

□ Obligation de révélation de l'arbitre : tentative de synthèse après la publication des nouvelles règles de l'IBA

Issu de Cahiers de l'arbitrage - 01/01/2015 - n° 1 - page 29
ID : CAPJA201529

Auteur(s):

- Grégoire / Quentin Bertrou / de Margerie

RÉSUMÉ

L'adoption récente des nouvelles lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international est l'occasion de dresser un état des lieux du champ d'application de l'obligation de révélation des arbitres et de souligner les difficultés pratiques persistantes auxquelles les praticiens sont régulièrement confrontés.

Tout en maintenant la distinction déjà établie entre les listes rouge (situation de conflit d'intérêt objectif), orange (hypothèses qui, selon les faits de l'espèce, peuvent faire naître des doutes légitimes dans l'esprit des parties quant à l'impartialité et à l'indépendance de l'arbitre) et verte (situations dans lesquelles il n'existe objectivement aucun conflit d'intérêt, ni en apparence, ni en fait), les nouvelles lignes directrices proposent des clarifications bienvenues. Se voient ainsi précisées les modalités de l'obligation de révélation dans le temps, le rôle respectif de l'arbitre et des parties dans la recherche de potentiels conflits d'intérêts, ou encore l'étendue de l'obligation de révélation des arbitres membres d'un cabinet d'avocats international, ou nommés dans une affaire à laquelle des tiers sont financièrement intéressés.

Fluctuante sur certains points, la jurisprudence française récente traduit cependant une rigueur et sévérité accrue dans l'appréciation des conflits d'intérêts. L'arbitre est aujourd'hui tenu de révéler tout conflit d'intérêt potentiel de manière exhaustive et circonstanciée, tout au long de l'arbitrage, et quelles que soient les difficultés pratiques rencontrées.

Dans ce contexte, certaines recommandations pratiques nous semblent pouvoir être formulées sur les problématiques suivantes :

- L'exception à la révélation prise du caractère public de l'information en cause doit être appréciée de façon restrictive. En l'état actuel de la jurisprudence, seules les informations contenues dans le curriculum vitae de l'arbitre et celles directement accessibles dès le début de l'instance arbitrale via un moteur de recherche internet doivent être considérées comme notoires. En cas de doute, l'arbitre devrait trancher en faveur de la révélation.

- Le devoir de révélation de l'arbitre est permanent, et la signature par les parties d'une déclaration de renonciation (en anglais « advance waiver ») en début de procédure ne saurait le libérer de son obligation. L'arbitre devra donc s'assurer, à chaque étape-clé de la procédure (et au minimum avant la signature de l'acte de mission, l'audience de plaidoirie et la remise de la sentence) qu'une nouvelle source de conflit potentiel n'est pas apparue.

- L'arbitre exerçant dans un cabinet d'avocats international devra considérer être tenu d'une obligation de résultat pour ce qui concerne la révélation des liens pouvant exister entre son cabinet et les parties. Il devra donc s'assurer du caractère exhaustif de la procédure de recherche de conflits d'intérêts mise en œuvre au moment de sa désignation et renouvelée par la suite.

- Au regard de l'évolution de la jurisprudence, l'on peut par ailleurs s'interroger sur l'opportunité d'identifier les potentiels conflits d'intérêts découlant des liens entre le cabinet de l'arbitre et les conseils des parties. Les cabinets d'avocats comptant dans leurs effectifs des personnes régulièrement désignées comme arbitres pourraient ainsi envisager de conserver, dans des bases de données ad hoc et pour chaque affaire concernée, le nom des conseils ayant procédé à la nomination de ces dernières. La mise en place d'une telle procédure ne sera cependant pas sans créer des difficultés pratiques, notamment pour les cabinets impliqués dans un nombre significatif de procédures.

SUMMARY

The recent adoption of the revised IBA guidelines on conflicts of interest in international arbitration is an opportunity to review the scope of arbitrator's disclosure obligation, while at the same time emphasizing the persistent practical difficulties practitioners are confronted with.

Whilst maintaining the already established distinction between red (circumstances that necessarily raise justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence), orange (situations that, depending on the facts of a given case, may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence) and green lists (situations where no appearance and no actual conflict of interest exists from an objective point of view), the revised guidelines propose welcomed clarifications. Have in particular been clarified, the disclosure obligation timeframe, the arbitrator and the parties' respective roles in seeking potential conflicts of interest, and the scope of the disclosure obligation for arbitrators who are either members of an international law firm or have been nominated in a case where third parties have financial interests.

Though elusive on certain points, recent French case law portrays increased rigor and severity in interpreting conflicts of interest. The arbitrator must disclose any potential conflict of interest in a comprehensive and circumstanced manner, throughout the duration of the arbitration, and whatever the practical difficulties encountered.

In this context, we would like to suggest the following practical recommendations:

- The disclosure exception deriving from the public nature (« caractère notoire ») of the alleged information must be interpreted restrictively. With the current state of case law, only information contained in the arbitrator's curriculum vitae or directly accessible from the beginning of the arbitration proceedings using a leading Internet search engine can be considered of public nature. If there is a doubt, the arbitrator must rule in favor of disclosure.

- The arbitrator's disclosure obligation is permanent, and the parties signing an advance waiver at the beginning of the proceedings does not release the arbitrator from his obligation. The arbitrator must therefore ensure at each key stage of the proceedings (and at least before signing the Terms of Reference, the hearing for oral arguments and the issuance of the award) that no new source of potential conflict has arisen.

- Arbitrators practicing in an international law firm must consider being bound by a duty to achieve a result relating to possible links existing between their firms and the parties. They must therefore ensure a comprehensive conflicts of interest check has been carried out at the time of nomination and renewed thereafter.

- In view of recent case law developments, one could also consider the opportunity of including in conflicts checks any potential conflicts of interest arising from links between the arbitrator's firm and the parties' counsel. Law firms, whose lawyers are regularly appointed as arbitrators, could envisage keeping ad hoc databases for each relevant case, with the names of counsel having nominated the latter. However, implementing such procedure would not be without practical difficulties, especially for firms involved in a significant number of cases.

À l'instar du juge, l'arbitre doit demeurer indépendant et impartial en toutes circonstances à l'égard des parties. Il s'agit là d'un « *principe de justice universelle* »², une exigence supérieure de l'idéal de justice, qui relèverait selon certains auteurs d'un ordre public procédural transnational³. L'indépendance d'esprit est en effet, selon la Cour de cassation, indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, et constitue l'une des qualités essentielles de la fonction arbitrale⁴.

Le respect de cette exigence suppose de la part de l'arbitre une obligation de révélation aux parties des causes susceptibles de mettre en doute son indépendance ou son impartialité.

Dans ce qu'il est désormais convenu de nommer l'ancien droit de l'arbitrage issu des décrets de 1980 et 1981⁵, l'obligation de révélation découlait de l'[article 1452 du Code de procédure civile](#)⁶ et se voyait confinée aux « *causes de récusations* » de l'article 341 du même Code, applicables aux magistrats de l'ordre judiciaire. Cette situation a rapidement été jugée peu satisfaisante, la doctrine relevant que ces causes de récusation étaient « *tantôt trop restreintes, tantôt trop larges* »⁷. La jurisprudence elle-même s'est peu à peu affranchie de la lettre du texte de l'article 1452 pour retenir une conception plus générale du devoir de révélation de l'arbitre⁸.

La réforme opérée par le [décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011](#) a codifié cette évolution prétorienne. Désormais, le siège de l'obligation de révélation réside à l'[article 1456 du Code de procédure civile](#)⁹. Ce dernier précise que l'obligation de révélation est permanente et se poursuit tout au long de la procédure d'arbitrage¹⁰, l'arbitre ayant l'obligation d'adresser aux parties une nouvelle déclaration d'indépendance si tout fait de nature à remettre en cause son indépendance venait à être découvert.

