

# Gazette du Palais

MERCREDI 5, JEUDI 6 NOVEMBRE 2003

123<sup>e</sup> année N° 309 à 310

S P É C I A L  
A R B I T R A G E  
S P É C I A L  
A R B I T R A G E

## LES CAHIERS DE L'ARBITRAGE

N° 2003/2 – 1<sup>re</sup> partie

SÉRIE DIRIGÉE PAR  
**ALEXIS MOURRE**  
Cabinet Castaldi Mourre Sprague

*(sommaire détaillé en page 2)*

## JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS FRANÇAISES PAR ACTIONS

CETTE PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :

CAHIER 1 RÉDACTIONNEL P. 1 à 40 DIRECTION ET RÉDACTION : 12, PLACE DAUPHINE 75001 PARIS TÉL. 01 42 34 57 27 FAX : 01 46 33 21 17 E-mail : [redaction@gazette-du-palais.com](mailto:redaction@gazette-du-palais.com)

CAHIER 2 ANNONCES LÉGALES DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS (LE NOMBRE DE PAGES FIGURE DANS LE SOMMAIRE DU CAHIER 3) 8, RUE SAINT-AUGUSTIN 75080 PARIS CEDEX 02  
INSERTIONS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 00 ET 01 47 03 99 11 / FORMALITÉS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 55 / SERVEUR INTERNET JSS : <http://www.jss.fr>

CAHIER 3 ANNONCES LÉGALES DE LA GAZETTE DU PALAIS (LE NOMBRE DE PAGES FIGURE AU SOMMAIRE DE CE CAHIER) ADMINISTRATION : 3, BD DU PALAIS 75180 PARIS CEDEX 04 STANDARD : 01 44 32 01 50  
DIFFUSION : TÉL. 01 44 32 01 58, 59, 60 OU 66 FAX 01 44 32 01 61 / INSERTIONS : TÉL. 01 44 32 01 50 FAX 01 40 46 03 47 / FORMALITÉS : TÉL. 01 44 32 01 70 FAX 01 43 54 79 17

Serveur internet : <http://www.gazette-du-palais.com>

**LES CAHIERS DE L'ARBITRAGE**  
 N° 2003/2 – 1<sup>re</sup> partie

**Série dirigée par Alexis MOURRE**  
**Cabinet Castaldi Mourre Sprague**

**Avec la participation de : Ibrahim Fadlallah,  
 Emmanuel Jolivet, Serge Lazareff, Géraud de la Pradelle,  
 Priscille Pedone**

**Avant-propos**

**HOMMAGE À MICHEL GAUDET**  
 par Serge Lazareff

3

**Interview**

**L'IRRECEVABILITÉ EST-ELLE LA SANCTION APPROPRIÉE DE LA VIOLATION D'UNE  
 CLAUSE DE CONCILIATION OBLIGATOIRE ?**  
 Entretien avec **Éric Teynier** et **Alexis Mourre**  
 Propos recueillis par **Éric Bonnet**

4

**Doctrine : spécial procédure**

**L'ARBITRE ET L'OCTROI DE MESURES PROVISOIRES EX PARTE**  
 par Yves Derains

14

**LE RECOUVREMENT DE LA PROVISION POUR FRAIS DANS L'ARBITRAGE CCI :  
 DE L'OBLIGATION DES PARTIES ENTRE ELLES**  
 par Ibrahim Fadlallah

17

**DIFFICULTÉS PROCÉDURALES CAUSÉES PAR LES CLAUSES COMPROMISSOIRES  
 PARITAIRES ET LES TRIBUNAUX ARBITRAUX TRONQUÉS**  
 par Mirèze Philippe

21

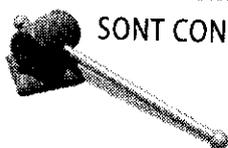
**LA DURÉE DE L'ARBITRAGE AU VU DE L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION  
 DU 7 NOVEMBRE 2002**  
 par Antoine Masson

33

**Brèves**

36

**LES VENTES PAR ADJUDICATIONS**



SONT CONSULTABLES EN LIGNE

>>> [www.gazette-du-palais.com](http://www.gazette-du-palais.com)

le site web de la Gaz.Pal.

# Difficultés procédurales causées par les clauses compromissaires paritaires et les tribunaux arbitraux tronqués

Mirèze PHILIPPE (\*)

Conseiller spécial au secrétariat de la Cour internationale d'arbitrage

de la Chambre de commerce internationale (ICC)

Le présent article se propose d'analyser les difficultés qui peuvent surgir dans deux situations voisines, mais qui doivent être distinguées : celle de tribunaux arbitraux composés dès leur constitution de deux arbitres ou d'arbitres en nombre pair, et celle de tribunaux arbitraux tronqués, c'est à dire privés de l'un de leurs membres en cours de procédure. Dans le premier cas, c'est parfois la validité même de la clause d'arbitrage qui est en cause (I). Dans le second, c'est la régularité de la procédure et, en conséquence, la validité de la sentence qui peuvent être affectées (II).

## I. DIFFICULTÉS INHÉRENTES AUX CLAUSES COMPROMISSOIRES PARITAIRES

Un tribunal arbitral paritaire est composé, dès le début de la procédure, et par la volonté des parties, de deux arbitres ou d'arbitres en nombre pair. Les parties conviennent en effet parfois, dans leurs clauses compromissaires, de confier la résolution de leur litige à deux arbitres seulement, ou à des arbitres en nombre pair, ou encore à deux arbitres pouvant faire appel à un « arbitre départiteur », appelé encore « tiers-arbitre » ou « sur-arbitre », ou « *umpire* » dans la pratique anglaise ; la mission de ce tiers est alors de départager les deux arbitres lorsque ceux-ci sont en désaccord.

Nonobstant l'autonomie de volonté des parties dans la composition du tribunal arbitral, certaines législations interdisent les tribunaux paritaires, et n'admettent pas non plus la désignation d'un arbitre départiteur (A). L'autonomie de volonté des parties peut également être limitée par les dispositions d'un règlement d'arbitrage applicable à la procédure (B).

### A – L'autonomie des parties limitée par la loi applicable à l'arbitrage

#### 1 – Le régime de l'autonomie dans les droits nationaux

L'autonomie des parties dans la composition du tribunal arbitral est généralement reconnue (a), mais

elle n'est pas sans limites (b). La parité est certes parfois permise lorsque la loi admet le recours à un arbitre départiteur, mais un tel choix constitue parfois un piège pour les parties (c).

#### a – Une autonomie reconnue

L'autonomie de la volonté des parties est un principe fondamental en matière d'arbitrage. Cela est particulièrement vrai pour ce qui concerne la composition du tribunal arbitral. L'article V (1) (d) de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (« Convention de New York ») indique ainsi que la reconnaissance et l'exécution des sentences sont refusées si « *la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut de convention, si elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu* ». La loi type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 (« loi type CNUDCI ») précise quant à elle, en son article 34 (IV), que la sentence peut être annulée si « *la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente loi* ».

#### b – Une autonomie limitée

Cependant, le respect de la volonté des parties ne suffit pas à rendre valable la constitution d'un tribunal arbitral paritaire. Tel est le cas lorsque la loi applicable à la procédure interdit la parité ; le but d'une telle interdiction est alors de protéger les parties contre les risques de blocage résultant d'un désaccord entre les arbitres.

La loi française interdit ainsi la parité depuis la réforme du droit de l'arbitrage de 1981, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage interne (articles 1453 et 1454 du nouveau Code de procédure civile), mais ne formule pas une telle interdiction en matière d'arbitrage international (article 1493 du nouveau Code de procédure civile). En cas d'arbitrage international, une clause paritaire pourra ainsi recevoir application ; lorsque l'arbitrage international se déroule en France ou lorsque les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, le président du tribunal de grande instance se limitera à intervenir pour nommer un arbitre en cas de diffi-

(\*) Les opinions exprimées sont personnelles à l'auteur et n'engagent pas l'institution. L'auteur remercie les praticiens qui lui ont fait part de leur expérience, et notamment Nabil et Naïm Antaki, Dominique Brown-Berset, Catherine Kessedjian, Karen Mills, Paolo Michael Patocchi, Carla Potok, Samir Saleh, Jacomin van Haersolte van Hof. Elle remercie également Irène Liakova et César Maïfa Azpiri, stagiaires au Secrétariat de la Cour internationale d'arbitrage de l'ICC, qui l'ont aidée dans ses recherches.

culté de constitution du tribunal arbitral <sup>(1)</sup>. Les parties à un arbitrage international ne sont donc pas tenues d'observer l'article 1454 du nouveau Code de procédure civile, qui est d'ordre public interne <sup>(2)</sup>.

