

## Le respect du principe de l'égalité des parties : Illimité résultant d'une paranoïa du procès équitable ou équilibré en raison du pouvoir discrétionnaire de l'arbitre dans la conduite de la procédure arbitrale ?

Issu de Cahiers de l'arbitrage - n°3 - page 469

Date de parution : 01/07/2020

Id : CAPJIA2020-3-005

Réf : CAPJIA juill. 2020, p. 469

Auteurs :

Par Christophe Lapp, Avocat Associé, Contentieux et Arbitrage, ALTANA, Chiraz Abid, Avocat Associé, Contentieux et Arbitrage, ALTANA

### RÉSUMÉ

*Le principe d'égalité entre les parties est bien établi en matière d'arbitrage international. Néanmoins, son application a conduit à des abus, certaines parties s'en prévalant souvent pour introduire lors de la procédure des tactiques dilatoires aboutissant à une inefficacité en termes de coût et de temps. En dépit de ce fait, les arbitres se sont montrés réticents à rejeter de telles tactiques, craignant une éventuelle contestation de leur sentence sur la base d'une violation du droit d'une partie de présenter pleinement sa cause. Afin de limiter de tels abus, plusieurs législations et règles institutionnelles ont accordé aux arbitres des pouvoirs étendus dans la conduite des procédures leur permettant d'asseoir un équilibre entre une application stricte (et prudente) du principe d'égalité et l'efficacité de la procédure arbitrale.*

### ABSTRACT

*The principle of equality between the parties is well established in international arbitration. Nevertheless, it has led to abuses, as some parties often prevail from it to introduce delaying tactics into the proceedings thus leading to a cost and time inefficiency. Despite this fact, arbitrators have shown reluctance to dismiss such tactics, fearing a potential challenge of their award on the basis of a violation of a party's right to fully present its case. In order to limit such abuses, several legislations and institutional rules have granted arbitrators extensive powers in the conduct of the proceedings allowing them to establish a balance between a strict (and cautious) application of the principle of equality and the efficiency of the arbitration process.*

1. Le principe de l'égalité des parties ou de l'égalité des armes<sup>1</sup> est la clé de voûte du procès équitable. Pour *Bruno Oppetit*, l'égalité des armes est un véritable principe de droit naturel en droit processuel en raison du lien indissociable entre égalité, justice et État de droit<sup>2</sup>. Ce principe découle de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et est proclamé par l'article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966<sup>3</sup>.

2. Le droit de l'arbitrage reconnaît également le principe de l'égalité des parties ou des armes dans la procédure arbitrale : Ainsi, l'article 182-3 de la loi suisse de droit international privé prévoit que « *quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties* », l'article 1039 du Code de procédure civile néerlandais dispose que « *les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité* », ou encore l'article 18 de la Loi type de la CNUDCI « *les parties doivent être traitées sur un plan d'égalité* ». Depuis la réforme du droit français de l'arbitrage, ce dernier a également reconnu explicitement ce principe, et l'a érigé au rang de droit écrit, par un article totalement nouveau, l'article 1510 du Code de procédure civile qui prévoit que : « *Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties* [...] ».

3. Toutefois, en dépit de sa consécration, l'égalité entre les parties reste une notion difficilement définissable tant sa portée est vaste. Elle englobe plusieurs autres notions telles que l'égalité dans le choix des arbitres, dans la présentation de sa cause ou encore dans la preuve. Elle est communément appréhendée comme la possibilité pour les parties de s'assurer une égalité de traitement et de présenter leurs causes de manière à ce qu'elles ne soient pas dans une situation considérablement désavantageuse<sup>4</sup>. L'égalité s'applique depuis la notification de la requête d'arbitrage et se poursuit tout au long de la procédure jusqu'au prononcé de la sentence<sup>5</sup>.

4. Ce principe protecteur des parties a toutefois abouti à des dérives puisque certaines parties l'instrumentalisent par le biais de tactiques dilatoires afin d'en tirer un avantage procédural. Cela a conduit les arbitres à développer une *paranoïa* du procès équitable, définie par la doctrine comme « *une réticence perçue des tribunaux à agir de manière décisive dans certaines situations par crainte que la sentence arbitrale soit contestée au motif qu'une partie n'a pas eu la possibilité de présenter pleinement sa cause* »<sup>6</sup>.

5. Pour y faire face, les législations et juridictions nationales ont reconnu un pouvoir étendu aux arbitres dans la conduite de la procédure qui permet notamment de limiter l'utilisation abusive du principe de l'égalité des parties.

6. Il conviendra donc d'analyser le principe de l'égalité des parties et ses diverses applications et ses limites (I) pour appréhender les conséquences de la rupture dudit principe sur la procédure arbitrale et la validité de la sentence rendue (II).

## I. Le principe de l'égalité des parties et ses diverses applications

6. En matière arbitrale, le principe de l'égalité des parties a été affirmé au stade de la constitution du tribunal arbitral (A) et également au cours de l'instance arbitrale (B).

### A. L'égalité des parties au stade de la constitution du tribunal arbitral

7. Le principe impose que chacune des parties puisse désigner un arbitre dans les mêmes conditions. Ce principe s'applique différemment selon que la constitution du tribunal arbitral soit le fait d'un tiers ou le fait des parties<sup>7</sup>.

8. Dans la première hypothèse l'institution arbitrale et le juge judiciaire en qualité de juge d'appui sont amenés à intervenir.

9. D'une part, l'arrêt *Dutco* illustre le cas de l'immixtion de l'institution arbitrale dans la constitution du tribunal : la Cour de cassation française a énoncé que « *le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public* »<sup>8</sup>. Elle a jugé qu'une institution arbitrale ne pouvait imposer, dans un arbitrage multipartite à deux défendeurs ne présentant pas une communauté d'intérêts, la désignation par ces derniers d'un seul co-arbitre, alors que le demandeur unique avait pu désigner un co-arbitre à lui seul en toute liberté. En application du principe dégagé par l'arrêt *Dutco*, la Cour d'appel de Paris a considéré que « *la désignation d'un seul co-arbitre pour deux parties dont le sort est lié, ayant signé la convention*

*indivisément et solidairement et n'ayant pas d'intérêts divergents ne constitue pas une rupture d'égalité entre les parties* »<sup>9</sup>.