Centré sur l'appréciation des parties¹¹, le devoir de révélation a pu être qualifié d'objectif. Il doit en effet conduire l'arbitre à révéler toute circonstance qui pourrait objectivement faire naître dans l'esprit d'un tiers un doute quant à son indépendance et son impartialité, peu important que ces qualités soient ou non effectivement « *altérées dans la personne de l'arbitre* »¹². L'appréciation de l'arbitre consiste donc à se placer dans l'esprit d'un tiers objectif, afin de déterminer si les circonstances dont il envisage la révélation seraient ou non susceptibles de créer pour ce dernier un doute quant à son impartialité ou son indépendance¹³.

Si l'obligation de révélation imposée à l'arbitre n'est aujourd'hui pas contestée dans son principe, sa mise en œuvre n'est pas sans poser de sérieuses difficultés pratiques. En particulier, la question de l'étendue de l'obligation de révélation se pose régulièrement aux praticiens de l'arbitrage, qu'ils soient arbitres ou parties, au point de donner naissance à un contentieux aujourd'hui abondant.

Comment doit-on interpréter l'expression « *toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité* » ? La question se pose avec une acuité particulière pour les arbitres qui, au titre de leur activité habituelle – par exemple, l'exercice de la profession d'avocat – font partie d'une structure internationale de taille significative, dans laquelle de multiples conflits d'intérêts indirects peuvent aisément survenir.

Pour répondre à cette question, les praticiens disposent de plusieurs outils, dont les lignes directrices publiées par l'*International Bar Association*¹⁴ (« IBA »), qui ont permis d'apporter un cadre théorique et pratique à la difficile gestion des conflits d'intérêt dans l'arbitrage. Relativement anciennes et parfois critiquées¹⁵, ces règles restent dans les faits un outil utile auquel il est largement fait recours¹⁶.

Une décennie après leur première parution, une version révisée de ces lignes directrices vient d'être adoptée par résolution du Conseil de l'IBA du 23 octobre 2014¹⁷. Cette nouvelle version s'inscrit résolument dans la continuité de l'ancienne, en reprenant le même classement par couleur selon chaque catégorie de faits ou situation envisagée :

- une liste rouge rend compte de situations dans lesquelles « *il existe un conflit d'intérêts objectif du point de vue d'un tiers raisonnable ayant connaissance des faits* ». Elle se subdivise en une liste rouge « *non susceptible de renonciation* », recensant les cas où « *le principe général selon lequel on ne peut être à la fois juge et partie serait applicable* », et où « *une révélation ne saurait suffire à éliminer le conflit* », et une liste rouge « *susceptible de renonciation* », recensant les hypothèses de conflits sérieux, mais qui peuvent néanmoins amener l'arbitre à accepter ou poursuivre sa mission, pour autant que les parties aient formellement exprimé leur volonté de voir la personne concernée agir comme arbitre malgré ce conflit ;
- une liste orange renvoie quant à elle aux hypothèses qui sont susceptibles de « *faire naître des doutes légitimes dans l'esprit des parties quant à l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre* », et font peser sur ce dernier une obligation de révélation ; et, enfin
- une liste verte permet de poser une « *limite raisonnable* »¹⁸ au devoir de révélation en recensant des hypothèses qui ne donnent objectivement pas lieu à conflit d'intérêts.

Les lignes directrices dans leur version de 2014 envisagent de nouvelles situations et apportent certaines précisions bienvenues concernant les problématiques déjà abordées par le précédent millésime. C'est notamment le cas de la question de l'étendue de l'obligation de révélation des arbitres membres de structures internationales.

Mais il reste un certain nombre de zones d'incertitudes, notamment les critères permettant de caractériser la nature et l'étendue des relations commerciales entre le cabinet d'un arbitre et une partie ou l'une de ses sociétés affiliées¹⁹, les liens familiaux ou amicaux à prendre en considération²⁰, ou encore les liens entre cabinets d'avocats intervenant dans l'arbitrage²¹ (indirectement en qualité de conseil ou d'arbitre). Par ailleurs, les juges ne sont pas liés par les lignes directrices de l'IBA et la jurisprudence, qui reste encore relativement fluctuante en la matière²², devra prendre position sur l'ensemble de ces situations.

L'enjeu est pourtant de taille, puisque le manquement au devoir de révélation est susceptible de conduire selon les espèces à la récusation de l'arbitre, à l'annulation de la sentence ou au refus de son exequatur.

Sur la base de la typologie établie par l'IBA, l'objet du présent article est donc de tenter une synthèse des principes aujourd'hui fixés en jurisprudence, de mettre en exergue les difficultés persistantes auxquelles sont confrontés les praticiens et de proposer certaines pistes de réflexion pratiques.

La difficulté de mise en œuvre de l'obligation de révélation de l'arbitre consiste à pouvoir distinguer ce qui n'a pas à être révélé (I) de ce qui doit l'être (II), ou, pour reprendre la classification proposée par l'IBA, ce qui figure sur la liste verte de ce qui figure sur les listes rouge et orange.

I. – Faits qui n'ont pas à être révélés par l'arbitre

La liste verte proposée par les lignes directrices de l'IBA est relativement courte, ce qui traduit tout simplement le fait qu'il n'existe qu'un nombre limité de liens entre un arbitre et une partie ou son conseil qui ne sont objectivement pas susceptibles de faire naître dans l'esprit des litigants un doute raisonnable quant à l'indépendance de l'arbitre, et que ce dernier est dès lors fondé à taire.

Les lignes directrices de l'IBA précisent que cette liste n'est pas exhaustive²³. La relative brièveté de l'énumération par rapport aux listes rouge et orange n'en reste cependant pas moins symptomatique.

À l'examen de la jurisprudence, les liens qui n'ont pas à être révélés par l'arbitre peuvent être regroupés en deux catégories : (A) ceux qui n'ont objectivement aucune incidence sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre d'une part, et (B) ceux qui sont notoires d'autre part.

A. Faits n'ayant objectivement aucune incidence sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre

Dans cette première catégorie figurent d'abord les hypothèses dans lesquelles les relations entre l'arbitre et les parties ou le litige sont d'ordre purement académique.

Ainsi, l'arbitre n'est pas tenu de révéler avoir rédigé des articles de presse dans lesquels il exprime des opinions politiques n'ayant pas de lien direct avec le litige objet de l'arbitrage²⁴.

Plus largement et à suivre les lignes directrices de l'IBA, ne rentre pas dans le champ de l'obligation de révélation le fait que l'arbitre ait exprimé « *un avis ou une opinion juridique sur une question qui se pose également dans l'arbitrage, sans que l'objet du litige*

soit le sujet principal de cet avis ou de cette opinion »²⁵.

Cette position est en ligne avec la jurisprudence, qui a jugé que n'est pas de nature à faire douter de l'indépendance ou de l'impartialité de l'arbitre le fait que ce dernier ait assisté en tant qu'avocat, sans intervenir comme orateur, à un colloque auquel le dirigeant et le conseil d'une des parties avaient également participé²⁶.

Les lignes directrices de l'IBA précisent qu'il en va de même lorsque l'arbitre est intervenu comme orateur ou organisateur dans des colloques auxquels assistaient d'autres membres du tribunal arbitral ou les conseils des parties²⁷, ou encore lorsque ces derniers interviennent comme professeur dans une école ou une faculté où l'arbitre enseigne lui aussi²⁸.

Un autre cas de figure est celui de l'appartenance commune de l'arbitre et d'une partie ou de son conseil à une même association professionnelle ou sociale²⁹. Ainsi, l'arbitre n'est pas tenu de révéler être le président d'une association de gestion comptant plusieurs milliers d'adhérents, dont l'une des parties à l'arbitrage³⁰.

D'après les lignes directrices de l'IBA, tel est également le cas lorsque l'arbitre et/ou un autre membre du tribunal arbitral, une des parties ou son conseil appartiennent à un même réseau social³¹. Cette précision, qui ne figurait pas dans la version de 2004, fait notamment écho à l'arrêt rendu en 2011 par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Neoelectra*³², dans lequel les magistrats avaient déjà semblé n'accorder que peu d'importance au fait que l'un des arbitres ait été « ami » avec le conseil d'une des parties sur le réseau social Facebook.