D'autres pays, à l'instar du Chili ou du Nicaragua, admettent au contraire la parité, de même que la possibilité d'adjoindre au tribunal arbitral paritaire un arbitre départiteur. L'Allemagne et Djibouti donnent aussi liberté aux parties de s'accorder sur le nombre d'arbitres sans exiger l'imparité. Il en est de même de la loi américaine, qui admet, en outre, le « système *umpire* ». La loi anglaise donne également cette liberté aux parties, et leur offre la possibilité de désigner un président ou un *umpire*. Quant à la loi suisse, elle se réfère à la convention des parties sans émettre d'interdiction quant au nombre d'arbitres, et à défaut de convention, le juge du siège du tribunal arbitral applique les dispositions du droit cantonal sur la nomination des arbitres.

Mais une majorité de pays interdit la parité sans distinction quant à l'internationalité de l'arbitrage ; on peut à cet égard citer les Pays Bas, l'Italie ou l'Égypte. Et lorsque, comme c'est souvent le cas, une telle interdiction est une règle impérative, celle-ci prévaudra sur un règlement d'arbitrage contraire.

Les régimes appliqués par les droits nationaux aux clauses paritaires sont donc divers. Quant à l'article 10 de la loi type CNUDCI, celui-ci prévoit que les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres et qu'à défaut d'une telle convention, il est nommé trois arbitres.

On peut peut-être regretter le manque de flexibilité de certaines lois qui imposent l'imparité. Les clauses paritaires pourraient en effet être validées à la condition qu'un des arbitres se voie attribuer une voix prépondérante.

#### c – Le piège de l'arbitre départiteur

Les clauses prévoyant un tiers départiteur évitent certes, lorsqu'elles sont permises, les situations de blocage.

Mais il faut prendre garde aux pièges que cette pratique recèle : selon la pratique anglaise, en effet, l'*umpire* est libre d'exécuter sa mission comme il l'entend, à moins que les parties n'en aient disposé autrement dans la clause d'arbitrage ; l'*umpire* peut par exemple reprendre la procédure, ou simplement se conformer à la décision d'un des deux arbitres. Dans le premier cas, c'est une perte de temps et d'argent considérable que les parties subissent. Dans le deuxième cas, il est difficile de com-

prendre comment un arbitre qui n'a suivi aucune étape de la procédure, et qui n'a pas participé à l'instruction de l'affaire, pourra apprécier correctement la situation et se former sa propre conviction. Il est important que les trois arbitres participent à la rédaction de la sentence, qui parachève leur mission ; c'est en effet lors de la rédaction que la réflexion s'affine et la motivation discutée lors des délibérations se précise.

Pour éviter ces aléas, l'arbitre départiteur devrait d'une part être saisi du litige *ab initio* au même titre que les deux autres arbitres, et d'autre part participer aux délibérations. Mais ceci revient alors à la situation traditionnelle d'un tribunal composé de trois arbitres.

La clause d'arbitrage d'inspiration anglaise prévoyant la désignation d'un *umpire* était assez courante dans les contrats impliquant une partie anglaise, indienne ou d'autres pays de *common law*, mais tend aujourd'hui à se raréfier. Elle reste cependant fréquente dans certains secteurs économiques, tels que celui de l'assurance. Il arrive aussi que des clauses se référant à un *umpire* proviennent de contrats-typé anciens, auxquels les parties n'ont pas prêté une attention suffisante ; un auteur <sup>(3)</sup> voit même dans ce type de situations l'essentiel de la pathologie du « système *umpire* », et critique à juste raison la réforme de 1996 de la loi d'arbitrage anglaise pour avoir omis d'en éliminer la pratique.

Il convient d'éviter ici, en conclusion, la confusion entre les tribunaux avec arbitre départiteur et ceux dans lesquels un arbitre doit être remplacé. Ce dernier cas concerne en effet des tribunaux ayant été composés de trois membres dès le début de la procédure (cf. les développements ci-après concernant les tribunaux tronqués) ; en cas de remplacement, le nouvel arbitre prend alors connaissance de l'état de la procédure, et le tribunal décide ensuite si celle-ci doit se poursuivre, ou si certaines de ses étapes doivent être reprises : le nouvel arbitre participera ainsi à la procédure au même titre que les autres membres du tribunal. En revanche, dans le cas d'un tribunal paritaire prévoyant le recours à un tiers départiteur, la continuité de la procédure n'est pas assurée puisque l'arbitre départiteur peut se limiter à trancher le désaccord des deux autres arbitres sans reprendre la procédure.

## 2 – La jurisprudence :

Les tribunaux nationaux sont parfois invités à se prononcer sur la possibilité de constituer un tribunal binaire, avec ou sans *umpire*, ou à vérifier la régularité de la constitution du tribunal arbitral une fois la sentence prononcée.

(1) Philippe Fouchard « La coopération du président du Tribunal de Grande Instance à l'arbitrage », Revue de l'Arbitrage, 1985 p. 5.

(2) Daniel Cohen « La soumission de l'arbitrage international à la loi française : commentaire de l'article 1495 du nouveau Code de procédure civile », Revue de l'Arbitrage, 1991 p. 155.

(3) Carla Potok « The Umpire en droit anglais de l'arbitrage : un mécanisme de sauvegarde des droits des parties ou un double degré de juridiction ? », Gaz. Pal., Cahiers de l'Arbitrage, juin 2002, n° 156, p. 32.

En matière d'arbitrage interne français, le Tribunal de grande instance de Paris est ainsi intervenu en 1986 pour compléter un tribunal dans une affaire où les parties avaient prévu la désignation de deux arbitres et le recours à un tiers arbitre pour les départager en cas de besoin. Le Tribunal de grande instance a considéré que la clause d'arbitrage n'était pas manifestement insuffisante pour qu'il soit procédé à la constitution du tribunal arbitral, mais que son application constituait, au regard des dispositions nouvelles du décret du 12 mai 1981 imposant la règle de l'imparité, une simple difficulté qu'il appartenait au président du Tribunal de grande instance de trancher en application de l'article 1444 du nouveau Code de procédure civile (4). Les tribunaux français ont adopté à différentes occasions la même position (5) ; dans une affaire SNC-M. BE c/ Fimotel (6), la Cour d'appel de Paris a ainsi approuvé, au nom du principe de l'imparité, la désignation d'office d'un troisième arbitre par les deux arbitres nommés par les parties, alors que la clause compromissoire ne prévoyait une telle désignation qu'en cas de désaccord entre les deux arbitres. La Cour de cassation a quant à elle, dans une affaire ITM France c/ Sodexma (7), annulé un arrêt qui avait à tort déclaré manifestement nulle la clause désignant deux arbitres uniquement.

La question peut cependant se poser quant au sort de la sentence prononcée par un tribunal constitué, conformément à la clause d'arbitrage, de deux arbitres uniquement. Si les parties ne soulèvent aucune exception en cours de procédure, un recours contre la sentence doit-il être admis au nom du principe de l'imparité, lorsque la loi applicable à l'arbitrage, comme c'est le cas de la loi française en matière d'arbitrage interne, prévoit ce principe ? Mais admettre un tel recours alors que les parties n'ont pas formulé de réserves en cours de procédure ne reviendrait-il pas à fragiliser l'arbitrage en acceptant l'attitude négligente ou même dilatoire des parties, et à admettre ce que le Doyen Cornu caractérisait comme un « abus de procédés dilatoires » (8) ? Une réponse négative s'impose donc. La Cour d'appel de Paris a ainsi décidé (9) que le fait pour les parties d'avoir accepté une première sentence partielle rendue par un tribunal de deux membres les empêchait de contester pour ce

motif la validité d'une sentence subséquente rendue dans la même affaire ; les parties ont en effet renoncé à toute irrégularité en acceptant la première sentence.

Mais toutes les juridictions ne montrent pas un tel souci de respecter la volonté des parties, ainsi que l'illustre un arrêt italien malheureux. Il s'agissait en l'espèce d'un arbitrage international ayant son siège à Londres, opposant un affréteur finlandais à un armateur italien (10). Dans leur convention, les parties avaient prévu, d'une part, que chacune nommerait un arbitre et que les deux arbitres ainsi désignés nommeraient le troisième, et d'autre part que la décision de deux des trois arbitres serait définitive. Les deux arbitres désignés par les parties avaient considéré que la convention des parties devait être interprétée comme prévoyant la désignation d'un *umpire*, ainsi que la loi du siège le permettait. La Cour d'appel de Florence a cependant refusé d'accorder l'exequatur à la sentence rendue par ce tribunal paritaire, au motif que celui-ci n'avait pas été constitué conformément à la convention liant les parties (11). Or, il semble que les parties avaient tacitement accepté le tribunal ainsi composé. Il est donc difficile de comprendre les raisons pour lesquelles la Cour a ignoré leur accord, créant ainsi une situation de déni de justice en leur imposant les frais d'une seconde procédure d'arbitrage.

