation des interactions entre acteurs habituels

49 – La distinction des rôles et des fonctions peut également contribuer à éclairer les interactions entre acteurs habituels de l'arbitrage. Les voix critiques les plus virulentes de l'arbitrage en matière d'investissement insistent souvent sur le fait que certains arbitres siègent très souvent les uns avec les autres dans ce qu'ils présentent au mieux comme un club et au pire comme une coterie. Elles vont jusqu'à affirmer que « la survie de l'arbitrage international d'investissement dépend du fait de conserver au club d'arbitres un caractère très étroit, fortement interconnecté et très cohésif » [82]. Au soutien de cet argument a été présenté, en 2012, un diagramme illustrant « la fréquence avec laquelle l'élite des arbitres siège côte à côte comme co-arbitres » :

82. *Profiting from Injustice, supra note 53, p. 36.*



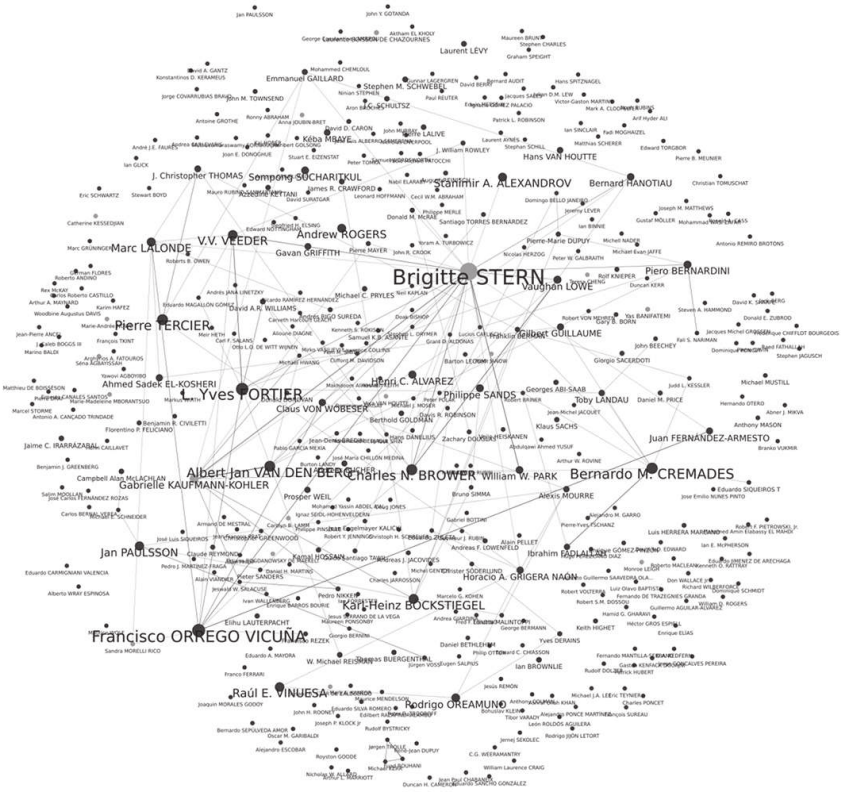
Source : *P. Eberhardt et C. Olivet, Profiting from Injustice*

50 – Même s'il repose sur des données exactes, ce diagramme ne rend pas compte de la réalité sociologique de l'activité des arbitres, et ce, pour deux raisons au moins.