En pratique, ces situations ne nous semblent pas susceptibles de poser de difficulté particulière et n'appellent donc pas d'appréciation critique.

B. Faits notoires

L'arbitre n'est pas non plus tenu de faire figurer dans sa déclaration d'indépendance les liens avec les parties ou leurs conseils ayant un caractère notoire, même s'il peut bien évidemment décider de le faire pour préempter toute difficulté ultérieure.

Cette seconde catégorie d'éléments que l'arbitre est fondé à taire procède d'une logique différente de la première. Contrairement à cette dernière, les liens qui y figurent ne sont pas nécessairement anodins, et il n'est pas exclu que certains d'entre eux puissent justifier la récusation de l'arbitre, si tant est que la demande tendant à cette fin ne soit pas présentée de manière tardive.

Cependant, du fait de leur caractère notoire, les parties sont réputées avoir connaissance de ces éléments, nonobstant le silence de l'arbitre. Dès lors, elles ne peuvent en faire état pour la première fois au soutien d'une demande d'annulation de la sentence³³.

Cette solution s'inscrit dans le principe édicté par l'[article 1466 du Code de procédure civile](#), selon lequel « *la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* »³⁴.

Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris³⁵ a justifié cette fin de non-recevoir par le devoir de loyauté procédurale s'imposant aux parties, lequel est également rappelé dans la règle générale 4.a des lignes directrices de l'IBA :

« Considérant, en second lieu, qu'il est de principe que l'arbitre doit révéler aux parties toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance qui sont l'essence même de la fonction arbitrale ; que toutefois, l'obligation d'information qui pèse sur l'arbitre, aussi bien lors de sa désignation qu'au cours de la procédure d'arbitrage, doit s'apprécier au regard de la notoriété de la situation critiquée et de son incidence sur le jugement de l'arbitre ;

Et considérant qu'une partie qui excipe tardivement de griefs dont elle n'établit pas qu'elle n'en aurait pas eu ou pu avoir connaissance antérieurement, manque à son obligation de loyauté procédurale ; (...). ».

De ces prémisses, la Cour déduit en l'espèce qu'une requête en récusation fondée sur des éléments publiquement disponibles sur Internet depuis le début de l'arbitrage et présentée le jour de la reddition de la sentence est tardive.

Le raisonnement de la Cour d'appel de Paris est à rapprocher de la règle générale 7 des lignes directrices de l'IBA, en application de laquelle il revient à chacune des parties de « *déployer ses meilleurs efforts pour obtenir et révéler toute information concernant des faits [...] susceptibles d'affecter l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre* », et ce au début de la procédure mais également tout au long de celle-ci³⁶.

Se pose dès lors la question de ce qui en pratique peut être considéré comme notoire. En particulier, toute information publiquement accessible répond-elle nécessairement au critère de notoriété ?

Pour un auteur, « *il faut considérer comme notoires des informations auxquelles des diligences minimales, dont on peut raisonnablement considérer qu'elles auraient dû être entreprises, auraient permis d'accéder* »³⁷.

La jurisprudence a eu à se prononcer sur cette question à de nombreuses reprises. Elle a ainsi pu considérer comme notoires :

- Le fait que l'un des arbitres soit le président d'une association professionnelle (en l'espèce, la fédération de négoce agricole) dont l'une des parties est membre, cette qualité « *étant de notoriété publique dans le commerce agricole* », domaine dans lequel les parties évoluent³⁸ ;

- Le fait que le président du tribunal arbitral soit associé du cabinet d'avocats conseil habituel de l'une des parties, dans la mesure où le conseil de l'autre partie était lui-même intervenu deux ans auparavant pour le compte d'autres clients dans une procédure l'opposant à la première partie, assistée de son conseil habituel³⁹ ;
- Le fait qu'un associé du président du tribunal arbitral membre d'un cabinet d'avocat soit l'administrateur d'une société dont un actionnaire significatif était également actionnaire indirect de l'une des parties, dans la mesure où cette dernière prise de participation était publique⁴⁰ ;
- Le fait que le président du tribunal arbitral ait entretenu des liens professionnels avec un cabinet dont deux des avocats ont assisté une partie lors de l'instance arbitrale, et plus précisément (i) le fait que ces trois personnes soient intervenues lors d'un même procès, faisant l'objet d'une couverture médiatique, pour la défense de parties différentes, (ii) le fait qu'elles aient pris part à un groupe de travail installé par le Ministre de la justice et dont le rapport a été rendu public, et (iii) le fait qu'elles soient intervenues dans la même affaire pour le compte de parties différentes devant la commission des sanctions de l'autorité des marchés financiers, dont la décision avait été publiée sur le site Internet de cette dernière⁴¹ ;
- Le fait que l'un des arbitres ait été dans le passé collaborateur au sein d'un cabinet d'avocats français reconnu où le conseil de l'une des parties était alors associé⁴² ;
- Le fait que deux des arbitres se trouvent, dans le cadre de leurs activités académiques, en situation de subordination hiérarchique à l'égard d'universitaires auteurs de consultations versées aux débats par l'une des parties, dans la mesure où les fonctions respectives des arbitres et des universitaires en cause figuraient soit sur leur curriculum vitae disponible auprès du centre d'arbitrage, soit sur les sites Internet des institutions concernées⁴³.

Il est pour le moins délicat de dégager une définition générale du critère de notoriété à partir de ces décisions disparates, ce qui explique d'ailleurs l'existence de vifs débats doctrinaux à ce sujet. Tout au plus peut-on constater que les juridictions se livrent à une appréciation *in concreto* des relations entre les différentes parties à l'arbitrage et de la connaissance – prouvée ou non – des liens les unissant.

Un auteur a pu en conclure que le critère de notoriété était « *aléatoire et subjectif* »⁴⁴, relevant que « *cette exonération pour cause de notoriété relève d'une économie de moyens peu compatible avec les principes fondamentaux en jeu* », et qu'à cet égard, « *l'approximation de ce critère est évidente* »⁴⁵.

C'est dans ce contexte que par sa décision *AGI* du 14 octobre 2014⁴⁶, la Cour d'appel de Paris a apporté des précisions particulièrement bienvenues, même si elles conduisent à adopter une définition restrictive de la notion de notoriété, tant du point de vue conceptuel que du point de vue temporel :

« *Considérant, d'une part, que si des informations publiques et très aisément accessibles, que les parties ne pouvaient pas manquer de consulter avant le début de l'arbitrage, sont de nature à caractériser la notoriété d'un conflit d'intérêt, en revanche, il ne saurait être raisonnablement exigé, ni que les parties se livrent à un dépouillement systématique des sources susceptibles de mentionner le nom de l'arbitre et des personnes qui lui sont liées, ni qu'elles poursuivent leurs recherches après le début de l'instance arbitrale (...)* ».

Les enseignements de cet arrêt sont clairs :

- d'une part, il ne suffit pas qu'une information soit publique pour qu'elle soit notoire. Encore faut-il qu'elle soit « *très aisément accessible* », au point que les parties ne « *[puissent pas] manquer de les consulter avant le début de l'arbitrage* ». La solution semble nettement moins rigoureuse à l'égard de ces dernières que celle préconisée par la règle générale 7 des lignes directrices de l'IBA, en application de laquelle les parties doivent effectuer leurs « *meilleurs efforts* » pour obtenir et révéler toutes les informations qui leur sont « *accessibles* »⁴⁷, le critère de publicité de ces informations ayant même été retiré dans la nouvelle version des règles de 2014.
- D'autre part, le devoir de diligence des parties s'éteint une fois l'instance arbitrale lancée, même pour ce qui concerne les informations répondant à la définition de notoriété. Encore une fois, la solution est plus favorable aux parties que celle préconisée par la nouvelle version des lignes directrices de l'IBA, selon laquelle les diligences de ces dernières doivent se poursuivre « *tout au long de la procédure* ».