10. Inversement, en présence de communauté d'intérêts entre un groupe de trois défendeurs dans un litige les opposant à un seul demandeur, il a été jugé que la désignation par la CCI d'office des quatre co-arbitres et du président du tribunal arbitral, alors même que la convention d'arbitrage prévoyait la nomination des co-arbitres par chacune des parties, ne constitue pas une violation du principe d'ordre public de l'égalité des parties. La Cour avait considéré qu'une telle désignation par l'institution en charge de l'organisation de l'arbitrage était, contrairement à la convention d'arbitrage en l'espèce, plutôt garante de ce principe : « *si au jour de la conclusion de la clause compromissoire, il était conforme audit principe [de l'égalité des parties] de prévoir que chacune des parties au pacte d'actionnaires puisse effectivement être en mesure de désigner un arbitre, au jour où le litige est né, ce principe de l'égalité doit s'apprécier non plus seulement au regard de la qualité des parties au contrat, mais aussi au regard des prétentions et des intérêts de chacune des parties au litige. Ce faisant, si plusieurs d'entre elles sont susceptibles de défendre des intérêts communs et partagés contre une seule autre, il convient de veiller à constituer un tribunal arbitral permettant d'en garantir le respect. Ainsi, dans la configuration telle que celle de la présente cause, au terme de laquelle le litige oppose l'un des actionnaires aux trois autres, le premier mettant en cause l'action conjointe de ces derniers dans son éviction et le non respect dudit pacte, le respect du principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres justifiait, en l'absence de meilleur accord des parties, de s'assurer d'une modalité de désignation compatible avec le respect dudit principe, qui s'impose aux parties nonobstant les dispositions de la convention d'arbitrage* »<sup>10</sup>.

Cet arrêt de la Cour d'appel de Paris rappelle l'article 12(9) du nouveau règlement CCI 2021 selon lequel « [n]obstant tout accord conclu par les parties sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la Cour peut, dans des circonstances exceptionnelles, nommer chacun des membres du tribunal arbitral afin d'écartier un risque significatif de traitement injuste et inéquitable pouvant affecter la validité de la sentence ».

11. Le principe de l'égalité entre les parties dans la nomination des arbitres a également été exprimé par les tribunaux italiens et suisses<sup>11</sup> qui ont retenu de manière restrictive qu'une partie composée de plusieurs personnes ne peut être obligée à nommer conjointement un arbitre que si les personnes en question ont des intérêts identiques. Par conséquent, seul un « *accord entre un groupe de parties pour désigner conjointement un arbitre* » pourrait être admis<sup>12</sup>. À défaut d'accord et d'intérêts communs, le choix du tribunal est confié aux institutions pour que les parties soient traitées sur un pied d'égalité<sup>13</sup>.

12. Dans le cas où le juge d'appui est saisi par l'une des parties pour la constitution du tribunal, celui-ci doit pareillement veiller à respecter le principe d'égalité entre les parties. Ainsi, en pratique, le juge d'appui invite au préalable la partie récalcitrante à nommer son co-arbitre. Ce n'est qu'en cas de silence ou de refus de cette partie qu'il s'y substitue et procède lui-même à la désignation dudit co-arbitre<sup>14</sup>.

13. La seconde hypothèse est celle de la constitution du tribunal arbitral par accord des parties. En principe, lorsque le tribunal est constitué par la volonté des parties celui-ci ne peut être que l'illustration du principe de l'égalité. Pourtant, il existe une exception lorsque les parties désignent au préalable le mode de constitution du tribunal par le jeu de la clause compromissoire, et conviennent de rompre le principe d'égalité. En effet, la clause peut prévoir qu'un tiers, outre une institution, procèdera à la désignation des arbitres<sup>15</sup> ou prévoir une liste d'arbitre prédéfinie<sup>16</sup>.

Ainsi, les exigences du principe d'égalité entre les parties reculent lorsque le mode de désignation résulte d'un accord préalable entre elles qui ne l'enfreint pas.

## B. L'égalité des parties dans l'instance arbitrale

14. Le principe d'égalité des parties dans l'instance implique que « *le tribunal arbitral ne doit pas accorder plus de droit à une partie qu'à l'autre* »<sup>17</sup>.

15. Ce principe trouve illustration dans l'article 18 de la Loi type de la CNUDCI qui prévoit que « *les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits* ». Certaines règles institutionnelles sont rédigées différemment et prévoient que « *le tribunal statue de façon juste et impartiale et veille à ce que chaque partie ait une « raisonnable possibilité de présenter son cas* »<sup>18</sup>. C'est notamment le cas des règles de la CCI<sup>19</sup>, SIAC<sup>20</sup>, LCIA<sup>21</sup> et CIETAC<sup>22</sup>.

16. Pourtant, l'observation du droit positif montre que le principe d'égalité des parties est présenté conjointement avec le droit d'accès à la justice, celui du respect du contradictoire<sup>23</sup> ou le principe de l'indépendance ou de l'impartialité de l'arbitre<sup>24</sup> sans véritablement s'en distinguer. Autrement dit, alors qu'il est « *affirmé comme une règle matérielle internationale impérative* »<sup>25</sup>, le principe d'égalité entre les parties, reste « *dans l'ombre d'autres principes plus souvent proclamés, à tel point que l'on peut se douter qu'il ait une réelle autonomie* »<sup>26</sup>. En effet, plusieurs décisions dans la jurisprudence française, traitant de l'argument de la violation du principe de l'égalité des parties, sont rendues aux vises des articles 1520-4 et 1520-5 du CPC<sup>27</sup>. Cela s'explique puisque « *le principe d'égalité des parties se voit conférer une identité fonctionnelle avec le contradictoire, même s'ils doivent demeurer deux principes séparés. Ils sont cependant indissociables l'un de l'autre et font partie inhérente du principe de due process* »<sup>28</sup>.

