

# **Colloque ISPRAMED**

Casablanca le 14 octobre 2014

Exposé présenté par Amin Hajji

Sur le thème :

**La désignation du troisième arbitre et les profils d'indépendance liés**

**-De la théorie à la pratique –**

## Plan schématique et références légales

### A. Plan de l'intervention :

#### I. Indépendance du troisième arbitre lors de sa nomination

- L'indépendance du troisième arbitre va être assurée par le fait qu'il est désigné non par les parties mais en principe par les arbitres désignés par les parties. Il est donc en principe totalement indépendant des parties, contrairement aux arbitres désignés par les parties qui peuvent par exemple avoir été choisis compte tenu du fait qu'ils avaient la même nationalité (cf. par exemple, l'article 11 de la Loi-type CNUDCI qui prévoit que rien n'empêche une partie de choisir un arbitre de sa nationalité).

#### II. Indépendance du troisième arbitre durant la procédure arbitrale

- Durant la procédure arbitrale, le troisième arbitre devra faire preuve d'indépendance que ce soit vis-à-vis des parties ou vis-à-vis de ses co-arbitres. En effet, le plus souvent, il sera désigné Président du Tribunal arbitral comme le prévoit notamment l'**Article 327-5 du CPC marocain**).
- Sa mission a donc notamment pour objet de respecter les délais fixés par les calendriers de procédure. A cet égard, en vertu du droit marocain, l'arbitre-Président est habilité à trancher les questions de procédure, sauf objections des parties ou des autres arbitres, qui sont présentées dès l'introduction de la demande. (**Article 327-16 du CPC**)

#### III. Indépendance du troisième arbitre lors du rendu de la sentence arbitrale

- Dans la mesure où la sentence arbitrale doit être adoptée à la majorité des voix (cf. pour cela le droit marocain ou encore le droit français), le troisième arbitre jouera donc le rôle majeur de départiteur, notamment en cas d'absence d'accord de ses deux co-arbitres sur le contenu de la sentence arbitrale.
- En cela, le troisième arbitre protège donc les parties contre le déni de justice.

**Conclusion :** Il faut néanmoins être vigilant sur un point, l'indépendance du troisième arbitre peut également regrouper son aisance face au litige dont il a à traiter et notamment aux règles de droit qu'il est supposé appliquer : comment demander à un juge de *common law*, de se prononcer sur des problématiques de *civil law* qui lui sont étrangères ? Son absence d'aisance

face au problème de droit qui lui sera soumis l'empêchera vraisemblablement de se forger une opinion en toute **indépendance**, y compris si par exemple, un expert juridique est mandaté par l'une des parties pour expliciter le contenu du droit étranger.

## **B. Références légales et doctrinales**

### **1. Éléments de définition de la « notion » d'indépendance & régime juridique de la désignation du troisième arbitre**

#### **a. La notion d'indépendance**

Pour la définition de la « notion » d'indépendance, cf. l'ouvrage de Thomas Clay<sup>1</sup> relatif à « l'arbitre ».

##### **(i) Une notion à fonction variable**

C'est à dire une notion qui repose sur une idée unique mais s'applique à des situations diverses (celles du juge et de l'arbitre).

##### **(ii) Une notion fonctionnelle**

Son rôle est consubstantiel à sa fonction mais il faut que la définition soit supple pour englober un maximum de situations litigieuses.

##### **(iii) Une notion spirituelle**

Cf. selon la jurisprudence française la notion d' « **indépendance d'esprit** » du juge. Paris 8 mai 1970 (Ury) Rev. Arb.1970-80, Conclusions de l'Avocat général L. Granjon.

Comme toute notion, elle n'existe pas abstraitement, « elle se réalise en fonction du litige ».

Il s'agit donc d'un processus intellectuel, celui qui mène à l'indépendance.

##### **(iv) Une notion dialectique**

- **La dialectique introspective de l'indépendance**

Comment l'arbitre va dans la confrontation de deux opinions parvenir en son for intérieur à sa propre opinion.

Opération qui s'appuie sur un certain nombre d'éléments, y compris la morale personnelle de l'arbitre. Mais la morale ne peut être considérée comme source unique de l'indépendance.

---

<sup>1</sup> Thomas Clay, « L'arbitre », Ed. Dalloz, 2001.

C'est l'indépendance dans la prise de décision (l'arbitre est confronté à deux thèses dont il doit faire la synthèse par son indépendance d'esprit).

- **La dialectique extrinsèque de l'indépendance**

C'est l'indépendance comme élément de constitution du Juridique (l'arbitre est confronté à deux parties auxquelles il s'ajoute en tant que tiers indépendant).

