

ARBITRAGE

Diverse but not diverse ? Enjeux et défis de la diversité dans l'arbitrage international

Depuis sa création en 2016, la Paris Arbitration Week (PAW) a placé la diversité au cœur de son engagement, à l'instar de l'innovation, de la durabilité et de la responsabilité sociale et environnementale. La sixième édition de l'événement débutera le 28 mars prochain avec le discours d'ouverture de Mélanie van Leeuwen, associée chez Derains & Gharavi et présidente de la Commission de l'arbitrage et ADR de la CCI, qui partagera ses réflexions sur les enjeux de la diversité dans l'arbitrage international, et notamment son rôle clé dans la qualité du processus décisionnel arbitral. Dans la perspective de cet échange, retour rapide sur les enjeux systémiques et qualitatifs, les avancées récentes et les défis de la diversité dans l'arbitrage international.



Par Sabrina Aïnouz, associée, Squire Patton Boggs, et membre du board de la Paris Arbitration Week

L'arbitrage international est divers par nature. Il s'inscrit dans un environnement global, implique des parties de différentes juridictions, cultures et traditions juridiques, dans le cadre de différends nés de projets variés à travers le monde. Dès lors, un tribunal arbitral divers, à l'image du contentieux qui lui est soumis, est vraisemblablement mieux à même de l'appréhender au plus près et au plus juste. Il y va de la représentativité et de la légitimité du système, mais également de la qualité des décisions rendues. Pourtant, si l'arbitrage international est divers par nature, force est de constater qu'il l'est moins en pratique.

Les enjeux: représentativité, légitimité et qualité

Le monde est en constant changement. L'arbitrage d'aujourd'hui doit s'adapter. Géographiquement, les acteurs changent. Plus d'un tiers de la population mondiale est en Inde et en Chine. Les contentieux nés de projets énergétiques, miniers et d'infrastructures foisonnent sur le continent africain en plein développement. Le pool restreint et homogène des arbitres actifs, majoritairement européens ou américains, multiplie les risques de conflit et renforce la défiance des praticiens et usagers qui s'estiment « sous-représentés ». Ces nouveaux acteurs du commerce international continueront-ils de recourir à un système de règlement des différends dans lequel certains d'entre eux ne se reconnaissent pas ou plus ? Rien n'est moins sûr.

De même, la gestion des sociétés internationales change drastiquement. Les révolutions médiatique et technologique posent des défis nouveaux auxquels les acteurs du commerce doivent répondre et s'adapter. Ce sont les nouvelles générations qui, ayant grandi dans les nouvelles technologies, apporteront les réponses « intelligentes » à ces nouveaux défis.

Ainsi, à l'heure où des voix s'élèvent encore contre la lenteur, le coût et le défaut de neutralité du système, la communauté arbitrale a plus que jamais besoin de sang neuf et de points de vue culturels et sociétaux nouveaux. Le conservatisme, l'exclusion des nouveaux entrants et des nouvelles idées, comme la pérennisation des habitudes confortables, ne sont pas la recette du succès dans un monde en constant changement. Ils ne sont pas non plus la recette de bonnes sentences arbitrales.

Diversité + ouverture d'esprit = meilleure décision

Au-delà de la légitimité qu'elle est susceptible d'apporter au système, la diversité du tribunal arbitral est un atout majeur de la qualité du processus décisionnel. Le constat n'est ni nouveau ni propre à l'arbitrage. Nombre d'études menées ces dernières années ont démontré que les conseils d'administration dont la composition est diverse (en genre, origine, âge...) prennent de meilleures décisions et génèrent de meilleurs résultats financiers.

Ce que la diversité apporte à un conseil d'administration, elle peut également l'apporter aux parties, aux conseils, à l'institution ou au tribunal arbitral, dans leurs missions respectives. Différentes origines, expériences et cultures juridiques favorisent nécessairement la créativité, la critique constructive et l'émergence de différentes perspectives. Elles génèrent ainsi une décision la plus juste et adaptée possible, inscrite dans son environnement politique, économique, juridique et culturel. A ce titre, la diversité – combinée à l'ouverture d'esprit des membres du tribunal, sans laquelle les fruits de la diversité ne peuvent être récoltés – contribue significativement à la qualité et l'intégrité des sentences. A l'inverse, un tribunal arbitral homogène et monolithique est susceptible de générer des

décisions moins informées et moins en phase avec la réalité pratique.