17. En revanche, il y a eu certaines décisions où la rupture de l'égalité des parties, avait été traitée par la jurisprudence, comme un argument autonome indépendamment des autres principes. Il en est ainsi lorsque l'une des parties considère que son adversaire a bénéficié de plus de temps pour soutenir son argumentation. Dans ce cas, la jurisprudence considère qu'il y aura violation seulement si une rupture d'égalité « *inéductible* » ou « *décisive* » est établie<sup>29</sup>.

18. Cette solution indique qu'aucune des parties ne devrait bénéficier d'un traitement de faveur et qu'elles doivent être traitées avec « *équité* »<sup>30</sup>. C'est pourquoi les règles du procès équitable n'imposent pas au tribunal de traiter les parties avec une égalité arithmétique au cours de l'instance arbitrale et doit tenir compte des circonstances de l'espèce<sup>31</sup>, tout en s'efforçant de ne pas créer de « *net désavantage* » entre elles<sup>32</sup>. Ainsi, les auditions des témoins ou des experts dans une procédure peuvent être de durée inégale, sans que cela constitue une atteinte au principe de l'égalité. Il a en effet été jugé que « *l'égalité procédurale entre les parties n'exige en rien d'étendre à l'une les mesures prises à l'égard de l'autre* »<sup>33</sup>.

Cela dit, l'assise textuelle dont bénéficie le principe de l'égalité des parties depuis 2011, et le fait d'être érigé par la jurisprudence au rang d'une règle d'ordre public procédural international, astreignent les tribunaux arbitraux à faire preuve de plus de vigilance et d'attention dans le traitement égalitaire des parties, et obligent le juge du contrôle à effectivement contrôler son respect.

## II. Conséquences de la rupture du principe de l'égalité entre les parties

19. La rupture du principe de l'égalité peut avoir des implications négatives pour l'impartialité de l'arbitre (A), voire des conséquences sur la validité de la sentence (B), ce qui a conduit à un phénomène chez les arbitres, communément appelé par la doctrine : *due process paranoia*.

Face à ce phénomène, les arbitres ainsi que les juridictions nationales ont réagi, guidés par le pouvoir discrétionnaire de l'arbitre dans la conduite de la procédure arbitrale, afin de garantir un équilibre entre son efficacité et le respect du principe de l'égalité (C).

### A. La rupture du principe de l'égalité entre les parties par le tribunal arbitral peut faire présumer sa partialité

20. L'article 12§2 de la Loi type de la CNUDCI exige de l'arbitre non seulement l'indépendance, mais aussi l'impartialité<sup>34</sup>.

21. L'exigence d'impartialité de l'arbitre est une des composantes du procès équitable<sup>35</sup>. Elle est largement reconnue en droit comparé puisqu'elle est « *consubstantielle[s] à la fonction même d'arbitre* »<sup>36</sup>. Cette exigence « *renvoie à une disposition d'esprit, à un état psychologique par nature subjectif, de l'arbitre à l'égard du litige ; elle exige de l'arbitre de ne pas faire preuve de préjugé, favorable ou défavorable, à l'égard d'une partie, de ne pas se laisser dominer par des opinions préconçues ou des facteurs étrangers aux mérites de la cause* »<sup>37</sup>.

22. L'arbitre partial est ainsi, par exemple, celui qui « *a manifesté un parti pris en faveur* »<sup>38</sup> de l'une des parties au litige ou encore celui dont le comportement est susceptible de « *faire naître dans l'esprit [d'une partie] un doute raisonnable sur [son] objectivité* »<sup>39</sup>. La question qui se pose est dès lors si un traitement inégalitaire entre les parties peut faire présumer une impartialité du tribunal arbitral ?

23. La doctrine a toujours constaté que le principe d'égalité des parties et l'impartialité du juge sont liés<sup>40</sup>. Partant, une partie peut démontrer une éventuelle impartialité de l'arbitre au motif d'un traitement inégalitaire entre les parties à l'appui de sa demande de récusation dudit arbitre. Un tel exemple s'est déjà présenté devant le Tribunal de grande instance de Paris à l'occasion d'une demande de récusation du Président d'un tribunal arbitral : Dans cette affaire, alors qu'il n'était pas contesté que l'arbitre affichait lors de l'arbitrage une hostilité à l'égard de l'une des parties « *en écartant autoritairement certaines pièces produites par elle, en interrompant les plaidoiries du conseil de cette partie, en s'exprimant par des termes inqualifiables sur l'attitude de cette partie, en manifestant un parti pris en faveur de l'autre partie, en entretenant des rapports unilatéraux avec les conseils de l'autre partie, en critiquant la compétence et la nationalité de l'arbitre qu'elle avait désigné* »<sup>41</sup>, le juge a toutefois considéré que ces faits « *n'étaient pas de nature à faire légitimement douter de l'indépendance de l'arbitre dès lors qu'ils ne révèlent ni une quelconque prévention ou animosité envers les parties, ni un préjugé défavorable à l'égard de leurs prétentions, et qu'en l'occurrence ils s'expliquaient par l'attitude dilatoire de la partie plaignante* »<sup>42</sup>.

24. Cette décision a été critiquée par la doctrine qui a estimé que quelles qu'en soient les raisons, le comportement de l'arbitre concerné constituait un manquement au principe d'égalité des parties et « *rendait suspecte* »<sup>43</sup> son impartialité. Autrement dit, « *des violations significatives et répétées* »<sup>44</sup> du principe d'égalité des parties par le tribunal peuvent constituer des éléments concrets propres à instiller un doute sur sa partialité. Il s'ensuit que la partie qui s'estime dépourvue d'un traitement égalitaire avec son adversaire devrait le faire valoir en temps utile par une demande de récusation de l'arbitre afin de ne pas être interdite de s'en prévaloir lors d'un éventuel recours en annulation de la sentence par application du principe de l'*estoppel*.