Par opposition, le devoir de révélation de l'arbitre à l'égard des parties perdure pendant toute la procédure arbitrale. À cet égard, l'article 3.b des nouvelles lignes directrices de l'IBA précise d'ailleurs que les déclarations de renonciation par lesquelles les parties s'engagent à ne plus remettre en cause l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre après le début de l'arbitrage (en anglais, « *advance waiver* ») ne déchargent pas ce dernier de son obligation de révélation continue⁴⁸.

L'arrêt *AGI* ne précise cependant pas expressément quel type d'information est susceptible de répondre concrètement au critère de notoriété tel qu'il l'a défini.

Tout au plus indique-t-il qu'en l'espèce, la publication sur Internet, un an et demi après le début de l'arbitrage, de l'intervention par le cabinet d'avocat de l'arbitre pour le compte de la société-mère d'une des parties ne suffisait pas à rendre cette information notoire.

Si les lignes directrices de l'IBA n'explicitent pas le degré de « *due diligence* »⁴⁹ attendu des parties, il nous semble cependant possible de suggérer une interprétation pratique : outre les informations mentionnées sur le curriculum vitae, ne pourront être

considérées comme notoires que les informations directement disponibles par le biais de recherches basiques – nom de l'arbitre, des parties et de leurs conseils, et le cas échéant de la structure dans laquelle ils exercent – sur un moteur de recherche du type Google ou Yahoo⁵⁰, et ce avant le début de l'instance arbitrale. Ce type de recherches est en effet généralement effectué par les conseils spécialisés en droit de l'arbitrage afin de s'assurer de l'adéquation du panel avec le litige en cause, et présente l'avantage de ne pas être exagérément lourdes ou fastidieuses.

Quoi qu'il en soit, en cas de doute sur le caractère notoire ou non de liens le liant aux parties ou à leurs conseils, l'arbitre sera bien avisé de se conformer aux règles générales 3.d et 3.e des lignes directrices de l'IBA⁵¹ sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, selon lesquelles « *si l'arbitre a des doutes sur la nécessité de révéler certains faits ou circonstances, celui-ci doit trancher en faveur de la révélation* » et ce « *sans tenir compte du stade auquel se trouve la procédure arbitrale* ».

Plus généralement, il serait hasardeux pour un arbitre de s'abstenir de révéler une circonstance susceptible d'affecter son indépendance sur le seul fondement de sa prétendue notoriété, ainsi qu'en témoigne le récent arrêt *Dukan de Nitya*⁵² de la Cour d'appel de Paris. Dans cette affaire, la Cour avait fait droit à une demande d'annulation fondée sur le caractère « *délibérément tronqué et réducteur de la déclaration d'indépendance* » de l'un des arbitres, lequel s'était abstenu de signaler qu'il siégeait avec le conseil de l'une des parties dans un même conseil d'administration, et qu'il était le délégué général d'une association dont ce même conseil était l'avocat, « *peu important à cet égard la parfaite accessibilité dès le début de la procédure arbitrale des informations quant aux liens unissant l'arbitre à l'un des associés du cabinet d'avocats, conseil de l'autre partie* ».

Réciproquement, se pose pour les parties la question de savoir si elles doivent se contenter d'accomplir les diligences minimales suggérées par l'arrêt *AGI*, ou au contraire se conformer à la règle générale 7 des lignes directrices de l'IBA en se tenant continuellement informées, dans la mesure du possible, des circonstances susceptibles d'affecter l'indépendance et l'impartialité des arbitres.

La seconde solution est sans doute la plus judicieuse. Elle permettra en effet aux parties d'introduire leurs potentielles demandes de récusation le plus tôt possible dans la procédure, et d'éviter ainsi les délais et les frais supplémentaires inhérents aux recours en annulation.

En pratique, elle peut se matérialiser par la mise en place d'une simple veille concernant toute actualité publique mentionnant le nom d'une partie, de son conseil, de l'arbitre ou du cabinet dans lequel ils exercent.

II. – Faits qui doivent être révélés par l'arbitre

Les listes rouge et orange des règles IBA détaillent, de manière non exhaustive⁵³, de nombreuses hypothèses dans lesquelles il existe un conflit d'intérêt objectif, ou à tout le moins un risque de tel conflit, qui imposent *a minima* à l'arbitre d'en faire la révélation aux parties, que ce soit dans sa déclaration d'indépendance ou au cours de l'arbitrage⁵⁴.

Ces critères sont centrés sur l'existence de liens familiaux, professionnels, capitalistiques ou sociaux entre les parties, leurs affiliés et leurs conseils d'une part, et les arbitres et les structures auxquelles ils sont liés⁵⁵ d'autre part. Si certains des cas de figure ne nécessitent pas de précision particulière⁵⁶, d'autres dépendent de facteurs volontairement définis de manière très large, dont certains seulement ont été précisés par la jurisprudence.

Pour autant, le fait que l'appartenance de certains liens à la liste rouge ou orange dépende de critères sujets à interprétation n'a pas de véritable portée pratique, dans la mesure où le résultat pour l'arbitre est le même : ces liens doivent être révélés.

D'emblée, il convient de souligner que pour reprendre une distinction déjà largement diffusée en doctrine⁵⁷ et souvent expérimentée en pratique, les difficultés auxquelles est confronté l'arbitre diffèrent grandement selon que ce dernier se trouve en présence d'un risque de conflit d'intérêts qualifiés de « direct »⁵⁸ ou « indirect »⁵⁹. C'est dans ce dernier cas que la situation est de loin la plus délicate, en particulier pour les arbitres faisant partie de structures de taille internationale, à l'instar de certains cabinets d'avocats.

Cette distinction et les conséquences pratiques en découlant ont pu conduire la doctrine à moduler la force de l'obligation de révélation s'imposant à l'arbitre. Obligation de résultat en cas de possibilité de conflit d'intérêts direct, elle ne serait que de moyens dans le cadre d'un conflit d'intérêt indirect, sauf à ce que les parties aient interpellé l'arbitre sur le conflit en cause⁶⁰. Pour ce dernier type de conflits, l'arbitre ne serait ainsi tenu que d'agir en professionnel diligent⁶¹, c'est-à-dire de se renseigner activement pour être en mesure d'informer les parties de l'existence de tout conflit d'intérêts potentiel⁶². Dès lors, ne manquerait pas à son obligation de révélation l'arbitre qui n'aurait pas identifié un conflit indirect après avoir accompli toutes les diligences que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui⁶³.

Les conflits d'intérêts directs (A) et indirects (B) seront successivement étudiés.

A. Conflits d'intérêts directs

S'agissant des conflits directs, tout d'abord, deux hypothèses concentrent la plus grande partie des difficultés rencontrées par les praticiens⁶⁴. Il s'agit de la relation de « clientèle » existant entre l'arbitre et l'une des parties ou ses affiliées⁶⁵ et des cas dans

lesquels un arbitre est nommé régulièrement par la même partie ou son conseil⁶⁶.

La relation de clientèle entre l'arbitre et l'une des parties ou ses affiliées

Il est tout d'abord possible que l'une des parties soit ou ait été le client de l'arbitre, par exemple dans le cadre des fonctions d'avocat de ce dernier. Dans ce type d'hypothèses, les lignes directrices de l'IBA prennent en compte quatre critères essentiels que sont (i) le caractère actuel ou non de la relation de clientèle, (ii) le caractère régulier ou non de cette relation, (iii) le fait que cette relation soit liée ou non au litige soumis à l'arbitrage et enfin (iv) les revenus financiers tirés par l'arbitre de cette relation⁶⁷.

Selon les caractéristiques de la relation le liant avec une partie, l'arbitre pourra être amené à décliner sa désignation, ou à ne l'accepter que sous réserve de l'obtention d'une renonciation expresse des parties à se prévaloir du conflit.

Ainsi, le fait que l'arbitre pressenti ou le cabinet dans lequel il exerce conseille régulièrement une partie ou l'une de ses affiliées et en tire des revenus financiers « *importants* » doit, selon les lignes directrices de l'IBA, conduire l'arbitre pressenti à refuser de siéger.