- **Le refus de distinction avec les notions voisines, telles que la notion d'impartialité**

En réalité, l'indépendance fait référence à une notion objective alors que la recherche d'impartialité repose sur la recherche d'éléments subjective dans le raisonnement de l'arbitre. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence française fait référence à la notion d' « indépendance d'esprit ».

**b. Régime juridique et fondements de la désignation du troisième arbitre, arbitre départiteur, arbitre « neutre » :**

- **En droit marocain :**

- Le Tribunal arbitral peut soit être constitué d'un arbitre unique ou de plusieurs arbitres. (**Article 327-2 du CPC**)
- Dans le cas où les parties ne sont pas d'accord sur le nombre d'arbitres, leur nombre est fixé à trois. (**Article 327-2 du CPC**)
- Lorsque les parties désignent les arbitres **en nombre pair**, le tribunal arbitral est complété par un arbitre désigné soit conformément aux prévisions des parties, soit par les arbitres désignés, soit en cas de désaccord, par le Président de la juridiction (*i.e.* le Président du Tribunal de Commerce. Cf. Article 312 du CPC) ou en cas d'arbitrage institutionnel conformément au Règlement d'arbitrage de l'institution choisie. (**Article 327-4 du CPC**)
- Lorsque le tribunal arbitral est composé de trois arbitres, la présidence du tribunal arbitral est assurée par le troisième arbitre soit, l'arbitre choisi par les deux premiers arbitres ou par celui désigné par le Président de la juridiction (**Article 327-5 du CPC**).
- L'arbitre-Président est habilité à trancher les questions de procédure, sauf objections des parties ou des autres arbitres, qui sont présentées dès l'introduction de la demande. (**Article 327-16 du CPC**)
- La sentence arbitrale est rendue, après délibération du Tribunal arbitral, à la **majorité des voix**. (Article 327-22 du CPC).
- Le troisième arbitre a donc vocation à départager les voix des deux autres arbitres.

Textes du CPC marocain cités :

### **Article 327-2 du Code de procédure civile (« CPC ») :**

*(Ajouté par l'article 1er de la loi n° 08-05 promulguée par le dahir n° 1-07-169 du 30 novembre 2007 - 19 kaada 1428 ; B.O. n° 5584 du 6 décembre 2007).* « Le tribunal arbitral est constitué d'un seul arbitre ou de plusieurs arbitres dont les parties sont libres de fixer les modalités de désignation et le nombre, soit dans la convention d'arbitrage, soit par référence au règlement d'arbitrage de l'institution choisie. **A défaut d'accord des parties sur le nombre des arbitres, celui-ci est fixé à trois.** Lorsque les arbitres sont nombreux, leur nombre doit être impair sous peine de nullité de l'arbitrage. »

### **Article 327-3 du CPC :**

*(Ajouté par l'article 1er de la loi n° 08-05 promulguée par le dahir n° 1-07-169 du 30 novembre 2007 - 19 kaada 1428 ; B.O. n° 5584 du 6 décembre 2007).* « S'il s'avère que le ou les arbitres désignés par la convention d'arbitrage ne remplissent pas les conditions légales pour exercer cette fonction, ou pour toute autre cause faisant obstacle à la composition du tribunal arbitral, il est procédé à la désignation des arbitres soit d'accord des parties, soit conformément à l'article 327-4 ci-après. »

**Article 327-4 du CPC :** *(Ajouté par l'article 1er de la loi n° 08-05 promulguée par le dahir n° 1-07-169 du 30 novembre 2007 - 19 kaada 1428 ; B.O. n° 5584 du 6 décembre 2007).*

« Lorsque les parties désignent les arbitres **en nombre pair, le tribunal arbitral est complété par un arbitre** choisi, soit conformément aux prévisions des parties, soit en l'absence de telles prévisions, par les arbitres désignés, soit à défaut d'accord entre ces derniers, par le président de la juridiction en vertu d'une ordonnance non susceptible de recours. En cas d'arbitrage institutionnel, la procédure de nomination et le nombre d'arbitres du tribunal arbitral seront ceux prévus par l'institution d'arbitrage choisie. »

**Article 327-5 du CPC :** « *(Ajouté par l'article 1er de la loi n° 08-05 promulguée par le dahir n° 1-07-169 du 30 novembre 2007 - 19 kaada 1428 ; B.O. n° 5584 du 6 décembre 2007).* Si le tribunal arbitral n'a pas été désigné à l'avance et que les modalités et la date de sélection des arbitres n'ont pas été fixées ou lorsque les parties n'en ont pas convenues, les procédures suivantes sont à suivre :