## **B. La rupture du principe de l'égalité entre les parties par le tribunal arbitral peut-elle faire annuler la sentence arbitrale ?**

25. La question s'est posée de savoir si la violation du principe d'égalité des parties dans la constitution du tribunal lors de son délibéré pouvait donner lieu à une annulation de la sentence.

26. Sur ce point, la jurisprudence distingue l'hypothèse où « *le tribunal arbitral est tronqué en raison de la démission d'un arbitre et celle où le délibéré ne réunit pas tous les arbitres en raison de l'abstention de l'un d'entre eux* »<sup>45</sup>.

27. Dans le premier cas, la démission d'un arbitre peut constituer une rupture du principe de l'égalité des parties. Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1997<sup>46</sup>, la Cour d'appel de Paris a déclaré « *qu'il est constant que l'arbitre a démissionné au cours du délibéré de la sentence de sorte qu'au moment où il a statué le tribunal arbitral n'était plus constitué que du seul arbitre désigné par l'une des parties et du président du tribunal arbitral. Il en résulte, qu'à la différence des hypothèses où la sentence reste valide parce que prononcée par le tribunal choisi par les parties, même si l'un des arbitres n'a pas participé au délibéré ou s'il a refusé de la signer dès lors qu'en continuant d'assumer sa mission, il a bien été mis à même d'en assumer les prérogatives, la décision présentement contestée a été rendue par un tribunal arbitral amputé de l'un de ses membres et dont la constitution n'était plus conforme à la convention fondant et légitimant son pouvoir juridictionnel* ». Cet arrêt a été confirmé par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 janvier 2005<sup>47</sup>. Il est intéressant de citer à cet égard, l'article 11.5 du règlement CCI de 2017 ainsi que du nouveau règlement CCI de 2021 qui prévoit que l'arbitre s'engage à accomplir sa mission jusqu'à son terme. Dans le second cas, le fait pour un arbitre de refuser de signer une sentence pour montrer son désaccord avec la solution choisie à la majorité ne porte pas atteinte au principe d'égalité à condition que l'arbitre qui a refusé de signer ait participé au délibéré<sup>48</sup>.

28. Pour le reste, les cas où la violation du principe de l'égalité entre les parties entraînerait l'annulation d'une sentence pour violation de l'ordre public international sont envisagés de manière stricte par les juges de l'annulation<sup>49</sup>, et ce en dépit du fait que le principe d'égalité entre les parties « *représente un élément de la notion de procès équitable protégée par l'ordre public* »<sup>50</sup>.

29. Ainsi, par exemple, pour rejeter l'argument de la violation de l'ordre public international résultant d'une rupture de l'égalité des armes, la Cour d'appel de Paris<sup>51</sup> a considéré qu'« *en premier lieu, les recourantes font valoir qu'elles n'ont disposé que de deux mois et demi après la première conférence sur la gestion de la procédure du 4 juin 2013 pour déposer leur mémoire en demande alors que le ministère de la Culture avait bénéficié d'un délai de cinq mois à compter de la réception de ce mémoire (14 août 2013). Toutefois, les demanderesses à l'arbitrage, ayant pris l'initiative de la procédure, ont en réalité bénéficié d'un délai de huit mois entre le dépôt de la requête et celui de leur mémoire. En deuxième lieu, les recourantes font valoir qu'elles n'ont disposé que d'un mois pour répondre à l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur dans son mémoire du 14 janvier 2014. Elles n'allèguent pas, toutefois, qu'elles auraient demandé un délai supplémentaire qui ne leur aurait pas été accordé* ».

30. Cet arrêt permet de penser que la censure d'une sentence pour violation de l'égalité des parties, ne peut être prononcée que si la partie se plaignant d'un traitement inégalitaire avait dans le cadre de l'arbitrage tenté, sans succès, de rétablir l'équilibre avec son adversaire. Cette exigence dans le contrôle d'une quelconque violation de l'égalité des parties, prise seule comme étant une violation de l'ordre public international rappelle le manque d'autonomie de ce principe en droit de l'arbitrage. Il est en effet souvent « *sous le couvert* » de l'atteinte aux droits de la défense, notamment le principe du contradictoire, que heurter le principe de l'égalité peut éventuellement être sanctionné sur le fondement de l'article 1520-5 du Code de procédure civile<sup>52</sup>.

31. Néanmoins, certaines décisions visent expressément la rupture de l'égalité des parties ou des armes à l'état pur, et en font une composante à part entière de l'ordre public international, sans la rattacher aux droits de la défense : la Cour de cassation a ainsi jugé dans un arrêt du 23 mars 2013 que « *si le refus par le tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, c'est à la condition que celles-ci soient indissociables des demandes principales. Dès lors, manque de base légale au regard de l'article 1520 5° du Code de procédure civile une cour d'appel qui annule une sentence pour atteinte à ces droits sans rechercher, comme il le lui était demandé, si tel était le cas en l'espèce* »<sup>53</sup>.

32. Ainsi, le refus par le tribunal d'examiner des demandes reconventionnelles, pourrait être de nature à porter atteinte au principe d'égalité entre les parties, ce qui caractériserait une violation de l'ordre public international entraînant l'annulation de la sentence.