Dans tous les cas, l'arbitre devra *a minima* faire état de ses liens avec la partie en cause⁶⁸, et ce de manière précise et complète, afin de mettre les parties en mesure de décider si les liens dévoilés justifient une demande de récusation.

La nouvelle version des lignes directrices de l'IBA consacre à cet égard une précision importante, en n'évaluant plus les risques de conflit d'intérêts de l'arbitre vis-à-vis de la seule partie ayant procédé à sa nomination⁶⁹. Dès lors, un risque de conflit avec une partie qui ne l'a pas nommé devra tout de même faire l'objet d'une révélation.

L'approche adoptée par la jurisprudence sur ce sujet est en ligne avec les lignes directrices de l'IBA.

Les tribunaux ont par exemple jugé que l'arbitre poursuivant une mission de conseil et d'assistance technique pour une partie, parallèlement à l'arbitrage, est tenu de la révéler⁷⁰.

Il en va de même pour un arbitre ayant fait partie du groupe d'experts constitué auprès du président d'une filiale d'une société partie à l'arbitrage⁷¹, ou pour l'arbitre administrateur du cabinet exerçant les fonctions de commissaire aux comptes pour plusieurs filiales de la société qui l'a désigné⁷².

Les nominations régulières de l'arbitre par une même partie ou son conseil

La règle 3.1.3 des lignes directrices de l'IBA impose à l'arbitre de révéler si, au cours des trois années précédant l'arbitrage, il a été nommé à deux reprises ou plus comme arbitre par une des parties ou l'une de ses affiliées.

La règle 3.3.8 indique pour sa part qu'une révélation s'impose également lorsqu'au cours des trois dernières années, l'arbitre a été nommé à plus de trois reprises par le même conseil, ou le même cabinet d'avocats⁷³.

La formulation de cette dernière recommandation pourra paraître surprenante aux praticiens de l'arbitrage, dans la mesure où *stricto sensu*, un arbitre n'est jamais nommé par un conseil mais par une partie. En pratique cependant, cette dernière s'en remet le plus souvent à la recommandation de son avocat, ce qui donne toute sa portée à la règle 3.3.8 précitée.

L'on pourra dès lors regretter que les différents « seuils » de révélation ne soient pas alignés, en particulier si l'on adhère à l'opinion exprimée par un auteur selon laquelle « *les liens entre les arbitres et les avocats sont autant, et même sans doute plus encore, signifiants que ceux entre arbitres et parties* »⁷⁴.

De fait, si dans la plupart des cas l'arbitre est en réalité choisi par les conseils des parties, il n'y a pas de raison de ne pas exiger de ce dernier qu'il divulgue selon les mêmes critères ses désignations passées par une même partie et par un même avocat (ou cabinet d'avocats).

En pratique, la déclaration d'indépendance de l'arbitre devra non seulement indiquer si ce dernier a déjà été nommé par la même partie, ses affiliés ou leur conseil, mais également, en cas de nominations régulières, préciser les modalités pratiques de ce courant d'affaires existant entre lui et la partie ou l'avocat concerné.

Dans deux arrêts du 20 octobre 2010, la Cour de cassation a ainsi indiqué sans ambiguïté que « *le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires existant entre cette personne et les sociétés du même groupe partie à la procédure de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation* »⁷⁵.

Dans les deux espèces concernées, l'arbitre en cause avait bien révélé avoir été désigné « *à plusieurs reprises* » ou « *régulièrement* » comme arbitre par l'une des parties ou des sociétés du même groupe, mais s'était abstenu de préciser qu'il l'avait été à respectivement 34 et 51 reprises.

La révélation par l'arbitre de ses nominations antérieures par une partie n'est pas nécessairement de nature à justifier sa récusation, au sens du troisième alinéa de l'article 1456 du Code de procédure civile. Tel n'est notamment pas le cas lorsque l'arbitre est régulièrement nommé par une partie, mais également par les contradicteurs de celle-ci.

Ainsi que l'a souligné un auteur, « *ce n'est pas tant le nombre de désignations antérieures dans un litige avec une même partie qui*

compte, mais de savoir si celles-ci procèdent toujours de cette partie. Dès lors que ce n'est pas le cas, et que ces désignations antérieures sont révélées, il n'y a pas de motif à récuser »⁷⁶.

Il reste que, dans tous les cas, les désignations antérieures devront avoir été révélées par l'arbitre dans sa déclaration d'indépendance⁷⁷.

À ces deux cas de figure qui concentrent à eux seuls une part importante du contentieux en matière de révocation des arbitres, les règles directrices de l'IBA ajoutent depuis 2014 deux autres hypothèses.

La première est bienvenue, et concerne le cas de l'arbitre intervenant ou étant intervenu dans les trois dernières années précédant sa nomination comme co-conseil aux côtés d'un autre arbitre ou d'un des conseils des parties⁷⁸.

La seconde est plus floue, et n'est pas sans soulever certaines interrogations. Il s'agit du cas d'inimitié entre l'arbitre d'une part, et le conseil ou l'un des dirigeants d'une partie d'autre part⁷⁹.

Outre qu'il s'agit là d'un élément relatif à la vie privée dont la révélation pourra dès lors s'avérer problématique, se pose en pratique la question de la définition de cette notion éminemment subjective. Tel est notamment le cas dans le milieu de l'arbitrage, dont les acteurs, qu'ils soient professeurs ou avocats, confrontent régulièrement leurs points de vue, donnant lieu à des controverses doctrinales parfois vives. Faudra-t-il pour autant en conclure qu'il existe une « inimitié » entre deux personnes ayant exprimé des opinions juridiques contraires ?

Les juridictions de recours ne se sont à notre connaissance pas encore prononcées sur ce point.

B. Conflits d'intérêts indirects

Dans le cas de conflits indirects, et singulièrement lorsque ces conflits découlent de liens entre le cabinet dont fait partie l'arbitre d'une part et les parties, leurs conseils ou des tiers d'autre part, la question de l'étendue du devoir de révélation de l'arbitre est délicate, au point que la jurisprudence en la matière a pu être qualifiée d'« *incertaine et floue* »⁸⁰.

À l'inverse des cas de conflits d'intérêts directs, liés à la personne de l'arbitre, cette hypothèse concerne en effet des risques de conflits que l'arbitre peut légitimement ignorer, et dont on pourrait en conséquence soutenir qu'ils ne sont pas susceptibles de peser sur son indépendance et son impartialité⁸¹.

Il en va notamment ainsi lorsqu'il est avocat dans une structure regroupant plusieurs centaines, voire plusieurs milliers de personnes, et que des conflits potentiels découlent de dossiers sans lien avec l'arbitrage, traités ponctuellement pour le compte d'une des parties par certains avocats du cabinet non connus de l'arbitre.

De surcroît, ces conflits ne dépendant pas de sa personne, ils sont susceptibles de surgir en cours d'arbitrage, ce qui renforce encore le poids de l'obligation pesant sur l'arbitre.

Il existe donc dans cette hypothèse des obstacles pratiques substantiels à l'accomplissement par ce dernier de son obligation de révélation⁸².

Les lignes directrices de l'IBA donnent de précieuses indications sur les situations susceptibles de donner lieu à des conflits d'intérêts indirects et devant faire l'objet d'une révélation aux parties, ce qui permet aux arbitres pressentis d'orienter leurs recherches au moment d'effectuer leurs vérifications (ou « *conflicts check* » en anglais).

Sans prétendre en dresser ici une liste exhaustive, l'on soulignera qu'à l'instar de ce qui est proposé en matière de conflit d'intérêts direct, ces lignes directrices modulent les conséquences à attacher à un potentiel conflit indirect en fonction des quatre critères que sont (i) le caractère actuel ou non de la relation source de conflit⁸³, (ii) le caractère régulier ou non de cette relation, (iii) le fait que cette relation soit liée ou non au litige soumis à l'arbitrage et enfin (iv) les revenus financiers tirés par l'arbitre ou son cabinet de cette relation⁸⁴.