## B - L'autonomie des parties limitée par les règlements d'arbitrage

La majorité des règlements d'arbitrage prévoient la nomination d'un ou de trois arbitres, tels que les règlements de la CNUDCI, de l'*American Arbitration Association* (AAA), de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), du *Netherlands Arbitration Institute* (NAI), de la Chambre de Commerce de Stockholm (SCC), du *China international Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC), et enfin de la Chambre de Commerce Internationale (CCI).

Il semble que la plupart des institutions accepterait de mettre en œuvre une procédure avec deux arbitres, conformément à la volonté des parties, si la loi applicable à la procédure ne l'interdisait pas. Elles encourageraient toutefois les parties, compte tenu des risques courus par elles en cas de blocage, à s'accorder sur un ou trois arbitres.

C'est à la pratique de la CCI que nous nous attacherons plus particulièrement.

### La mission de la Cour internationale d'arbitrage

(10) Cour d'appel de Florence, 13 avril 1978, *Rederi Aktiebolaget Sally c/ slr Termarea*, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1979, p. 294.

(11) Albert Jan van den Berg, « Refus d'exécution en vertu de la Convention de New York de 1958 : quelques cas malheureux », *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, supplément spécial 1999*, p. 75.

(4) Tribunal de grande instance de Paris, 26 mars 1986, ordonnance de référé, *Société Scoa et P. Galbois c/ AGE*, *Revue de l'arbitrage*, 1987 p. 179, note Philippe Fouchard.

(5) Cf. notamment Tribunal de grande instance de Paris, 22 avril 1983, ordonnance de référé, *Société S. c/ Société G.*, *Revue de l'arbitrage*, 1983 p. 479, note Bertrand Moreau.

(6) Cour d'appel de Paris 18 avril 1989, *Sté SNC-M. BE c/ Sté Fimotel*, *Revue de l'arbitrage* 1990 p.915, note JHM et CV.

(7) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 mars 1999, *ITM France c/ Sté Sodexma*, *Revue de l'arbitrage*, 1999 p.807, note Patrice Level.

(8) Loïc Cadet « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Revue de l'arbitrage*, 1996 p. 3.

(9) Cour d'appel de Paris, 1<sup>er</sup> ch. Suppl., 27 septembre 1985, *Ets. Neu c/ Sté Improvair* (non publié).

de la CCI est de permettre la solution des différends (article 1.1 du règlement), et d'assurer l'application de son règlement (article 1.1 de l'Appendice I) quel que soit le type de clause retenu, que ce soit avec ou sans *umpire*. La Cour veille en conséquence à éviter les situations de blocage.

Sous le régime de la version de 1988 du règlement d'arbitrage de la CCI, et en présence de clauses d'arbitrage prévoyant la constitution d'un tribunal paritaire, la CCI informait les parties que la procédure ne pouvait avoir cours qu'à la condition que les parties s'accordent sur un ou trois arbitres. En effet, l'article 2.2 du règlement spécifiait que les différends peuvent être tranchés par un arbitre unique ou par trois arbitres ; de plus, l'article 19 précisait que, lorsque trois arbitres ont été désignés, la sentence est rendue à la majorité, et qu'à défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul. Il est cependant intéressant de noter que la Cour a pu mettre en œuvre une procédure dans une affaire où la clause d'arbitrage prévoyait la nomination d'un arbitre par chacune des trois parties au contrat, et la désignation d'un quatrième en qualité de président ayant voix prépondérante (*casting vote*) en cas de blocage. En effet, dans un tel cas, aucune paralysie de la procédure n'était à craindre.

Concernant les clauses avec *umpire*, et toujours dans le cadre du règlement de 1988, la CCI informait les parties qu'elle interprétait la référence à un *umpire* comme désignant le président du tribunal arbitral conformément à l'article 2.4, et qu'il serait en conséquence procédé à la nomination d'un tel président. Dans certaines affaires, les parties consentaient à la constitution d'un tel tribunal tripartite. Lorsqu'une des parties insistait sur la constitution d'un tribunal bi-partite, la procédure n'était pas mise en œuvre ; les parties conservaient alors, bien entendu, la possibilité de se pourvoir auprès des tribunaux judiciaires ou de soumettre leur litige à un tribunal *ad hoc* constitué selon leurs souhaits. Il n'était bien sûr pas possible, sauf à faire peser un risque d'annulation sur la sentence à la demande de la partie réfractaire sur le fondement de l'article V (1) (d) de la Convention de New York, d'aller contre la volonté des parties en constituant un tribunal tri-partite alors que la clause faisait référence à un tribunal binaire...

La version 1998 du règlement permet désormais de déroger (article 7.6) à la règle de l'imparité (article 8.1). La Cour s'assurera toutefois que le droit applicable à la procédure permet la mise en œuvre de l'arbitrage avec deux arbitres seulement, et que la clause prévoit une solution en cas de blocage. Ainsi, dans une affaire à l'occasion de laquelle la clause prévoyait la nomination de deux arbitres et la désignation d'un troisième si les deux arbitres ne

s'entendaient pas sur la décision à rendre dans le délai fixé dans la clause, la Cour a constaté, avant de mettre en œuvre la procédure, qu'il existait une issue en cas de blocage. Un auteur a pourtant exprimé un doute quant à la possibilité que les nouvelles dispositions du règlement d'arbitrage de la CCI permettent l'organisation de procédures d'arbitrage avec *umpire* (12). Ce doute n'est pas nécessairement fondé, et la Cour d'arbitrage de la CCI n'a pas encore eu, à ce jour, à se prononcer sur une telle possibilité. Il est cependant vrai que certaines dispositions du règlement CCI peuvent susciter des interrogations : la procédure doit-elle être reprise avec l'*umpire* une fois celui-ci désigné (articles 2.12 (1988) et 12.4 (1998)), ou l'*umpire* se contenterait-il de se conformer à l'avis d'un des deux arbitres sans avoir préalablement délibéré avec eux ? En outre, l'*umpire* peut-il être considéré comme un président ayant le pouvoir de statuer seul à défaut de majorité (articles 19 (1988) et 25 (1998)), dès lors qu'il ne préside pas mais se limite à départager les arbitres ? Enfin, la mission de l'arbitre départiteur consistant simplement à dégager une majorité, à qui doit alors être soumise la demande de correction ou d'interprétation d'une sentence (article 29 (1998)) ?

## II. DIFFICULTÉS RENCONTRÉES EN PRÉSENCE DE TRIBUNAUX TRONQUÉS

Un tribunal arbitral tronqué est celui qui se trouve privé d'un de ses membres en cours de procédure, non par suite de la volonté des parties, mais en raison du décès, de la démission ou de la récusation d'un des arbitres. Les tribunaux tronqués ne sont pas un fait récent, et un auteur a trouvé trace d'une telle situation dans une affaire remontant à 1681 (13).

Lorsqu'un tribunal est privé d'un de ses membres, il doit normalement être complété. Le remplacement d'un arbitre peut cependant être un facteur de perte de temps et d'argent. Mais il est certainement préférable de remplacer un arbitre défaillant lorsque la procédure ne se trouve pas encore dans une phase avancée, que de risquer de voir la sentence invalidée pour cause d'irrégularité dans la composition du tribunal. Il se peut en revanche dans certains cas, notamment lorsque la procédure se trouve déjà trop avancée, qu'il soit préférable de la poursuivre avec les arbitres restants, à condition bien entendu que la loi applicable à la procédure le permette, et que le règlement d'arbitrage applicable l'envisage ou que les parties l'acceptent expressément.

(12) Stephen Bond, « La Constitution du Tribunal Arbitral », in Le nouveau Règlement d'arbitrage 1998 de la CCI, Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, Supplément spécial n° 586, 1997, p. 22.

(13) Pierre Lalive « Du nouveau sur les Tribunaux arbitraux tronqués ? », ASA Bulletin, 1999, n° 2, p. 211.

Le tribunal arbitral peut se trouver tronqué sans manœuvres dilatoires (A) ou par suite de manœuvres d'une partie (B).