Dès lors, c'est à juste titre que la faible diversité des intervenants, en arbitrage comme ailleurs, n'est plus simplement dénoncée comme une injustice faite aux populations sous-représentées. Elle est désormais reconnue comme un problème structurel et organisationnel.

Dans la prise des décisions qui jalonnent la procédure arbitrale (initiation de la procédure, choix du conseil, constitution de l'équipe, choix des arbitres et décision même du tribunal arbitral), le réflexe est au conservatisme. Nous sommes biaisés en faveur du connu, du sûr et du confortable. Le choix d'un arbitre reconnu au sein du pool des « usual suspects » apparaît plus confortable car difficilement reprochable par un client ou une hiérarchie, en dépit d'un coût potentiellement excessif ou d'un risque de disponibilité limitée.

Nos biais inconscients, d'affinité (cette personne me ressemble), de similarité (elle pense comme moi), de confirmation (je ne perçois que l'information qui renforce mon premier jugement), ou encore de conformité (je suis le premier avis ou la majorité), peuvent nous rendre aveugles à de meilleurs choix, des choix que les avantages concurrentiels de la diversité peuvent à l'inverse ouvrir ou favoriser. Mais la conscience de nos biais, si elle est certes un premier pas dans la neutralisation de leurs effets, ne suffit à elle seule à changer les comportements.

La situation s'améliore doucement...

Les femmes ont accompli des progrès visibles dans le domaine de l'arbitrage international. Au début des années 1990, elles étaient nommées dans 2 % des cas. Les statistiques institutionnelles désormais publiées démontrent que les femmes sont aujourd'hui désignées dans 20 à 30 % des cas.

Quelques développements institutionnels méritent également d'être mentionnés. En juillet 2018, la Cour internationale d'arbitrage de la CCI devenait pleinement paritaire et le 1^{er} juillet 2021, Claudia Salomon en devenait la première femme présidente. La même année, Mélanie van Leeuwen était nommée présidente de la Commission de l'arbitrage et ADR. S'il convient de se féliciter de ces avancées, il est essentiel de ne

pas s'en contenter, au risque d'un retour des vieilles habitudes organisationnelles, perpétuées par des biais conscients ou inconscients trop ancrés.

Les femmes n'ont pas le monopole de la sous-représentation au sein du club de l'arbitrage. Un autre constat sur le terrain est celui de la sous-représentation des praticiens africains, et ce en dépit de l'explosion des contentieux arbitraux nés de projets

pétroliers, miniers et d'infrastructures conduits sur le continent. La revendication de plus de conseils et d'arbitres africains y est pourtant très vive et le talent et l'expérience ne manquent pas. Depuis 2018, la Commission Afrique de la CCI s'emploie à les promouvoir et y poursuit de nombreuses initiatives de formation.

Il reste que la nationalité, l'ethnicité, le langage, comme l'âge ou encore la condition physique, sont également de potentiels facteurs d'exclusion, consciente ou inconsciente. Là encore, la volonté ne manque pas. La création en 2021 de la ICC Task Force on Disability and Inclusion au sein de la

Commission en témoigne, s'il en était besoin.

... mais la route est encore longue

La communauté arbitrale doit continuer à se mobiliser. Les initiatives en faveur de la diversité, nombreuses ces dernières années (telles que l'ERA Pledge ou Arbitralwomen), doivent être poursuivies et intensifiées. Chaque acteur – l'usager, le conseil, l'arbitre ou l'institution – peut agir à sa portée. Comment? En proposant ou en désignant des femmes et des minorités en qualité d'arbitres, en donnant leur chance aux nouvelles générations par l'exposition, les responsabilités et les programmes de mentorat, en transmettant le savoir à travers l'enseignement et la formation, ou simplement en partageant son expérience autour d'un café.

Au-delà de l'action concrète, il convient de questionner les réflexes traditionnels, d'encourager l'ouverture à de nouveaux points de vue, de nouvelles perspectives, de nouvelles cultures, écouter toutes les idées, et prendre le temps de la décision pour engager un processus décisionnel rationnel, plutôt que de céder à une réaction, une habitude ou un confort. La route est encore longue, mais la volonté est ferme et les talents sont là. Si les biais sont tenaces, nous aussi. ■

La faible diversité des intervenants, en arbitrage comme ailleurs, n'est plus simplement dénoncée comme une injustice faite aux populations sous-représentées. Elle est désormais reconnue comme un problème structurel et organisationnel.