De manière générale, les lignes directrices de l'IBA préconisent *a minima* de faire état des conflits indirects potentiels, même ténus, aux parties. Il en va par exemple ainsi d'un risque de conflit découlant d'une relation aujourd'hui terminée entre le cabinet de l'arbitre et une partie ou l'une de ses affiliées – et alors que l'arbitre n'a lui-même pas pris part à cette relation⁸⁵ – ou d'un lien structurel aujourd'hui disparu entre l'arbitre et l'un des conseils⁸⁶, pour autant que ces relations datent de trois ans ou moins⁸⁷.

A contrario, les cas de conflits indirects concernant le cabinet dans lequel exerce l'arbitre expressément recensés sur la liste « verte » des lignes directrices, c'est-à-dire ne justifiant pas une révélation aux parties, sont peu nombreux⁸⁸.

En la matière, les solutions dégagées par la jurisprudence sont cohérentes avec les critères proposés par l'IBA dans ses lignes directrices.

Dans un arrêt récent⁸⁹, la Cour d'appel de Paris a ainsi rappelé que « *l'obligation d'information qui pèse sur l'arbitre doit s'apprécier au regard de la notoriété de la situation critiquée, de son lien avec le litige et de son incidence sur le jugement de l'arbitre* », avant de souligner que « *la proximité d'un arbitre avec une partie ou un tiers intéressé à l'arbitrage qu'une partie peut raisonnablement redouter comme étant susceptible d'affecter son impartialité et son indépendance, doit être appréciée au regard de la nature et de l'étendue des relations entretenues par le cabinet avec ceux-ci lorsqu'il est fait exclusivement état de ce qu'ils font partie de la clientèle du cabinet d'avocat dont l'arbitre est associé et qu'il est acquis que ce dernier ne les a jamais conseillé, assisté ou*

représenté dans une procédure »⁹⁰.

La tendance jurisprudentielle actuelle semble cependant pencher vers une rigueur accrue pour ce qui concerne l'accomplissement par l'arbitre de son devoir de révélation, qu'il s'agisse des liens entretenus personnellement avec les conseils des parties, ou ceux pouvant exister entre la structure dans laquelle il exerce et les parties elles-mêmes.

Les liens entre l'arbitre et les conseils des parties

La Cour d'appel de Paris a ainsi pu juger que justifiait l'annulation d'une sentence arbitrale l'absence de révélation par l'arbitre du fait qu'il avait fourni à plusieurs reprises des consultations juridiques au cabinet conseil de l'une des parties à l'arbitrage, jugeant ces relations d'intérêts « *ni occasionnelles ni éloignées* »⁹¹.

Dans l'affaire *Neoelectra*⁹², la même juridiction avait annulé une sentence au motif que l'un des arbitres n'avait pas révélé avoir occupé la position d'« *of counsel* » au sein du cabinet dans lequel exerçait le conseil d'une des parties, et avoir rédigé par la suite plusieurs consultations juridiques pour ce même cabinet, le tout avant le commencement de l'arbitrage, et alors même que le conseil concerné représentait son client en son nom personnel (et non en tant que collaborateur du cabinet).

L'arrêt a cependant été cassé, la Cour n'ayant pas expliqué en quoi les éléments relevés « *étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité [de l'arbitre] et à son indépendance* ». Par sa décision, la Cour de cassation a ainsi opportunément rappelé que seuls doivent faire l'objet d'une révélation les éléments objectivement susceptibles de créer un doute dans l'esprit des parties⁹³. De la même manière, seule la non-révélation de circonstances répondant à ce critère permet de justifier la récusation d'un arbitre ou, le cas échéant, l'annulation d'une sentence.

Sur ce point, l'on pourra reprocher à la nouvelle version des lignes directrices de l'IBA d'entretenir une certaine confusion, en enjoignant d'un côté l'arbitre de refuser sa mission lorsqu'il a connaissance de circonstances « *de nature à faire naître, dans l'esprit d'un tiers raisonnable ayant connaissance des faits de l'espèce, des doutes légitimes quant à [son] impartialité et [son] indépendance* » sauf accord contraire des parties⁹⁴, tout en indiquant de l'autre que « *le fait de s'abstenir de révéler certains faits et circonstances pouvant faire naître des doutes dans l'esprit des parties quant à l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre ne signifie pas nécessairement qu'un conflit d'intérêt existe, ni qu'une récusation soit nécessairement justifiée* »⁹⁵.

Sans doute, le simple fait pour l'arbitre d'effectuer des révélations dans sa déclaration d'indépendance ne suffit pas à faire peser sur lui une présomption de partialité à l'égard de la partie concernée. Au contraire, l'arbitre qui s'acquitte de son obligation de révélation se considère nécessairement comme en mesure d'accomplir la mission que lui ont confiée les parties en toute indépendance et impartialité, sans quoi il aurait dû la refuser⁹⁶. De la même manière, le seul caractère non-exhaustif de la déclaration d'indépendance est insuffisant pour conclure à l'existence d'un conflit d'intérêt et justifier la récusation de l'arbitre ou l'annulation de la sentence.

En revanche, et comme rappelé par l'arrêt *Neoelectra* précité, le fait pour l'arbitre de s'abstenir de révéler des circonstances de nature à faire objectivement douter de son impartialité ou son indépendance doit bel et bien justifier l'annulation de la sentence. Ainsi que le suggère la Cour de cassation, il convient ici de mener une analyse *in concreto*, pour déterminer au cas par cas si les circonstances tues l'ont été fautivement.

Les liens entre la structure dans laquelle exerce l'arbitre et les parties ou leurs affiliées

La règle générale 6.a révisée de la nouvelle version des lignes directrices de l'IBA, dont elle constitue l'un des apports les plus marquants, consacre le principe selon lequel l'arbitre et le cabinet dans lequel il exerce sont en principe réputés ne constituer qu'une seule et même personne (« *bear the same identity* ») pour la recherche des conflits d'intérêts⁹⁷.

Le même principe a été introduit par la nouvelle règle 6.b concernant les entités ayant un intérêt économique dans la sentence arbitrale, tel que les assureurs ou les tiers finançant la procédure pour le compte d'une partie.

Il découle de ces règles une obligation de révélation étendue, qui semble avoir été inspirée par la récente jurisprudence en la matière, comme l'illustrent les récentes affaires *Tecnimont*⁹⁸ et *AC*⁹⁹.

Dans l'affaire *Tecnimont*, la Cour d'appel de Paris¹⁰⁰, approuvée sur ce point par la Cour d'appel de Reims sur renvoi¹⁰¹, a prononcé l'annulation, pour défaut d'indépendance, d'une sentence rendue par l'arbitre exerçant en tant qu'« *of counsel* » dans un cabinet d'avocats international, ce dernier n'ayant révélé les liens liant son cabinet à l'une des parties que de manière incomplète.

La Cour d'appel de Paris s'était montrée particulièrement stricte concernant la prise en compte des obstacles techniques susceptibles d'excuser le caractère incomplet de la déclaration d'indépendance s'agissant des grands cabinets internationaux, en rappelant que « *le lien de confiance entre l'arbitre et les parties devant être préservé continûment, celles-ci doivent être informées pendant toute la durée de l'arbitrage des relations qui pourraient avoir à leurs yeux une incidence sur le jugement de l'arbitre et qui seraient de nature à affecter son indépendance, sans que Tecnimont qui pouvait connaître les affaires dans lesquelles elle-même, une de ses filiales ou sa société-mère avaient fait appel à Jones Day puisse opposer la taille mondiale du cabinet d'avocats, 2 200 avocats, étant observé qu'un service y est chargé de la vérification des conflits et que les informations fournies par [l'arbitre] aux parties à l'arbitrage lui ont été communiquées par son cabinet* ».

Pour sa part, la Cour d'appel de Reims avait rejeté l'argument tiré du caractère limité des honoraires tirés par le cabinet d'avocats

auquel appartenait l'arbitre des dossiers en lien avec l'une des parties ou ses affiliées, en soulignant que « *dès lors qu'il existe une relation de clientèle, celle-ci implique une relation qui n'est pas seulement matérielle, l'indépendance de l'arbitre n'étant pas jugée en fonction de l'importance des honoraires perçus d'une partie par son cabinet* »¹⁰².