#### **A – Tribunal arbitral tronqué sans manœuvres dilatoires**

##### **1 – Situations engendrant des tribunaux tronqués**

Un tribunal peut se trouver tronqué à la suite du décès d'un arbitre (a), de sa démission pour une raison valable et justifiée (b), de sa récusation pour juste motif (c), ou pour d'autres raisons (d).

###### *a – Décès d'un arbitre*

Dans une affaire administrée par la CCI, un arbitre est décédé entre le délibéré de la sentence et sa signature. Pour approuver le projet de sentence soumis par les deux arbitres restants, la Cour d'arbitrage de la CCI a considéré que l'élaboration du projet par les trois arbitres exprimait leur décision ; elle a en outre tenu compte du fait que les modifications apportées au projet par le président avaient été acceptées par les co-arbitres, et que l'arbitre décédé avait annoncé qu'il signerait la sentence lors de son prochain passage à Paris. La Cour a également examiné le droit applicable à la procédure, et a noté que la sentence pouvait être rendue sans la signature d'un des trois arbitres. Il faut observer qu'aucune disposition du règlement d'arbitrage de la CCI ne s'oppose à la signature de la sentence par deux arbitres.

Dans deux autres affaires similaires administrées par la CCI, le projet de sentence était d'ores et déjà signé par l'arbitre décédé – bien que la signature de la sentence à l'état de projet ne soit pas la pratique – ce qui ne laissait aucun doute sur son accord.

Une quatrième affaire de ce type concernait le souhait des parties d'obtenir une sentence d'accord parties suite au règlement amiable de leur litige, alors qu'un des arbitres était entre-temps décédé. Le tribunal arbitral a alors demandé aux parties leur accord exprès afin que les deux arbitres restants puissent rédiger la sentence d'accord. L'acceptation des parties fut annexée à la sentence.

Dans une cinquième affaire, les parties n'avaient pas souhaité remplacer l'arbitre décédé, et avaient demandé aux deux arbitres restants de poursuivre leur mission. Le droit applicable à la procédure ne s'opposait pas à une telle situation, et les deux arbitres restants ont indiqué dans leurs sentences (partielle et finale) que les parties avaient consenti à la poursuite de la procédure avec deux arbitres seulement.

###### *b – Démission d'un arbitre*

Une affaire d'arbitrage *ad hoc*, IBM-Fujitsu <sup>(14)</sup>, illustre un cas de démission légitime, c'est à dire non motivée par une volonté de nuire à la procédure. Cette affaire concernait une procédure d'arbitrage dans laquelle s'était instauré un état d'esprit extrêmement consensuel au sein du tribunal, lequel avait su rendre un certain nombre de décisions unanimes. Le tribunal avait d'ailleurs indiqué aux parties que les arbitres qu'elles avaient respectivement désignés ne joueraient pas de rôle partisan, et qu'aucun contact *ex parte* n'aurait lieu avec eux. Le président du tribunal ayant démissionné, les parties ont souhaité que les deux co-arbitres restants poursuivent leur mission comme tribunal paritaire, avec la possibilité de faire appel à un troisième en cas de besoin. Cette affaire permet de relever de façon incidente l'importance que les parties peuvent attacher à la décision unanime des arbitres ; cette unanimité leur permet en effet souvent de se convaincre que la décision prise par le tribunal était justifiée, et qu'il n'y en avait pas d'autre possible.

###### *c – Récusation d'un arbitre*

La question du remplacement éventuel d'un arbitre s'est également posée à l'occasion d'une affaire administrée par la CCI, dans laquelle un arbitre avait été récusé. Les parties et les arbitres avaient alors, d'un commun accord, décidé de maintenir les audiences programmées longtemps à l'avance, et avaient signé un accord dans lequel il était noté que (i) l'arbitre récusé considérait la récusation non justifiée, mais reconnaissait la perte de confiance de la partie qui l'avait récusé, le poussant ainsi à démissionner, que (ii) les parties désiraient poursuivre la procédure aussi rapidement que possible, et sans frais supplémentaires, que (iii) les parties et les deux arbitres restants acceptaient de continuer seuls l'arbitrage, qu'elles (iv) ratifiaient tous les actes précédents et les décisions du tribunal arbitral tel qu'il avait été antérieurement constitué, que (v) les deux arbitres restants avaient les mêmes pouvoirs que le tribunal antérieurement constitué de trois arbitres, que (vi) dans le cas où les deux arbitres restants ne parviendraient pas à s'entendre sur une ou plusieurs questions, ils en informeraient les parties, et que la partie dont l'arbitre avait été récusé s'empresserait alors de nommer l'arbitre manquant, et enfin que (vii), dans ce dernier cas, le troisième arbitre participerait à l'établissement de la sentence.

La CCI a alors exprimé son inquiétude quant à la conduite de la procédure, laquelle apparaissait ne plus être conforme au règlement de 1988 alors applicable (lequel, comme nous l'avons dit, ne contenait pas de dispositions relatives aux tribu-

(14) Robert Mnookin « Creating value through process design », *Journal of International Arbitration*, 1994 p. 125, à propos de l'affaire IBM Fujitsu.

naux tronqués). Elle a donc invité les arbitres à lui confirmer que la poursuite de la procédure dans ces conditions était conforme au droit applicable à la procédure. Cette interrogation suscita alors la conclusion d'un deuxième accord procédural, par lequel la partie dont l'arbitre avait été récusé s'engageait à nommer un nouvel arbitre dans les meilleurs délais. Le tribunal confirma également que les accords ainsi signés couvraient la période durant laquelle le tribunal s'était trouvé amputé d'un de ses membres. L'attitude de l'arbitre récusé et de la partie qui l'avait nommé illustrent la façon dont les risques liés à l'amputation d'un tribunal peuvent être surmontés lorsque cette amputation n'est pas le fruit de manœuvres dilatoires d'une des parties.

#### *d - Autres causes d'amputation du tribunal*

D'autres circonstances peuvent conduire à tronquer involontairement un tribunal arbitral : il en est ainsi de la dégradation de l'état de santé d'un des arbitres, ou de l'injonction par des juridictions étatiques interdisant la poursuite de la procédure. Mais il se peut également, quoique ce type de situation soit plutôt rare, qu'un arbitre veuille se désister parce qu'il n'adhère pas aux prises de position des autres arbitres. L'auteur peut à cet égard mentionner le cas d'un arbitre lui ayant un jour fait part de la préoccupation que lui causait une affaire dans laquelle les deux autres arbitres favorisaient sans justification la partie demanderesse. Cet arbitre avait le choix de démissionner ou d'émettre une opinion dissidente. Mais la solution de l'opinion dissidente n'est pas toujours la meilleure, car l'arbitre dissident peut être taxé de partialité, quoiqu'en réalité ce ne soit pas nécessairement le cas. L'arbitre en question craignait donc qu'une opinion dissidente ne viole le secret des délibérations et ne jette un trouble dans l'esprit de la partie injustement défavorisée. La solution de la démission n'était cependant pas préférable, car elle impliquait la reconstitution du tribunal arbitral, voire même la reprise d'une partie de la procédure, ce qui aurait retardé son issue. Cet arbitre opta en définitive pour une solution médiane et sage, consistant à signer la sentence en indiquant qu'il était dissident, mais sans mentionner les motifs de son désaccord.

## **2 - Régime juridique des tribunaux tronqués : normes nationales et pratique arbitrale**

Il convient ici d'examiner les questions relatives (a) au devoir de l'arbitre de mener sa mission jusqu'à son terme et au régime de la démission, et (b) à la possibilité pour un tribunal tronqué de poursuivre sa mission en l'absence du troisième arbitre.

### *a - Devoir de l'arbitre de mener sa mission jusqu'à son terme*

Sauf circonstances exceptionnelles, telles que des problèmes sérieux de santé ou l'apparition d'une situation de conflit d'intérêts, tout arbitre est tenu d'accomplir sa mission jusqu'à la conclusion de la procédure<sup>(15)</sup>. Il s'agit là d'un devoir de l'arbitre envers toutes les parties, et non seulement envers celle qui l'a désigné. Certaines lois, plutôt rares, prévoient des sanctions à l'encontre de l'arbitre violant cette obligation sans raison valable ; tel est le cas de la loi équatorienne de 1997 sur l'arbitrage et la médiation, qui dispose qu'un arbitre qui accepte sa mission est tenu de la poursuivre jusqu'au bout, et est responsable de tout dommage causé aux parties par sa défaillance ou ses agissements injustifiés.