33. Par ailleurs, dans une autre affaire, la Cour d'appel de Paris a censuré une sentence arbitrale pour violation de l'ordre public international résultant de la seule rupture du principe d'égalité entre les parties dans l'administration de la preuve : « *Le défaut de production d'éléments de preuve en défense ne doit pas avoir pour effet de priver la partie demanderesse de son droit de faire juger le bien-fondé de ses prétentions ; que, toutefois, la mise en œuvre de ce principe doit s'apprécier au cas par cas, en respectant l'égalité des armes qui est un élément du procès équitable protégé par l'ordre public international ;*

*qu'il est constant que le débat s'est lié sur les seuls éléments de preuve produits par les sociétés allemandes, [...], la seule faculté laissée à l'Irak de*

contester les documents qui lui étaient opposés, sans être en mesure d'apporter une preuve contraire, n'assurait que de manière purement formelle le respect des droits de la défense et consacrait une inégalité réelle des parties dans l'administration de la preuve ; [...] l'Irak s'est trouvée placée dans une situation substantiellement désavantageuse par rapport à ses adversaires ; que la reconnaissance ou l'exécution en France d'une sentence rendue en méconnaissance du principe de l'égalité des armes, composante essentielle du droit à un procès équitable, heurte l'ordre public international ; que l'annulation [...] doit être prononcée»<sup>54</sup>.

34. Le principe d'égalité des parties ou des armes est dès lors un principe d'ordre public international dont la violation peut être sanctionnée en pratique par la censure de la sentence au titre d'une violation de l'ordre public international. Toutefois, les juges de l'annulation semblent adopter une attitude vigilante dans son contrôle en privilégiant plutôt que de constater sa violation de manière autonome, l'associer à celle du principe du contradictoire. Cette prudence des juges peut en effet être considérée comme une réaction face au comportement des parties qui peuvent instrumentaliser le principe de l'égalité à des fins dilatoires.

### C. Le pouvoir discrétionnaire de l'arbitre pour faire face à l'abus du principe de l'égalité entre les parties ?

35. Des risques de dérives et d'abus ont vu le jour depuis quelques années. Le principe d'égalité est instrumentalisé par certaines parties à des fins dilatoires<sup>55</sup>.

36. Ces tactiques comportent notamment : des demandes abusives de prolongation de délai ; des preuves soumises après l'expiration de dates limite ; la présentation tardive de nouvelles demandes ; des demandes abusives de reports d'audiences, au motif de préserver les droits de la défense et l'égalité entre les parties<sup>56</sup>.

37. Cette exploitation systématique et abusive du principe de l'égalité entre les parties a donné lieu à un phénomène chez les arbitres, que la doctrine a baptisé *due process paranoia*.

Ce phénomène comprend trois éléments caractéristiques : « (i) un tribunal qui prend des décisions de gestion de cas qui font preuve d'une déférence excessive à l'égard des considérations de procédure régulière, protégeant les intérêts d'une partie plutôt que ceux de l'autre [...], (ii) la conviction du tribunal qu'une attitude prudente est nécessaire pour se prémunir contre le risque que la sentence soit autrement annulée et/ou que son exécution soit refusée, et (iii) le caractère erroné de la perception exagérée du tribunal selon laquelle ce niveau de prudence est justifié »<sup>57</sup>.

Cette *paranoïa* affecte la capacité des arbitres à identifier les véritables enjeux procéduraux, et entraîne des conséquences en termes d'augmentation des coûts et de délais de l'instance arbitrale ou post-arbitrale ou encore d'atteinte à l'efficacité de la procédure dans son ensemble.

C'est ainsi que, comme démontré ci-dessus, le principe de l'égalité des parties ne peut être sans limite, et en l'occurrence, le pouvoir discrétionnaire de l'arbitre en est une illustration. En d'autres termes, sans caractériser une rupture de l'égalité entre les parties, l'arbitre doit pouvoir user de son pouvoir discrétionnaire pour contrer les tactiques des parties compromettant la procédure arbitrale et donc pour en assurer l'efficacité. L'arbitre doit donc faire face au *due process paranoia* puisqu'il rentre dans son office d'assurer une gestion efficace du process arbitral.

38. Le Secrétariat de la CNUDCI fait état de ce pouvoir discrétionnaire de l'arbitre dans la conduite de l'arbitrage dans son commentaire de l'article 19 de la Loi type :

« Cela permet au tribunal arbitral de répondre aux besoins du cas particulier et de choisir la procédure la plus appropriée lors de l'organisation de l'arbitrage, de la conduite d'audiences individuelles ou d'autres réunions et de la détermination des particularités importantes de l'obtention et de l'évaluation des preuves. Concrètement, les arbitres seraient en mesure d'adopter les caractéristiques procédurales familières, ou du moins acceptables, aux parties (et à elles) »<sup>58</sup>.

39. Ce pouvoir discrétionnaire permet à l'arbitre de mettre en équilibre le respect du principe de l'égalité entre les parties et la conduite de la procédure de manière efficace et raisonnable.

40. De la même manière, ce pouvoir discrétionnaire est prévu par nombre de règles institutionnelles<sup>59</sup>, notamment le English Arbitration Act dans son article 33 : « (1) The tribunal shall [...] (b) adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined.

(2) The tribunal shall comply with that general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matters of procedure and evidence and in the exercise of all other powers conferred on it ».

41. Ce pouvoir discrétionnaire permet dès lors de protéger les arbitres contre les tactiques abusives que les parties peuvent entreprendre au nom de l'égalité des parties et contrer les conséquences négatives que la *paranoïa* de ce principe peut avoir sur le processus arbitral. Dans ce sens, un tribunal de Singapour a jugé que « le droit de chaque partie à être entendue ne signifie pas que le tribunal doit sacrifier toute efficacité pour répondre aux demandes procédurales déraisonnables d'une partie »<sup>60</sup>. En effet, en introduisant des demandes dilatoires, les parties violent leur obligation de coopération avec le tribunal arbitral « requiring them to work diligently with the tribunal to satisfy its concerns and objectives in fashioning a fair and efficient arbitral procedure »<sup>61</sup>.