Cette solution était en tout point conforme aux lignes directrices proposées par l'IBA, ces dernières recommandant à tout le moins à l'arbitre de révéler aux parties le fait que son cabinet conseille l'une d'entre elles (ou l'une de ses affiliées), quand bien même l'arbitre ne prendrait pas part personnellement à cette relation, quels que soient les revenus que le cabinet en tire¹⁰³.

On le sait, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris comme celui de la Cour d'appel de Reims ont tous les deux été cassés¹⁰⁴, mais sur des fondements distincts¹⁰⁵, et la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la solution proposée en matière d'étendue de l'obligation de révélation s'imposant à l'arbitre.

Le récent arrêt *AGI* de la Cour d'appel de Paris semble néanmoins confirmer la tendance à la rigueur esquissée dans le cadre de la « *saga Tecnimont* ».

Dans cette affaire, une partie recherchait l'annulation de la sentence rendue par un arbitre exerçant comme avocat dans une structure internationale, au motif que ce dernier s'était abstenu de révéler qu'au cours de l'arbitrage, une équipe de son cabinet avait assisté la société-mère de l'autre partie dans la vente de sa participation dans une exploitation minière, pour un montant de plusieurs centaines de millions de dollars.

La déclaration d'indépendance de l'arbitre faisait bien état de cette relation, mais précisait qu'elle était terminée au jour de sa nomination, alors que tel n'était pas le cas en réalité.

Aucun des éléments relevés par la Cour d'appel ne permettait de mettre en doute la bonne foi de l'arbitre lorsqu'il avait rédigé sa déclaration d'indépendance, ni de considérer que ce dernier n'avait pas accompli les diligences que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui afin de mettre au jour les possibles conflits d'intérêts dont son cabinet était l'objet¹⁰⁶.

La Cour d'appel a néanmoins fait droit à la demande d'annulation aux motifs que « *contrairement à ce que laissait entendre la déclaration d'indépendance de M. Alvarez, alors que l'instance arbitrale était en cours, trois avocats du cabinet Fasken Martineau prêtaient leur concours à Leucadia dans une opération que le cabinet regardait comme un enjeu de communication ; que de telles circonstances, qui étaient ignorées d'AGI lors de la désignation de M. Alvarez, étaient de nature à faire naître dans l'esprit de cette partie un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre* ».

Dans l'esprit des magistrats, l'appartenance de l'arbitre à un cabinet d'envergure internationale disposant de procédures d'identification des conflits sophistiquées le mettait donc nécessairement en mesure de connaître et de révéler tout conflit potentiel de manière précise et circonstanciée¹⁰⁷, et ce d'autant plus qu'en l'espèce, lesdites procédures lui avaient manifestement permis de découvrir l'existence de certains dossiers traités dans le passé par son cabinet pour la société-mère d'une des parties.

Sur le plan des principes, et quoiqu'elle ne l'ait pas écrit expressément, c'est ainsi à une véritable obligation de résultat que la Cour a *de facto* soumis l'arbitre pour ce qui concerne son obligation de révélation, en dépit de la solution qui avait pu être avancée en doctrine¹⁰⁸. L'avertissement lancé aux arbitres membres de structures internationales est donc clair - toute déclaration d'indépendance incomplète est présumée fautive.

Les arbitres doivent ainsi considérer qu'ils sont présumés connaître de manière irréfragable les liens entretenus par le cabinet dans lequel ils exercent avec les parties, voire les tiers intéressés à l'arbitrage, que ces derniers soient antérieurs à la procédure ou apparaissent en cours d'arbitrage. Ils devront dès lors se montrer extrêmement vigilants, notamment sur la question du caractère actuel ou non des relations susceptibles de faire naître un conflit d'intérêt.

Le conflit « doublement indirect » : les liens entre la structure dans laquelle exerce l'arbitre et les conseils des parties

Au vu de la rigueur dont fait preuve la jurisprudence, l'on est en droit de se demander s'il ne revient pas à l'arbitre d'identifier les potentiels conflits d'intérêts découlant des possibles liens entre la structure dans laquelle il exerce d'une part et les conseils des parties d'autre part.

Par exemple, l'on pourrait imaginer une situation dans laquelle un ou plusieurs avocats travaillant dans un cabinet A suggéreraient systématiquement - ou à tout le moins régulièrement - à leurs différents clients de nommer des arbitres exerçant comme avocats dans une structure B, créant ainsi une situation potentiellement problématique. Est-ce à dire qu'un arbitre du cabinet B nouvellement nommé devrait révéler aux parties cet état des choses ?

Ce type de conflits d'intérêts potentiels, que l'on pourrait qualifier de « doublement indirects » (en ce qu'ils ne concernent directement ni l'arbitre, ni les parties), ne sont à notre connaissance traités ni par la jurisprudence, ni par les lignes directrices de l'IBA.

En pratique, la révélation des conflits « doublement indirects » semble se heurter à une difficulté pratique d'envergure. Afin d'avoir connaissance de ce lien, l'arbitre en cause devrait auparavant inclure le nom des conseils de chaque partie dans ses recherches de conflits, ce qui, dans le cas des structures internationales, renverrait inmanquablement un nombre très élevé de résultats. En effet, les cabinets d'avocats de grande taille sont en nombre limité, et sont régulièrement amenés à interagir avec leurs semblables dans le cadre de leurs activités quotidiennes de conseil ou de contentieux.

Dans ce contexte, exiger de l'arbitre qu'il révèle ce type de conflits peut aujourd'hui sembler excessif. Pour autant, il n'est pas interdit de penser que dans le cadre de son infléchissement vers un devoir de révélation toujours plus exhaustif, la jurisprudence consacre cette obligation dans le futur.

En prévision d'une telle possibilité, les cabinets d'avocats comptant dans leurs effectifs des personnes régulièrement désignées comme arbitres pourront utilement décider de conserver, dans des bases de données *ad hoc* et pour chaque affaire concernée, le nom des conseils ayant procédé à la nomination de ces dernières.

CONCLUSION

Le manquement de l'arbitre à son obligation de révélation, dont les contours ont été présentés ci-dessus, peut être de nature à engager sa responsabilité. À cet égard, la récente rigueur dont a fait preuve la jurisprudence en la matière doit pousser les arbitres à être particulièrement prudents.

Responsabilité civile, tout d'abord. Comme relevé par la doctrine, « *l'immunité de l'arbitre dans sa fonction juridictionnelle ne s'applique qu'au contenu des sentences rendues. Pour le reste, l'arbitre est un prestataire qui répond de sa faute, même d'imprudence ou de négligence, suivant les règles du droit commun* »¹⁰⁹.

En application de ces règles, l'arbitre pourra engager sa responsabilité si un manquement à son obligation de révélation cause un préjudice aux parties. Ces dernières pourront notamment se prévaloir du fait que la faute de l'arbitre a pour conséquence de les priver, souvent pendant de nombreuses années, d'une sentence définitive et exécutoire à laquelle elles pouvaient prétendre, avec les conséquences financières qui sont susceptibles d'en découler.

Elles pourront également mettre en avant les frais de justice souvent significatifs exposés lors des diverses procédures subséquentes à la reddition de la sentence¹¹⁰, ainsi que les éventuels montants auxquelles elles ont été condamnées à l'occasion de ces procédures au titre de [l'article 700 du Code de procédure civile](#)¹¹¹.

Responsabilité pénale ensuite. L'irruption du droit répressif dans l'arbitrage n'est aujourd'hui plus exceptionnelle, et a fait l'objet récemment d'affaires retentissantes, en particulier dans des cas où l'indépendance du tribunal arbitral était remise en cause¹¹².

La responsabilité de l'arbitre peut alors être recherchée sur le fondement du faux, ce dernier consistant pour l'arbitre à avoir délibérément dissimulé aux parties des éléments dont il avait connaissance.