La loi type CNUDCI est silencieuse quant au devoir de l'arbitre de mener sa mission jusqu'à sa conclusion. D'autres lois font mention d'un tel devoir de l'arbitre, mais sans prévoir la sanction de son manquement éventuel : tel est le cas de la loi française, qui se limite à disposer, à l'article 1462 du nouveau Code de procédure civile, que l'arbitre doit poursuivre sa mission jusqu'à son terme.

S'agissant des règlements d'arbitrage, celui de la CCI semble être un des rares à stipuler clairement que l'arbitre qui accepte sa mission s'engage à l'accomplir jusqu'à son terme (article 7.5). La plupart des autres règlements d'arbitrage sont muets sur la question. Celle-ci revêt portant une importance fondamentale. Le Professeur Georges Scelle, rapporteur spécial de la Commission de droit international des Nations Unies, indiquait ainsi, dans un rapport de 1949 sur la procédure arbitrale, que « *le retrait spontané d'un arbitre est inadmissible ; l'arbitre n'était pas obligé d'accepter la mission qui lui a été confiée, mais une fois acceptée il ne peut plus renoncer à sa mission* »<sup>(16)</sup>.

Il est cependant difficile de trouver une sanction adéquate au manquement, ainsi que l'illustre une ordonnance du Président du Tribunal de commerce de Paris ayant refusé de se prononcer sur la démission d'un arbitre au motif que le juge « *ne saurait, en délivrant une injonction à l'arbitre défaillant, tenter de le contraindre à reprendre et poursuivre l'exercice d'une fonction aussi éminemment personnelle que celle de juger* »<sup>(17)</sup>.

En réalité, le manquement de l'arbitre relève de

(15) Éric Schwartz « Les droits et les devoirs des arbitres CCI », in *Le Statut de l'arbitre*, Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, Supplément spécial, décembre 1995, n° 564, p. 72 (rapports d'un groupe de travail de la Commission de l'arbitrage international de la CCI sous la présidence de Philippe Fouchard).

(16) Stephen Schwebel « The authority of truncated international arbitral tribunals » in *International Arbitration : three salient problems*, Grotius Publications Limited, 1987.

(17) Emmanuel Gaillard « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », *Revue de l'arbitrage*, 1990 p. 759.

la responsabilité contractuelle. C'est donc le contrat d'arbitre qu'il convient d'interroger en premier lieu. L'article 25 de la loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 dispose ainsi que les parties sont libres de régler avec l'arbitre les conséquences de la responsabilité que ce dernier peut encourir du fait de sa démission, et des frais et honoraires auxquels il peut prétendre en un tel cas. Mais à défaut d'accord, le juge peut intervenir : un arbitre démissionnaire peut ainsi demander au juge de lui donner un *quittus* (*grant a relief from any liability incurred by him*), et ce dernier le lui accordera s'il estime, compte tenu des circonstances, que la démission de l'arbitre est légitime. La loi anglaise encadre donc de façon particulièrement intéressante le régime de la démission et ses effets. Un tel cadre normatif poussera l'arbitre à peser attentivement toute décision risquant de perturber la procédure.

La liberté de l'arbitre de démissionner n'est donc pas sans limites. La pratique arbitrale de la CCI le montre. En effet, selon l'article 12.1 du règlement de la CCI, la démission d'un arbitre doit être acceptée par la Cour. La Cour peut donc examiner les circonstances d'une démission, et la refuser lorsque celle-ci semble injustifiée. La Cour a ainsi eu, à plusieurs reprises, l'occasion de ne pas accepter des démissions survenant en fin de procédure.

Certains autres règlements d'arbitrage comportent aussi une telle disposition : l'article 10 du règlement de l'*American Arbitration Association* donne ainsi pouvoir à l'administrateur d'apprécier la légitimité des motifs d'une démission d'arbitre. Mais la majeure partie des règlements ne prévoient pas une telle possibilité. On peut cependant citer ici le règlement de la Chambre de commerce et d'industrie portugaise, qui prévoit que des arbitres qui bloquent sans raison le prononcé d'une sentence sont responsables des dommages causés par leur obstruction.

#### *b - Poursuite de la procédure par un tribunal tronqué :*

Les lois nationales envisagent de diverses façons la possibilité pour un tribunal tronqué de poursuivre la procédure. Deux exemples illustreront ces différences.

L'article 1464 du nouveau Code de procédure civile français, applicable à l'arbitrage interne, dispose qu'une des raisons pour lesquelles l'instance arbitrale prend fin est l'abstention d'un arbitre ; mais la loi française demeure silencieuse en ce qui concerne l'arbitrage international. L'article 30.1 de la loi suédoise sur l'arbitrage (ainsi que le règlement de la Chambre de Commerce de Stockholm, tous deux étant entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1999) dispose en revanche que, si un arbitre s'abstient de participer sans raison valable aux délibérations du tribunal, son abstention n'empêchera pas qu'une

décision soit rendue par les autres arbitres. Cette disposition est destinée, comme le relève un auteur<sup>(18)</sup>, à empêcher qu'un arbitre fasse obstruction à la procédure.

L'examen des règlements d'arbitrage institutionnels révèle la même diversité.

Certains règlements sont muets à cet égard. D'autres comportent des dispositions expresses ; les règlements de l'*American Arbitration Association* et de la *London Court of International Arbitration* prévoient ainsi que si un des trois arbitres s'abstient de participer aux travaux du tribunal arbitral ou à toute prise de décision, les deux autres peuvent poursuivre l'arbitrage et rendre toute décision malgré l'abstention du troisième arbitre. Ces règlements prévoient aussi que les arbitres doivent, pour décider de poursuivre seuls la procédure, prendre en considération le stade auquel se trouve la procédure, et que s'ils décident de ne pas la poursuivre sans la participation d'un troisième arbitre, il est procédé au remplacement de l'arbitre défaillant. Il est intéressant de constater que ces dispositions font référence non seulement aux cas de démissions, mais également à ceux dans lesquels un arbitre non démissionnaire s'abstiendrait de participer aux travaux du tribunal.

On peut cependant se poser la question de savoir si ces règlements, qui donnent pouvoir aux arbitres de décider seuls de la poursuite de la procédure, sont bien respectueux de la volonté des parties, qui pourraient préférer la reconstitution du tribunal arbitral. Certains règlements, tels celui de l'OMPI ou de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, subordonnent ainsi la faculté pour les arbitres de poursuivre la procédure à l'absence d'un accord contraire des parties.

Le règlement de la CCI a cherché à aborder la question de façon plus équilibrée<sup>(19)</sup>. Son article 12.5 pose en effet plusieurs conditions à la poursuite de la procédure par le tribunal tronqué ; il convient d'abord de relever qu'à la différence des règlements qui viennent d'être cités, cette disposition n'est applicable qu'aux cas où un arbitre ne fait effectivement plus partie du tribunal, et non à ceux de simple passivité d'un arbitre<sup>(20)</sup>. Selon ce texte, la possibilité de ne pas remplacer un arbitre n'est alors ouverte que si les débats sont clos. D'autre part, la décision sera prise par la Cour, et non par les arbitres<sup>(21)</sup>, laquelle tiendra compte des observations des arbitres restants, de celles formulées par

(18) Sigvard Jarvin « La nouvelle loi suédoise sur l'arbitrage », *Revue de l'Arbitrage*, 2000 p.27.

(19) Jamal Seifi « The legality of Truncated Arbitral Tribunals (public and private) : an overview in the wake of the 1998 ICC Rules of Arbitration », *Journal of International Arbitration*, 2000 p. 3.

(20) Yves Derains and Eric Schwartz « A guide to the new ICC Rules of arbitration », *Kluwer*, 1998 p. 195.

(21) Mirèze Philippe « Révision du Règlement d'Arbitrage de la CCI », *Daloz Affaires*, 1998 p. 1426.

les parties, ainsi que de tout autre élément pertinent. Cette solution, consistant à tenir compte des observations des parties sans leur remettre la décision, nous paraît préférable à celle retenue par d'autres règlements. Il est en effet difficile d'ignorer l'opinion des parties sur une question telle que la continuation d'une procédure par un tribunal tronqué.

La continuation de la procédure par un tribunal tronqué implique que les deux arbitres restants aient la possibilité de signer seuls la sentence.

L'article 29 de la loi type CNUDCI indique à cet égard que toute décision du tribunal arbitral est, sauf convention contraire des parties, prise à la majorité de ses membres, et l'article 31 précise que la sentence est signée par l'arbitre ou les arbitres, et que la signature de la majorité des membres du tribunal arbitral suffit, pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission de l'arbitre qui s'abstient.