42. Il est donc nécessaire pour les arbitres de trouver un équilibre entre le respect du principe de l'égalité entre les parties et l'efficacité de la procédure arbitrale. En attribuant un pouvoir discrétionnaire étendu au tribunal dans la conduite de la procédure arbitrale, les juridictions nationales peuvent se retrancher derrière ce pouvoir pour rejeter des demandes d'annulation intempestives et dilatoires fondées sur des violations alléguées de l'égalité des parties, dont la violation effective doit en tout état de cause être sanctionnée.

## Conclusion

18. Le principe de l'égalité entre les parties est considéré comme un principe « fondateur de l'arbitrage international »<sup>62</sup> sans lequel la procédure arbitrale ne serait qu'une pantomime. De ce fait, chaque partie peut exiger qu'elle soit traitée de façon strictement égale aux autres parties du début jusqu'à la fin de la procédure.

19. Son respect doit donc être effectivement garanti par le tribunal arbitral et dans un stade ultérieur contrôlé par le juge de l'annulation, car il est le bouclier protecteur des droits des parties et participe à la garantie d'un procès équitable.

20. En revanche, ce même principe peut se présenter comme une arme procédurale au service de parties mal intentionnées qui l'instrumentalisent aux fins d'introduire des tactiques dilatoires au détriment d'une procédure efficiente.

21. Face à une *due process paranoia* ressentie chez les arbitres à la suite de la multiplication des demandes d'annulation de sentences fondées sur des allégations de rupture de l'égalité, et dans un contexte concentré sur l'efficacité de la procédure en termes de temps et de coûts, les arbitres doivent user de leur pouvoir discrétionnaire dans la conduite de l'arbitrage et mettre un terme aux tactiques dilatoires des parties. En ce sens, ils doivent trouver un équilibre entre le principe fondamental de l'égalité des parties d'une part et leur devoir de diligence d'autre part, et doivent *in fine* pouvoir

compter sur une jurisprudence audacieuse et libérale, récalcitrante à annuler « à tout va » les sentences arbitrales.

1 – 1. CEDH, 16 juillet 1968, Struppat c/RFA, req. No 2804/66.

2 – 2. Philosophie du droit – Dalloz, 1999, p. 117.

3 – 3. Art. 14 § 1 : « *Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice* ».

4 – 4. G. Born, *Arbitrage commercial international*, 2<sup>e</sup> éd., 2014, Chapitre 15 : Procédures d'arbitrage international, pp. 2172-2173.

5 – 5. G. Born, *op. cit.*, p. 2173.

6 – 6. Traduction libre : R. Oldenstam, « Ch.8 : Due Process Paranoia or Prudence? » cité dans *Stockholm Arbitration Yearbook* 2019, 121, Kluwer Law international 2019.

7 – 7. E. Loquin, « À la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gaz. Pal.* 2 juil. 2008, pp. 1-3.

8 – 8. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 janvier 1992, *Rev. arb.* 1992, p. 470.

9 – 9. CA Paris, 10 octobre 2002, *Rev. arb.* 2003, p. 1277.

10 – 10. CA Paris, Pôle 5, Ch.16, 26 janvier 2021, RG 19/10666.

11 – 11. C. Cassazione, *Coop Vigili Fuoco Borgotari v. Mariani*, 5 July 1995, (1995) I Foro pad 206 in "The Contractual Perception of Arbitral Jurisdiction as Trigger of Multi-Fora Disputes", in M. Pika, *Third-Party Effects of Arbitral Awards : Res Judicata Against Privies, Non-Mutual Preclusion and Factual Effects*, Kluwer Law International 2019, p. 25.

12 – 12. Meier in Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland* Ch. 13 [57]. Voir également : TF, *République arabe d'Égypte v. Westland Helicopters Ltd et al*, 16 May 1983, [1984] ASA Bull. 203 on ICC Case 3879.

13 – 13. Art. 8(1) LCIA ; Art 17(5) SCC ; Art 12(2) SIAC ; Art 8(2)(c) HKIAC.

14 – 14. C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Lextenso, 2019, § 275 ; TGI Paris (ord. réf.), 8 oct. 2002, *Rev. arb.* 2003, p. 199, note L. Jaeger.

15 – 15. CA Paris, 30 janvier 2013, RG n° 11/08593 : La clause compromissoire dans cette affaire dispose ce qui suit : « *Tout différend, ou question, quel qu'il soit entre les associés ou l'un d'entre eux ou leur représentant personnel, en ce qui concerne le partenariat ou les comptes, ou la résiliation ou la dissolution de celui-ci ou l'interprétation de cet accord ou les droits et obligations des associés en vertu de celui-ci, seront soumis à un arbitre unique conformément à l'Arbitration Act de 1996, ou toute modification légale ultérieure de celui-ci et en cas de différend, un tel arbitre sera choisi par les comptables du cabinet et pourra être l'un des associés senior de ce cabinet* ». La Cour d'appel de Paris a décidé relativement à la contestation de la désignation de l'arbitre par les comptables du cabinet : « *Que s'agissant de l'ordre public international français, invoqué par M. X... qui soutient pour l'essentiel, reprenant à cet égard l'argumentation par lui développée devant le premier juge, que la clause compromissoire y serait contraire en ce qu'elle prévoit des conditions de nomination de l'arbitre qui n'offrent pas les garanties d'indépendance requises, c'est encore justement que la sentence écarte dans une motivation non critiquable cette thèse ; que le texte même de l'article 16 et le déroulement factuel de la procédure anglaise mise en œuvre, ci-dessus rappelée, excluent une atteinte aux principes d'impartialité et d'indépendance de l'arbitre ; qu'en particulier, il est constant que l'expert-comptable du cabinet, régulièrement saisi, a désigné, non pas un associé senior du partenariat mais un tiers ; que quand bien même ce dernier, M. A... aurait travaillé sur un projet de sentence, qui lui a été soumis par l'une des parties, le recours à ce procédé strictement matériel ne saurait signifier, à lui seul et à défaut d'autres éléments dont M. X... n'a jamais fait état, ni devant M. D..., ni depuis, un manque d'indépendance ou d'impartialité dudit arbitre ; qu'en particulier, M. X..., non seulement n'a pas participé à la procédure d'arbitrage mise en œuvre en Angleterre mais encore n'a exercé aucune des voies de recours à l'encontre des sentences statuant spécifiquement sur la compétence de M. D... ».*