51 – La première est que le choix de siéger avec tel autre arbitre n'appartient pas aux arbitres eux-mêmes mais aux parties. Le schéma est destiné à illustrer l'existence d'un club très restreint d'arbitres captant l'entier domaine et la solidarité existant entre ces arbitres. Une autre interprétation est celle du conservatisme des parties dans un domaine polarisé. Ni les investisseurs ni les États ne veulent prendre un risque quelconque. Ils ont donc tendance à nommer des arbitres qui ont fait leurs preuves et surtout des arbitres dont les valeurs paraissent correspondre à leur position procédurale. Ce désir les pousse à nommer, dans chaque camp, ceux qui leur apparaissent comme étant les plus polarisés. Le fait que le choix du président se fasse souvent d'un commun accord favorise également les arbitres les plus établis. Les institutions arbitrales s'efforcent de lutter contre le conservatisme des parties en nommant, chaque fois qu'elles en ont l'occasion, de nouveaux acteurs, mais cette politique est contrariée par l'attitude des parties dont les choix sont souvent très convenus. Plutôt que l'existence d'un petit club d'arbitres partageant les mêmes valeurs, c'est ce conservatisme qui réunit, dans des combinaisons limitées, des arbitres dont les parties attendent, pour les co-arbitres, qu'ils défendent précisément des valeurs opposées.

52 – La deuxième raison pour laquelle ce diagramme ne reflète pas la réalité sociologique de la population des arbitres est qu'il fait abstraction des centaines, voire des milliers, d'acteurs occasionnels ou qui interviennent moins fréquemment que d'autres et ne siègent que très rarement dans des configurations semblables. Une étude publiée en 2015 par le professeur Sergio Puig sur un échantillon beaucoup plus significatif, celui des arbitres intervenant sous l'égide

du CIRDI entre 1972 et février 2014 [83], le montre. L'un des schémas présentés, dont l'auteur a accepté qu'une version mise à jour de septembre 2015 figure dans le présent article, donne la représentation suivante :



© S. Puig (data) et E. G. Torrents (graphisme) 2015
ICSID's Arbitrators Network by Gender (N = 377), see Male in black (N = 360) and Female in red (N = 17)

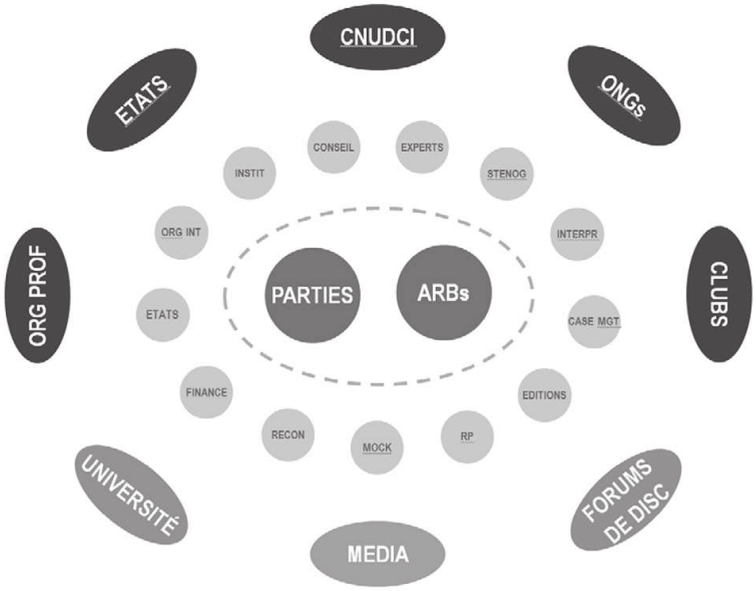
53 – Ce schéma fait apparaître une constellation de liens entre des acteurs très nombreux dont le degré de spécialisation dans l'arbitrage CIRDI est très variable. On constate également la présence d'acteurs dominants dont seule une analyse plus fine des types de nominations comme co-arbitre ou président, par les parties ou par l'institution, permet de comprendre la signification sociologique [84]. Il suffit à cette place d'observer qu'il ne s'agit pas d'un club si restreint qu'une première approximation pourrait le laisser penser et certainement pas d'un club dans lequel tous les acteurs défendent le même point de vue.

83. *S. Puig, Social Capital in the Arbitration Market : European Journal of International Law 2014, p. 387.* – V. en particulier le schéma inédit reproduit ci-dessous avec l'autorisation de l'auteur, S. Puig et de son graphiste, E. G. Torrents, proposant une version actualisée du schéma n° 2 figurant p. 410 de cet article.