La loi française dispose quant à elle que la sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix (article 1470 du nouveau Code de procédure civile), signée par tous les arbitres (article 1473 du nouveau Code de procédure civile), et que le refus de signer d'un arbitre minoritaire doit être mentionné dans la sentence.

La plupart des règlements d'arbitrage accordent aux arbitres le pouvoir de rendre des décisions à la majorité en faisant mention du refus de signature de l'arbitre minoritaire. Le règlement de la CCI (article 25.1) donne ainsi pouvoir au président du tribunal arbitral de statuer seul à défaut de majorité. Cette disposition traduit le souci de la Cour de ménager au tribunal arbitral le maximum de chances de parvenir à une décision. Le règlement de l'Institution allemande d'arbitrage (DIS) donne pouvoir à la majorité de rendre une décision si un arbitre refuse de participer au vote. Le *Danish Institute for Arbitration* admet de même manière que la sentence puisse être rendue par deux des trois arbitres si l'un d'eux refuse de participer à la préparation et/ou à la rédaction de la sentence, ce qui sous-entendrait que cet arbitre ait au moins participé aux délibérations.

Ainsi que l'a relevé un auteur <sup>(22)</sup>, le règlement d'arbitrage de la CNUDCI couvre également les difficultés causées par des tribunaux tronqués et par les sentences rendues par de tels tribunaux. Les dispositions pertinentes de ce règlement sont à cet égard (i) l'article 15.1, qui indique que « *le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité* », (ii) l'article 31.1 qui précise que « *lorsque les arbitres sont au nombre*

*de trois, toute sentence ou autre décision du tribunal arbitral est rendue à la majorité* », et (iii) l'article 32.4, qui énonce que « *lorsque les arbitres sont au nombre de trois et que la signature de l'un d'eux manque, le motif de cette absence de signature est mentionné dans la sentence* ».

Les mêmes dispositions se retrouvent dans d'autres règlements. Celles-ci ne semblent cependant pas suffisantes, comme nous le verrons, à permettre aux juridictions étatiques de reconnaître la validité de sentences rendues par deux arbitres, notamment lorsque le troisième a démissionné.

## B – Tribunal arbitral tronqué suite à des manœuvres dilatoires

### 1 – Cas de tribunaux tronqués à une étape avancée de la procédure

Normalement, tous les arbitres doivent prendre part à toutes les étapes de la procédure arbitrale et à la préparation de la sentence. Toute attitude d'un arbitre destinée à empêcher délibérément la poursuite normale d'une procédure et le prononcé d'une sentence peut donc être considérée dilatoire, et en tout cas contraire à la bonne foi procédurale. Il est peu probable qu'un arbitre usant de telles tactiques dilatoires le fasse de son propre chef, et sans instructions de la partie qui l'a nommé.

Les manœuvres dilatoires auxquelles une partie peut recourir ne se limitent pas à la récusation d'un arbitre <sup>(23)</sup>. L'arbitre qui démissionne, s'abstient ou disparaît brutalement à une étape avancée de la procédure, et ce sans raison valable et sans aucune justification, peut avoir été animé par une volonté de torpiller la procédure, ou plus simplement de la retarder. L'arbitre aura ainsi agi pour satisfaire aux instructions reçues de la partie l'ayant nommé, ou encore, lorsque cette partie est un État, dans le but d'échapper aux pressions ou aux menaces que cet État exerce sur lui. Généralement, ces manœuvres interviennent en fin de procédure, au moment où elles portent le plus sévèrement atteinte à l'arbitrage.

De telles manœuvres peuvent se manifester de diverses manières.

Dans une affaire opposant une partie américaine à une partie roumaine, la défenderesse, réalisant que l'issue de la procédure lui serait défavorable, a trouvé un soutien auprès de l'arbitre qu'elle a nommé, lequel a totalement disparu après le délibéré. Les deux autres arbitres ont alors rédigé la sentence et tenté inlassablement d'obtenir des commentaires de l'arbitre silencieux. Souhaitant mettre la sentence à l'abri de toute attaque, ils ont adressé une dernière fois le projet de sentence à l'arbitre réfractaire et lui ont indiqué que, faute de

(22) Scott Donahay « The Uncitral arbitration rules and the truncated tribunal », *American Review of International Arbitration*, vol. 4, n° 2, 1991 p. 191.

(23) Mirèze Philippe et Philippe Blondeau « Comment se manifestent certaines tactiques dilatoires dans l'arbitrage », *D. aff.*, 1999 p. 1097.

commentaires de sa part dans un certain délai, ils considéreraient acquis son accord sur le projet. L'arbitre défaillant est resté muet jusqu'au jour où il s'est agi de toucher ses honoraires, et ce n'est qu'alors que celui-ci a finalement accepté de signer la sentence. Par son attitude, cet arbitre a ainsi réussi à retarder la procédure de plusieurs mois.

Dans un autre cas, un arbitre désigné par la partie défenderesse a refusé de signer la sentence en prétextant ne plus être d'accord sur la décision à laquelle le tribunal était parvenu. Cet arbitre avait pourtant reconnu avoir participé aux délibérations, avoir abouti à une décision unanime, et avoir soumis ses commentaires sur le projet de sentence. Mais il prétendait qu'après réflexion, certains points lui apparaissaient ne pas avoir été suffisamment examinés. Les deux autres arbitres avaient alors indiqué que tous les points avaient au contraire été attentivement considérés, et qu'il n'existait aucune erreur de leur part dans l'interprétation des faits. L'arbitre réfractaire a alors indiqué que non seulement il ne pouvait pas apposer sa signature sur la sentence, mais qu'il estimait devoir démissionner du tribunal arbitral ; sa démission n'a cependant pas été acceptée par la Cour d'arbitrage de la CCI, qui administrait la procédure.

Dans une des multiples affaires soumises au tribunal des différends Irano-Américain, une sentence a été rendue par deux arbitres en l'absence de l'arbitre iranien, qui avait cessé de participer à la procédure et qui n'avait pas soumis de commentaires sur le projet de sentence qui lui avait été adressé par les deux autres arbitres (24). L'arbitre iranien prétendait, entre autres motifs de son refus de participer, n'avoir pas été informé des réunions de délibérations. Celui-ci a ensuite démissionné. Le gouvernement américain a alors fait remarquer que la démission d'un arbitre n'a pas d'effet légal tant qu'elle n'a pas été soumise au tribunal et acceptée par celui-ci, et qu'un arbitre ne peut démissionner sans raison valable et sans avoir préalablement accompli sa mission.

Les manœuvres ainsi exercées pour tronquer le tribunal peuvent aller jusqu'au kidnapping d'un arbitre pour l'empêcher d'exercer sa mission, ou plus simplement au prononcé par les juridictions d'un État d'une injonction d'interrompre la procédure, ayant pour effet de forcer l'arbitre ressortissant de cet État à se retirer ; c'est ce qui a été allégué dans un arbitrage opposant des investisseurs américains au gouvernement de la République d'Indonésie (25). Dans le cas que nous venons de citer, le tribunal ainsi tronqué a estimé que l'État

indonésien ne devait pas tirer profit de l'absence de l'arbitre qu'il avait nommé, et a décidé de poursuivre la procédure.

Dans les affaires examinées par l'auteur, publiées ou non publiées, il s'est avéré que l'arbitre défaillant ou ayant abusivement démissionné n'était pas toujours celui nommé par la partie défenderesse, mais parfois aussi celui désigné par la partie demanderesse ; tel fut le cas dans les affaires *Milutinovic c/ Deutsche Babcock* (26), *IMR c/ Lynx* (27), *X Ltd c/ Y BV* (28), et dans l'affaire *ATC-CFCO c/ Comilog* (29). On peut aussi constater que la partie usant de manœuvres dilatoires n'est pas toujours une partie étatique. Les retraits abusifs d'arbitres interviennent souvent au stade des délibérations. Enfin, ces manœuvres débouchent généralement sur un recours dirigé contre la sentence par la partie qui a tenté de torpiller la procédure.