16 – 16. CA Montpellier, 12 octobre 2017, RG n° 17/00269, Bouygues travaux publics régions France ; confirmé par CA Versailles, 4 juin 2019, RG n° 17/06632, SA S.M.B c/ SASU Bouygues Bâtiment Grand Ouest, *Rev. arb.* 2019, p. 975 : « *Dès lors que les parties ont signé le contrat contenant la clause compromissoire prévoyant que la partie demanderesse en arbitrage soumette à son gré le différend à l'un des arbitres désignés dans une liste de 11 noms d'arbitres classés par ordre alphabétique sans que l'une d'elles rapporte la preuve de circonstances particulières qui se seraient opposées à ce qu'elle-même propose un certain nombre d'arbitres lors de la négociation de la convention, la preuve d'une rupture d'égalité des parties dans la désignation de l'arbitre n'est pas rapportée, d'autant plus qu'au moment de la signature du contrat, le réclamant, par définition ne peut être connu et que chacune des parties aurait parfaitement pu prendre elle-même l'initiative de soumettre un différend* ».

17 – 17. Redfern. Hunter. Smith, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, LGDJ, 1994, p. 238. Voir égal. : CA Paris, 6 mai 2003, *Rev. arb.* 2004, p. 220.

18 – 18. G. Born, *op. cit.*, p. 2172.

19 – 19. Art. 22(4) du règlement CCI 2017 et du nouveau règlement CCI 2021.

20 – 20. Art. 19(1) du règlement SIAC 2016.

21 – 21. Art. 14(4) du règlement LCIA 2014.

22 – 22. Article 35(1) du règlement de la CIETAC 2015.

23 – 23. CA Paris, 16 juin 2020, RG n° 18/09616.

24 – 24. CA Paris, 30 janvier 2013, RG n° 11/08593.

25 – 25. E. Loquin, *L'arbitrage du Commerce International*, Joly éditions, 2015, § 304.

26 – 26. *Ibid.*, § 305.

27 – 27. CA Paris, 17 novembre 2011, *Société Licensing Projects (LP) et autres v Société Pirelli & C. SPA et autres*, *Rev. arb.* 2012, p. 392 : « *L'atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties justifie l'annulation de la sentence en application de l'article 1502-4° et 5° du Code de procédure civile* » ; CA Paris, 11 avril 2002, *Rev. arb.* 2002, p. 781 : « *Il ne saurait être reproché au tribunal arbitral, sous couvert de violation du principe de la contradiction, une rupture d'égalité entre les parties et partant une violation des droits de la défense pour avoir refusé à une partie sa demande de traduction en français d'un mémoire rédigé en anglais par l'autre partie malgré les dispositions du règlement d'arbitrage de l'Association française du commerce du cacao, dès lors, d'une part, que si l'article 37 dudit règlement prévoit que la langue de l'arbitrage est le français et que le tribunal peut déclarer non recevable un document rédigé dans une autre langue que celle de l'arbitrage ou d'exiger sa traduction et, d'autre part, qu'il résulte du dossier des parties qu'elles ont correspondu en anglais tout au long des négociations puis dans la procédure "arbitrage et que l'usage de cette langue leur est tellement familier et habituel qu'elles n'ont même pas pris la peine de traduire les pièces rédigées en anglais avant de les remettre à la Cour dans le cadre du recours en annulation. Il s'ensuit que l'absence de traduction du mémoire n'a causé aucun grief à l'auteur du recours en annulation* » ; CA Paris, 21 avril 2005, *Malecki v. Long*, *Rev. arb.* 2006, pp. 673-678 : « *Considérant enfin le désintéret des consorts Malecki pour l'arbitrage manifesté en février et mars 2001 comme on a vu sous le moyen sur la violation de la contradiction ne peut justifier de les avoir privés d'exposer leur point de vue sur la constitution du tribunal arbitral afin de permettre à MM. R. et D. de prendre une décision comme les y invitait d'ailleurs l'article 11 du règlement d'arbitrage international, que les arbitres doivent informer pleinement les parties, même celle qui fait défaut ou s'abstient, de toutes les étapes et incidents de la procédure, que le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres a été méconnu alors que les consorts Malecki n'y avaient pas renoncé ainsi qu'il a été dit du seul fait de leur soumission au règlement d'arbitrage international de l'AAA* » (mise en forme ajoutée).

28 – 28. C. Kessedjian, « Principe de la contradiction et arbitrage », *op. cit.*, p. 386 ; P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, pp. 329-348.

29 – 29. CA Paris, 22 janvier 2004, *Rev. arb.* p. 647 : « *Un décalage de sept jours au profit de l'une des parties dans le calendrier de procédure ne confère à celle-ci aucun avantage décisif, même si, par la nature des choses, le demandeur dispose de plus de temps que son adversaire pour la préparation de ses arguments* » ; CA Paris, 15 juin 2006, *Rev. arb.* 2006, p. 1002 : « *Dès lors que les différents décomptes par jours proposés de manière générale et arbitraire par la recourante ne démontrent pas une inéductible inégalité de traitement entre les parties, l'égalité procédurale ne supposant d'ailleurs aucun principe d'automatisme, que la recourante a pu par trois fois prendre position sur les dommages réclamés, la dernière fois pour refuser à répondre, un choix dans sa défense qu'il lui revient d'assumer avec son conseil, que le tribunal arbitral a veillé à conduire la procédure avec efficacité, tout spécialement au regard de l'administration de la preuve, sans qu'aucun reproche ne puisse lui être fait à cet égard, et que la condamnation de la*

recourante dans l'arbitrage est due à d'autres raisons que la violation de ses droits procéduraux qui n'est pas établie, le recours est rejeté aucun des moyens d'annulation n'étant fondé». E. Loquin, « À la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *op. cit.* p. 5.