1. - Lorsque le tribunal arbitral est composé d'un seul arbitre, celui-ci est désigné par le président de la juridiction compétente sur demande de l'une des parties ;
2. - Lorsque le tribunal arbitral est composé de trois arbitres, chacune des parties en désigne un. **Les deux arbitres désignés se mettent d'accord pour désigner le troisième.** Lorsque l'une des parties ne désigne pas son arbitre dans les quinze jours suivant la réception d'une demande à cet effet émanant de l'autre partie ou lorsque les deux arbitres désignés ne se mettent pas d'accord sur la désignation du troisième dans les quinze jours suivant la désignation du dernier d'entre eux, le président de la juridiction compétente procède à cette désignation sur

demande de l'une des parties. La présidence du tribunal arbitral est assurée par l'arbitre choisi par les deux premiers arbitres ou par celui désigné par le président de la juridiction ;

3 - Les procédures visées au 2° ci-dessus du présent article sont à suivre lorsque le tribunal arbitral est composé de plus de trois arbitres ;

4 - Le président de la juridiction compétente doit veiller à ce que l'arbitre qu'il désigne remplisse les conditions exigées par la présente loi et celles convenues par les parties. Il prend sa décision après convocation des parties. Sa décision est non susceptible d'aucun moyen de recours. Il en sera de même chaque fois que la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l'une des parties ou dans la mise en œuvre des modalités de désignation. »

- **En droit français :**

- Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en **nombre impair**. (**Article 1451 du CPC**).
- En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et **les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième** ; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation **par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459 du CPC** (soit en principe, le Président du Tribunal de grande instance sauf si la convention d'arbitrage prévoit la désignation du Président du Tribunal de commerce) (**Article 1452 du CPC**).
- En principe, le troisième arbitre ainsi choisi, fait office de Président du Tribunal arbitral.
- La sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix. (**Article 1480 du CPC**).

Textes du CPC marocain cités :

**Article 1451 du Code de procédure civile (« CPC ») :**

« Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres **en nombre impair**.

**Il est complété si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair.**

Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation **par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459.** »

**Article 1452 du CPC**

« En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres :

(...)

2° En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et **les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième** ; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres **ne s'accordent pas sur le choix du troisième dans un délai d'un mois** à compter de l'acceptation de leur désignation, **la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation.** »

- **Dans la Loi-type CNUDCI :**

- L'imparité du nombre d'arbitres parité n'est pas retenue (**Article 10**) ;
- En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux autres arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le tribunal, ou autre autorité, visé à l'article 6<sup>2</sup>;

Textes de la Loi-type CNUDCI cités :

**Article 10. Nombre d'arbitres**

1. Les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres.
2. Faute d'une telle convention, il est nommé trois arbitres.

**Article 11. Nomination de l'arbitre ou des arbitres**

1. Nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties.
2. Les parties sont libres de convenir de la procédure de nomination de l'arbitre ou des arbitres, sans préjudice des dispositions des paragraphes 4 et 5 du présent article.
3. Faute d'une telle convention,
  - a) En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux autres arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans

---

<sup>2</sup> Les fonctions mentionnées aux articles 11-3, 11-4, 13-3, 14, 16-3 et 34-2 sont confiées ... [Chaque Etat adoptant la Loi type précise le tribunal, les tribunaux ou, lorsqu'elle y est mentionnée, une autre autorité compétents pour s'acquitter de ces fonctions.]

un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le tribunal, ou autre autorité, visé à l'article 6<sup>3</sup>;

(...)

5. La décision sur une question confiée au tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 conformément aux paragraphes 3 et 4 du présent article, n'est pas susceptible de recours. Lorsqu'il nomme un arbitre, le tribunal tient compte de toutes les qualifications requises de l'arbitre par convention des parties et de toutes considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et, lorsqu'il nomme un arbitre unique ou un troisième arbitre, il tient également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties.

### **Conclusion :**

- Il apparaît que la règle de la parité existe en droit interne (du moins marocain et français) mais qu'elle n'est pas une condition exigée en droit international qui remet la question du nombre d'arbitres à la commune volonté des parties.
- Le troisième arbitre apparaît en droit interne qui prévoit que les sentences arbitrales doivent être rendues à la majorité des voix, comme le départiteur.
- En outre, dans la mesure où le troisième arbitre va généralement être choisi par les arbitres choisis par les parties, il apparaît comme un arbitre « neutre ».

---

<sup>3</sup> Les fonctions mentionnées aux articles 11-3, 11-4, 13-3, 14, 16-3 et 34-2 sont confiées ... [Chaque Etat adoptant la Loi type précise le tribunal, les tribunaux ou, lorsqu'elle y est mentionnée, une autre autorité compétents pour s'acquitter de ces fonctions.]