Selon Stephen Schwebel (30), le désistement abusif d'un arbitre constitue une violation du contrat portant sur la constitution du tribunal, « *sinon dans la lettre, au moins dans l'esprit, car les parties ne peuvent normalement être réputées avoir autorisé un tel désistement* ». Cet auteur ajoute qu'un tel désistement « *est tellement illégal au regard du droit international* » que ni l'arbitre démissionnaire, ni la partie qui l'a nommé, ne devraient pouvoir contester la validité de la sentence rendue par les deux autres arbitres. Reprenant le rapport précité du Professeur Georges Scelle, l'auteur indique également (31) que le retrait d'un arbitre dans des circonstances douteuses est destiné à saboter l'arbitrage et que c'est « *non seulement injustifiable au regard de la bonne foi, mais entièrement contraire au droit* ». Un autre auteur (32) a quant à lui estimé que la carence d'un arbitre absent ne doit pas frustrer l'issue du litige et le travail des autres membres du tribunal, et que l'article 32.4 du règlement d'arbitrage de la CNU-DCI, qui ne fait état que du refus de signature de la sentence, ne permet pas à un arbitre de s'abstenir de participer aux délibérations.

Il n'est pas douteux que l'arbitre qui fait obstruction à la procédure viole gravement ses obligations. La Cour de cassation zurichoise a ainsi consi-

(24) M. A. Solhchi « The validity of truncated tribunal proceedings and awards », *Arbitration International*, vol. 9, n° 3, 1993 p. 303.

(25) Karen Mills « Judicial attitudes to the enforcement of arbitral awards : Indonesia », *Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, May 2002, vol. 68, n° 2 ; cf. également « Un extraordinaire cas pathologique », *ASA Bulletin*, 1999, n° 4, p. 511 (auteur anonyme).

(26) Cour de cassation de Zürich, 10 février 1988, *X c/ Y AG*, *Bulletin ASA*, 1988 p. 128 (affaire *Milutinovic*).

(27) Cass. 2° civ., 28 janvier 1981, *Industria Motora Rakovica c/ Lynx Machinery Ltd*, *Revue de l'arbitrage*, 1982 p. 425, note Philippe Fouchard.

(28) Tribunal Fédéral Suisse, 1° Cour Civile, 1 février 2002, *X Ltd c/ Y BV*, ATF 128 III 234. [http://www.polyreg.ch/bgeunpubliziert/Jahr\\_2001/Entscheide\\_4P\\_2001/4P\\_226\\_2001.html](http://www.polyreg.ch/bgeunpubliziert/Jahr_2001/Entscheide_4P_2001/4P_226_2001.html)

(29) C. Paris, 1° ch. C, 1 juillet 1997, *Agence Transcongolaise des Communications-Chemins de fer Congo Océan (ATC-CFCO) c/ Compagnie minière de l'Ogooué (Comilog)*, *Revue de l'Arbitrage*, 1998 p. 131, note Dominique Hascher.

(30) Stephen Schwebel « The validity of an arbitral award rendered by a truncated tribunal », *ICC Bulletin*, vol. 6, n° 2, November 1995, p. 19.

(31) Stephen Schwebel « The authority of a truncated tribunal », *ICCA Congress series*, Kluwer, 1999, n° 9, p. 314.

(32) *Op. cit.* n° 24, M. A. Solhchi.

déré, dans une affaire où un arbitre avait quitté l'audience d'administration des preuves, puis démissionné, que « lorsqu'un arbitre se refuse à exécuter ses fonctions, il doit être récusé »<sup>(33)</sup>. Selon les juges suisses, en effet, l'arbitre qui ne remplit pas ses fonctions pour des raisons injustifiées met en doute son indépendance, et est alors susceptible d'être récusé.

Mais il est difficile d'établir un lien nécessaire entre l'absence injustifiée de l'arbitre et son indépendance. Certains règlements prévoient ainsi, dans ce type de situations, que l'arbitre défaillant est remplacé, et non récusé. C'est le cas du règlement d'arbitrage de la CNUDCI (article 13.2), et de celui de la CCI (article 12.2 de la version de 1998), qui prévoit que tout arbitre empêché *de jure* ou *de facto* d'accomplir sa mission ou de remplir ses fonctions dans les délais impartis peut être remplacé.

Mais le sort ainsi réservé à l'arbitre ne règle pas une question différente, et tout aussi importante : le sort de la sentence éventuellement prononcée par un tribunal tronqué.

## 2 – Sort des sentences rendues par des tribunaux tronqués

L'étude de la jurisprudence montre que les juridictions étatiques ont tendance à annuler les sentences rendues par deux des trois arbitres lorsque le troisième a démissionné. En revanche, les sentences ne sont pas annulées lorsqu'elles sont rendues à la majorité malgré la défaillance d'un arbitre qui, n'ayant pas démissionné, fait toujours formellement partie du tribunal.

Cette distinction nous paraît critiquable. En effet, elle favorise la fraude en permettant l'annulation de sentences rendues par deux arbitres ayant été confrontés à des manœuvres dilatoires d'un troisième arbitre. De plus, elle pourrait conduire à sanctionner des sentences rendues par des tribunaux affectés d'une démission ayant été prononcée pour motifs légitimes, et sans fraude. Des annulations prononcées au nom de l'égalité des parties finissent ainsi par ignorer leur volonté et intérêt.

Un auteur, commentant un arrêt de la Cour d'appel de Paris ayant annulé une sentence rendue dans une affaire Transcongolaise *c/ Comilog*<sup>(34)</sup> a ainsi exposé la distinction à laquelle la Cour avait procédé « *entre le refus de participer au délibéré et de signer la sentence alors que l'arbitre n'a pas démissionné, et la continuation de la procédure alors qu'un arbitre n'est plus membre du tribunal arbitral* ». Cet auteur estime que, dans le premier cas, « *la sentence est valable à condition que l'arbitre récalcitrant ait été mis à même d'exercer les prérogatives qui s'attachent*

*à sa mission d'arbitre, c'est-à-dire qu'il ait effectivement eu la possibilité de participer au délibéré* », alors que dans le deuxième cas, « *la validité de la sentence dépendra de la manière dont les autres arbitres auront préservé le caractère contradictoire des délibérations* ».

La nullité d'une sentence rendue par un tribunal tronqué fut prononcée dans le cadre d'une affaire suisse *Sefri c/ Komgrap*<sup>(35)</sup>, dans laquelle le troisième arbitre avait participé à une partie des délibérés, puis avait quitté la délibération en prétextant un malaise. Cet arbitre avait ensuite démissionné, non sans avoir au préalable commenté un premier projet de sentence. Les deux arbitres restants avaient alors décidé de soumettre le projet de sentence à l'approbation de la Cour d'arbitrage de la CCI (dont il convient de rappeler que le rôle se limite à examiner le projet de sentence et à prescrire des modifications de forme ou à appeler l'attention du tribunal sur des points intéressant le fond du litige, le pouvoir juridictionnel appartenant aux seuls arbitres), laquelle approuva le projet sous réserve que la date de clôture du délibéré soit mentionnée dans la sentence. La partie ayant nommé l'arbitre démissionnaire forma alors un recours en annulation contre la sentence devant la Cour de justice de Genève, alors compétente, en considérant que, les délibérations n'ayant pas été portées à leur terme, aucune sentence ne pouvait être rendue sans la participation de l'arbitre absent. La Cour annula la sentence, et fut en cela approuvée par le Tribunal fédéral suisse sur le fondement de l'article 31.1 du Concordat intercantonal d'arbitrage, selon lequel tous les arbitres doivent participer d'une manière effective aux délibérations, d'une part, et aux décisions, d'autre part. Le Tribunal considéra donc, en application de cet article du concordat, qu'une opinion exprimée par un arbitre au cours d'un délibéré n'est pas équivalente à un vote.

Un autre cas d'annulation d'une sentence rendue par un tribunal tronqué s'est produit en Suisse<sup>(36)</sup>. En première instance, le juge de l'annulation suisse estima que l'arbitre défaillant avait été mis en mesure de participer aux délibérations et à la préparation du projet de sentence, et que son refus d'y participer était abusif et pouvait être assimilé à un refus de signer. Le Tribunal fédéral suisse<sup>(37)</sup> n'a cependant pas suivi la position de la Cour d'appel, et a estimé que, sans l'accord des parties, la procédure n'avait pu se poursuivre valablement avec deux arbitres. Or, en cas de manœuvres ayant conduit au retrait d'un arbitre, il est illusoire de

(33) Op. cit. n° 26, Cour de cassation de Zürich, 10 février 1988.

(34) Op. cit. n° 29, Cour d'appel de Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 1<sup>er</sup> juillet 1997.

(35) Tribunal Fédéral Suisse, 1<sup>re</sup> Cour civile, 23 octobre 1985, *Sefri c/ Komgrap*, Bulletin ASA, 1986 p. 76.