84. Sur la question, V. *supra § 46 et s.*

B. – La création de la norme de droit dans un champ social polarisé

54 – L'interaction des différents acteurs intervenant dans le champ social de l'arbitrage concourt également à la formation de véritables règles de droit, par opposition à de simples pratiques socialement acceptables ou à des rites. Dans un champ polarisé, les deux modèles d'interaction possibles sont ceux de l'intégration ou du conflit. Les acteurs ayant adopté des valeurs très différentes peuvent simplement s'opposer. Une interaction plus complexe est celle de l'intégration ou de l'assimilation. Un nombre très limité d'acteurs possède en effet à la fois la capacité et une légitimité suffisante pour réunir d'autres intervenants du monde de l'arbitrage, quelle que soit la diversité de leurs vues, de façon à les inviter à dégager un consensus ou, à tout le moins, un compromis. La CNUCED et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sont susceptibles de jouer un tel rôle. Mais l'organisation internationale qui a joué le plus grand rôle en matière d'arbitrage international depuis sa création est incontestablement la CNUDCI. Celle-ci a en effet manifesté une capacité peu commune d'associer aux mêmes sessions des acteurs possédant des points de vue et des agendas très différents. Les organisations non gouvernementales, les institutions arbitrales, les organisations professionnelles telles que l'IBA y participent aux côtés des États et sont appelées, en tant qu'observateurs, à y faire valoir leur point de vue. Les universitaires spécialistes de l'arbitrage y apparaissent aussi, que ce soit au sein des délégations des États ou des organisations non gouvernementales.



© Emmanuel Gaillard 2015

55 – La sociologie des institutions enseigne que « tout système social est un champ de tensions, oscillant entre le conflit et la coopération » [85]. Certaines institutions ont la capacité d'absorber même les formes plus extrêmes de critique antisystème et de promouvoir la coopération au sein d'un champ social déterminé, de façon à permettre sa perpétuation d'une manière acceptable pour le plus grand nombre possible d'acteurs. Dans le champ social de l'arbitrage, la CNUDCI a fait preuve d'une telle capacité de manière magistrale.

56 – La question de la transparence en matière d'arbitrage investissement en fournit un exemple particulièrement net. L'idée a d'abord été avancée par un petit nombre d'acteurs, essentiellement des ONG, relayées par un nombre très limité d'États. Une campagne de promotion par voie de presse et de relations publiques de la part de ces acteurs peu nombreux mais très déterminés a progressivement fait comprendre aux États dont la position était plus conservatrice qu'ils ne parviendraient pas à tenir ce cap sans paraître mépriser ce qui était présenté comme une valeur démocratique essentielle. C'est ainsi que, parfois à contrecœur, parfois de manière très sincère, la plupart des États ont fini par soutenir le projet. En quelques années, l'idée est passée du statut de valeur controversée à celle de norme reconnue dans un règlement puis dans un traité international [86].

IV. – CONCLUSION

57 – L'analyse sociologique des acteurs du monde de l'arbitrage et de leur comportement présente, pour le juriste, un intérêt qui va au-delà de la simple curiosité pour un phénomène social important. Lorsque leurs interactions débouchent sur la création de normes qui finissent par s'imposer internationalement, elle vient confirmer, si besoin était, le caractère obsolète de la vision selon laquelle la normativité d'un arbitrage international tiendrait exclusivement à la volonté du législateur d'un État donné, fût-ce celui du siège de l'arbitrage. C'est en réalité une communauté d'acteurs, publics et privés, qui développe les standards de comportement qui deviennent les normes, socialement et parfois juridiquement obligatoires, qui concourent à l'élaboration de l'ordre juridique arbitral.

Mots-Clés : Arbitrage international - Sociologie - Arbitre - Polarisation - Conflit d'intérêts

85. V. *N. Anand et M. R. Watson, supra note 72, § 61.*
86. *Conv. Nations-Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des Traités, Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international, New York, 2015.*