30 – 30. G. Born, *op. cit.*, pp. 2174, 2175.

31 – 31. G. Born, *op. cit.*, p. 2174.

32 – 32. CA Paris, 12 juin 2003, Rev. arb. 2004, 894, note D. Bensaude.

33 – 33. CA Paris, 23 juin 2005, Rev. arb. 2005, p. 799.

34 – 34. Voir égal. : les Codes de procédure civile néerlandais (art 1033, §1) et tunisien (art 57) et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (art. 14, §1).

35 – 35. Selon la formule de la Cour d'appel de Paris qui énonce que « dans l'exercice de leur fonction, les arbitres doivent être indépendants et impartiaux pour assurer à chaque partie un traitement égal au cours d'un procès équitable » (CA Paris, 23 février 1999, RTD com. 1999, p. 371, obs. E. Loquin).

36 – 36. C. Seraglini et J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 658, n° 729.

37 – 37. *Ibid.*, p. 658, n° 730.

38 – 38. *Ibid.*, p. 239, n° 226.

39 – 39. T. com., Paris, 6 juill. 2004, D. 2005, pan., p. 3056, obs. Th. Clay ; Rev. arb. 2005, p. 709, note M. Henry.

40 – 40. E. Loquin, « À la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 8 ; Th. Nagel, *Égalité et partialité*, PUF, 1994 ; S. Jossierand, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, 1988, n° 133, p. 134.

41 – 41. TGI Paris, 29 octobre 1996, inédit, cité par Th. Clay, *L'arbitre*, n° 329.

42 – 42. *Ibid.*

43 – 43. E. Loquin, *L'arbitrage du Commerce International*, Joly éditions, 2015, § 311.

44 – 44. *Ibid.*

45 – 45. E. Loquin, « À la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 8.

46 – 46. CA Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1997, Rev. arb. 1998, p. 131.

47 – 47. CA Paris, 23 juin 2005, Rev. arb. p. 799.

48 – 48. E. Loquin, « À la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 9.

49 – 49. Rejet par les juges nationaux des demandes d'annulation de sentence fondée sur une violation du respect de l'égalité des parties et de l'égalité des armes : CA Paris, 21 mars 2017, RG n° 15/17234 ; CA Paris, 14 mai 2019, RG n° 16/16502 ; CA Paris, 28 mai 2019, RG n° 17/03659.

50 – 50. CA Paris, 6 mai 2003, Rev. arb., 2004.720.

51 – 51. CA Paris, 21 mars 2017, RG n° 15/17234.

52 – 52. M. Boissonon, « Post-scriptum critique sur les principes de la procédure arbitrale en droit français », Rev. arb. 2018, p. 723 ; CA Paris, 2 avril 2019, Monsieur Vincent J. Ryan, Sociétés Schooner Capital et Atlantic Investment Partners LLC v. République de Pologne, Rev. arb. 2019, pp. 304-306 : « L'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris les preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation substantiellement désavantageuse par rapport à son adversaire ».

53 – 53. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2013, n° 11-27.770 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 octobre 2018, n° 17-21.411.

54 – 54. CA Paris, 8 novembre 2016, RG n° 13/2002.

55 – 55. L. Reed, *Ab(use) of Due Process : Sword v. Shield*, 33(3) Arb. Int'l 361, 365 (Sept. 2017) in Ch. Liebscher, "Teamwork Approach in Arbitration: A New Perspective", Journal of International Arbitration, 2020, Vol. 37, Issue 3, p. 311.

56 – 56. K. Peter Berger & J. O. Jensen, *Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rules: A Safe Harbour for Procedural Management Decisions by International Arbitrators*, 32 Arb. Int'l 415, 425-428 (2016) in Ch. Liebscher, "Teamwork Approach in Arbitration: A New Perspective", JIA, 2020, Vol. 37, Issue 3, p. 312.

57 – 57. Traduction libre : J. Feng, B. Teo, Judicial Support against Due Process Paranoia in International Arbitration, (Debevoise & Plimpton), June 16, 2020.

58 – 58. Remarks 5 and 6 on Art. 19, "Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration", United Nations document A/CN.9/264, reproduced in Holtzmann, Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer 1989, p. 584.

59 – 59. Voir également : Article 14.1 du Règlement LCIA : « Under the Arbitration Agreement, the Arbitral Tribunal's general duties at all times during the arbitration shall include: (i) a duty to act fairly and impartially as between all parties, giving each a reasonable opportunity of putting its case and dealing with that of its opponent(s); and (ii) a duty to adopt procedures suitable to the circumstances of the arbitration, avoiding unnecessary delay and expense, so as to provide a fair, efficient and expeditious means for the final resolution of the parties' dispute. 14.2 The Arbitral Tribunal shall have the widest discretion to discharge these general duties, [...] ; and at all times the parties shall do everything necessary in good faith for the fair, efficient and expeditious conduct of the arbitration, including the Arbitral Tribunal's discharge of its general duty » ; Article 22(2) du Règlement de la CCI de 2021 : « Afin d'assurer une gestion efficace de la procédure et après avoir consulté les parties, le tribunal arbitral adopte les mesures procédurales qu'il juge appropriées et qui ne se heurtent à aucun accord des parties. Ces mesures peuvent comprendre une ou plusieurs des techniques de gestion de la procédure décrites à l'Appendice IV ».

60 – 60. Triulzi Cesare SRL v. Xinyi Group (Glass) Co. Ltd [2014] SGHC 220, para. 151 (Singapore High Court 2014) citing Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* 551 (Kluwer 1989).

61 – 61. G. Born, *International Commercial Arbitration* Chapter 13 : Rights and Duties of International Arbitrators, 3rd edition, 2021, p. 2175.

62 – 62. Ch. Séragliani, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, Lextenso, 2019, § 765.