(36) Cour d'appel du Canton de Zurich, 3<sup>e</sup> chambre civile, 4 juillet 1990, *X c/ Y AG* (affaire *Milutinovic*).

(37) Tribunal Fédéral Suisse, 1<sup>re</sup> Cour civile, 30 avril 1991, *X c/ Y AG*, ATF 117 Ia 166, Bulletin ASA, 1992 p. 259 (affaire *Milutinovic*).

penser que la partie à l'initiative de la manœuvre puisse donner un tel accord. Le Tribunal fédéral considéra aussi qu'à « *l'instar des tribunaux ordinaires, les tribunaux arbitraux sont tenus de respecter les garanties découlant des articles 58 Cst. et 6 CEDH, en particulier le droit à la composition correcte du tribunal* ». La motivation a de quoi étonner, dès lors que la référence à l'article 6-1 CEDH aurait dû conduire le Tribunal à prendre également en considération le droit des parties à voir leur cause entendue dans un délai raisonnable. On peut aussi s'étonner de ce que, dans cette affaire, le Tribunal fédéral n'ait fait aucun cas du refus par la Cour d'arbitrage de la CCI de la démission de l'arbitre, conformément à l'article 12.1 de son règlement ; bien au contraire, le Tribunal releva que la démission n'en était pas moins effective pour n'avoir pas été approuvée par la Cour. Une telle position est regrettable, car elle n'aide pas le centre d'arbitrage à combattre les manœuvres dilatoires.

Le Tribunal fédéral suisse prit en revanche une position différente dans une affaire *X Ltd c/ Y BV* (38), en considérant que l'arbitre défaillant avait eu la possibilité de formuler toutes remarques utiles sur le projet de sentence. Ce qui explique la différence entre les deux solutions est sans doute que, dans l'affaire *X Ltd c/ Y BV*, le tribunal arbitral n'était pas formellement tronqué, puisque l'arbitre n'avait pas démissionné et s'était simplement abstenu de collaborer, tandis que dans l'affaire *Milutinovic*, l'arbitre avait fini par démissionner.

Le recours contre une sentence rendue par un tribunal tronqué fut également rejeté par la Cour de cassation française, dans une affaire *IMR c/ Lynx* (39). La Cour régulatrice estima que, lorsqu'un arbitre minoritaire refuse de signer une sentence alors qu'il a « *été en mesure de formuler toutes remarques utiles sur les modifications apportées au projet initial de sentence* » avant son examen et son approbation par la Cour d'arbitrage de la CCI, la sentence a été valablement prononcée. Mais, ici encore, l'arbitre récalcitrant n'avait pas démissionné.

### 3 – Faire échec aux manœuvres dilatoires en permettant à un tribunal tronqué de rendre une sentence

Permettre à un tribunal tronqué de poursuivre la procédure et de rendre la sentence pose une question de mesure : à partir de quel stade de la procédure peut-on estimer que l'absence d'un arbitre ne doit plus empêcher le tribunal de rendre une sentence ? Est-ce après la clôture des débats ? A l'issue des délibérations ? À cet égard, les pratiques diffèrent, et les avis des praticiens de l'arbitrage sont

également divergents. Il convient cependant que toute solution soit guidée par le souci primordial de faire échec aux manœuvres dilatoires.

La conclusion du rapport établi sur la question lors du congrès de 1990 de l'*International Council for Commercial Arbitration* (ICCA) soulignait la nécessité de remplacer un arbitre à un stade aussi précoce que possible de la procédure, et la difficulté de procéder à un tel remplacement à un stade avancé de celle-ci. Le rapport admettait ainsi que la seule solution efficace aux défaillances d'arbitres intervenant à un stade avancé est de permettre aux arbitres restants de poursuivre la procédure et de rendre une sentence.

La question des tribunaux tronqués fut également examinée par la CNUDCI, qui a rendu un rapport sur cette question en avril 1999 (40). Ce rapport notait (i) que des solutions existaient déjà dans les règlements d'arbitrage et dans certaines législations, (ii) que les cas de tribunaux tronqués sont rares, (iii) qu'il n'apparaissait pas souhaitable de légiférer sur le sujet en raison des questions sensibles que celui-ci soulève, et de ses implications sur la reconnaissance et l'exécution des sentences, (iv) et enfin que des tribunaux tronqués ont déjà fonctionné en l'absence d'une telle législation.

Mais, à défaut d'intervention législative, une évolution de la jurisprudence reste souhaitable pour permettre dans certaines circonstances à des tribunaux tronqués de rendre la sentence sans risquer l'annulation. À défaut, on en arriverait à favoriser les manœuvres dilatoires. Il faut ainsi, sous réserve des règles impératives du lieu d'arbitrage, considérer que le retrait d'un arbitre n'ôte rien au pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral. Seule, une position claire en ce sens des juridictions étatiques permettra de lutter avec succès contre les manœuvres dilatoires.

## CONCLUSION

Nous avons abordé dans cet article deux questions voisines, mais distinctes.

Concernant les clauses binaires ou paritaires, celles-ci doivent à notre avis être évitées dans la mesure du possible. Il est préférable de nommer un ou trois arbitres, non seulement parce que c'est une pratique qui a fait ses preuves, mais également en raison des difficultés juridiques et pratiques que posent les tribunaux en nombre pair. Si les parties souhaitent s'entendre sur un autre nombre pair d'arbitres, il convient qu'elles veillent à indiquer clairement dans leur clause d'arbitrage qu'un des arbitres aura une voix prépondérante.

Concernant les tribunaux tronqués, on n'enregis-

(38) Op. cit. n° 28, Tribunal Fédéral Suisse, 1<sup>re</sup> Cour Civile, 1 février 2002.  
(39) Op. cit. n° 27, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 janvier 1981.

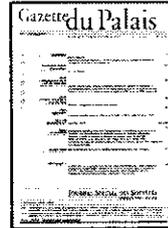
(40) Uncitral, A/CN.9/460, 6 avril 1999, <http://www.uncitral.org/english/sessions/unc/unc-32/acn9-460.htm>.

tre pas de difficultés notables lorsque le tribunal n'a pas été amputé d'un de ses membres par l'effet des manœuvres d'une partie ; en un tel cas, les parties se mettent généralement d'accord sur la poursuite de la procédure avec les deux arbitres restants. Aucun recours en annulation n'a été recensé dans de telles circonstances. En revanche, en présence de telles manœuvres, la partie dont l'arbitre a démissionné refuse en général que la procédure se poursuive avec les deux autres arbitres, et exige le remplacement de l'arbitre démissionnaire. Un tel remplacement peut s'avérer très difficile, voire impossible, lorsque la procédure est très avancée. La solution est alors de ne pas reconstituer le tribunal, et que les arbitres restants prononcent seuls la sentence. Or, on constate dans ce type de situations que la partie qui a usé de manœuvres introduit généralement un recours contre la sentence, lequel est souvent accueilli lorsque l'arbitre a démissionné, alors qu'il est généralement rejeté lorsque l'arbitre a continué à faire formellement partie du tribunal tout en s'abstenant en fait d'y participer. Il est souhaitable, afin de faire échec aux manœuvres de l'arbitre démissionnaire, que cette jurisprudence évolue en permettant aux arbitres restants de rendre valablement la sentence.

# L'information

utile

## Le journal tri-hebdomadaire : 150 numéros par an



- > Sélectionne et commente les principales décisions des cours et des tribunaux.
- > Vous informe de toute l'actualité de votre profession.

rapide

## Les Recueils bimestriels : 6 Recueils par an



- > Outils de recherche documentaire par excellence, ils facilitent vos recherches d'articles de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation.
- > Simples d'utilisation grâce à ses deux modes de classement : thématique et chronologique.

## La Table annuelle de jurisprudence : 2 tomes



- > Permet de faire le point sur la Jurisprudence et la Doctrine publiées dans la Gazette du Palais et les principales revues juridiques.
- > Outil de travail privilégié grâce à ses index thématiques et chronologiques.

simple

## Le CD-Rom Recueil-Tables : 2 mises à jour par an



- > 20 ans de Jurisprudence.
- > 260 000 références issues des principales revues juridiques.
- > Fac-similés des Recueils bimestriels depuis 1986.

<http://www.gazette-du-palais.com>

Gazette du Palais

3, BOULEVARD DU PALAIS 75004 PARIS

> TÉL : 01 44 32 01 58 / 59 ou 60 > FAX : 01 44 32 01 61

> E-mail : [diffusion@gazette-du-palais.com](mailto:diffusion@gazette-du-palais.com)