L'on ne peut s'empêcher de mettre en parallèle la multiplication récente des procédures pénales mettant en cause des procédures d'arbitrage, et la rigueur croissante dont fait preuve le juge de l'annulation concernant la force du devoir de révélation s'imposant à l'arbitre. Tout se passe comme si par la seconde, la jurisprudence tentait de limiter la première, en faisant œuvre d'éducation des arbitres.

Si tel était le cas, l'on pourrait s'en féliciter, ne serait-ce qu'au nom de l'image et de la crédibilité de l'arbitrage aux yeux du grand public. Il est en effet incontestable que de trop fréquentes interventions des juridictions répressives dans les dossiers d'arbitrage ne peuvent que miner la confiance que tout un chacun peut accorder à un mode de règlement des conflits qui a pourtant fait ses preuves.

Au final, les praticiens et leurs structures devront donc faire preuve d'une prudence encore accrue dans la conduite des procédures arbitrales dans lesquelles ils interviennent en s'assurant, à chaque étape-clé de la procédure (et au minimum avant la signature de l'acte de mission, l'audience de plaidoirie et la remise de la sentence) qu'une nouvelle source de conflit potentiel n'est pas intervenue.

Parallèlement, les parties et leurs conseils seront bien inspirés d'aller au-delà des strictes obligations dégagées récemment par la jurisprudence¹¹³ et de faire application de la règle générale 7 des lignes directrices de l'IBA, en effectuant à intervalles réguliers des recherches sur les circonstances susceptibles d'affecter l'indépendance et l'impartialité des arbitres, dans un souci d'efficacité et de minimisation des coûts de l'arbitrage.

1-

1. Les avis exprimés dans la présente étude sont ceux des auteurs uniquement et ils ne reflètent pas nécessairement ceux du cabinet Skadden, Arps, Slate, Meagher and Flom LLP. Les auteurs tiennent à remercier Alexandre Canonica pour les commentaires qu'il a apporté à une version précédente de cette étude. Les auteurs restent seuls responsables des erreurs ou omissions qui subsisteraient.

2-

2. Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*; Rev. crit. DIP 1949.89, note Batiffol ; D. Cohen, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », Rev. arb. 2011.611.

3-

3. F. Mantilla-Serano, « Towards a Transnational Procedural public policy », Arb. Int'l, 2004, Vol. 20, n° 4, p. 333 et s.

- 4 –
4. Cass. civ. 2^e, 13 avril 1972, *Ury c/ Galerie Lafayette* ; JCP, 1972.II.17189, note P. Level ; D. 1973. 2, note J. Robert ; Rev. arb. 1975.235, obs. E. Loquin.
- 5 –
5. [Décret n° 80-354 du 14 mai 1980](#) et n° 81-500 du 12 mai 1981.
- 6 –
6. Art. 1452 [Ancien] du Code de procédure civile : « *La constitution du tribunal arbitral n'est parfaite que si le ou les arbitres acceptent la mission qui leur est confiée. L'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord de ces parties* ».
- 7 –
7. E. Gaillard et P. de Lapasse, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », Cah. arb., 1^{er} avril 2011, n° 2, p. 263.
- 8 –
8. En témoigne l'attendu de la Cour de cassation selon lequel « *il appartient au juge de la régularité de la sentence arbitrale d'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités* » (Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1999, *Creighton c/ État du Qatar*, n° 96-12748, D. 1999.497, note P. Courbe ; RTD com. 1999.850, obs. E. Loquin).
- 9 –
9. Art. 1456 du Code de procédure civile : « *Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission* ». Cette disposition est applicable en matière d'arbitrage international (Art. 1506, 2° du Code de procédure civile).
- 10 –
10. L'obligation d'information qui pèse sur l'arbitre « *n'existe pas seulement au moment de la désignation de l'arbitre mais se continue tout au long de l'exercice par celui-ci de sa mission* » ; Rev. arb. 1999.193, M. Henry, note sous CA Paris, 12 janvier 1999, *Milan Presse v. société Média Sud communication*.
- 11 –
11. D. Mouralis, « Les exigences d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre », LPA, 13 février 2013, n° 32, p. 18 : « (...) le libellé du nouvel article 1456 est centré sur les parties, alors que celui de l'ancien article 1452 était centré sur l'arbitre » citant Th. Clay, note sous CA Reims, 2 novembre 2011, *Tecnimont* ; Cah. arb., 2011, n° 21, p. 1109.
- 12 –
12. *Ibid.* note 11. Il va sans dire que si l'arbitre a lui-même un doute sur sa capacité à agir de manière impartiale et indépendante, il doit refuser sa nomination ou cesser de siéger. Voir Règles générales 1 et 2 des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international.
- 13 –
13. Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, règle générale 2.c : « *Un tel doute existe légitimement lorsqu'un tiers raisonnable, ayant connaissance des faits et circonstances en cause, estimerait que l'arbitre pourrait être influencé, dans sa prise de décision, par des éléments autres que le bien-fondé des demandes des parties* » (traduction libre des auteurs).
- 14 –
14. Lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, approuvées le 22 mai 2004 par le Conseil de l'International Bar Association ; Rev. arb. 2004.991. Cf. J. Veeder : « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre dans l'arbitrage international », in L. Cadiet (dir.) avec E. Jeuland et Th. Clay : *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Justice alternative ou alternative à la justice ? Perspectives comparatives*, LexisNexis, coll. Pratique professionnelle, 2005, p. 219 et 359 ; O. L. O. de Witt Wijnen, N. Voser et N. Rao : « Detailed Background Analysis for the New IBA Guidelines of Conflicts of Interest in International Arbitration », *Business Law International*, vol. 5, n° 3, 2004.433.
- 15 –
15. J. Veeder, *supra*, note 14.
- 16 –
16. Tout en rappelant que les lignes directrices de l'IBA ne sont pas contraignantes, le Tribunal fédéral suisse en a par exemple fait une application directe dans sa décision 4A_506/2007 du 20 mars 2008 (accessible sur <http://www.swissarbitrationdecisions.com/application-of-iba-rules-to-assess-an-international-arbitrators->). La doctrine en a déduit qu'en pratique, un arbitre ne pourra pas être récusé en Suisse en dehors de l'hypothèse d'une violation claire de ces lignes directrices. Voir également A. Rigozzi, « Application des IBA Guidelines on Conflicts of Interests devant le Tribunal fédéral et la spécificité de l'arbitrage sportif », *Gaz. Pal.*, 3 juillet 2008, n° 185, p. 22.

17 –

17. Sauf précision contraire des auteurs, c'est à cette dernière version à laquelle il sera renvoyé lorsqu'il sera fait référence aux lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international dans la suite du présent article.

18 –

18. Lignes directrices de l'IBA, sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, Partie II : Application des Règles Générales.

19 –

19. Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, Partie II : Application des Règles Générales, items 2.3.6, 3.2.1 et 3.2.3 (inchangés en substance depuis 2004).

20 –

20. Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, application pratique des règles générales, items 2.3.8 (liens familiaux « étroits » entre l'arbitre et l'une des parties), 2.3.9 (notion de « proche parent » ayant un intérêt financier dans l'une des parties), 3.3.5 (« proche parent »), 3.3.6 (« amitié proche » entre arbitre et conseil d'une partie) et 3.4.3 (« amitié proche » entre arbitre d'une part et dirigeant d'une partie, d'un tiers intéressé, ou d'une entité disposant d'un pouvoir de contrôle sur une partie, un témoin ou un expert d'autre part) (inchangés en substance depuis 2004).

21 –

21. Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, application pratique des règles générales, item 3.2.2 (inchangé depuis 2004).

22 –

22. D. Cohen, *supra*, note 2.

23 –

23. Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, para. 7 de l'introduction à l'application pratique des règles générales.

24 –

24. [Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2011, n° 09-17346](#), *Société Papillon Group Corporation* ; LPA 2011, n° 224-226, p. 14, note Ph. Pinsolle ; *Rev. arb.* 2011.959, note V. Chantebout. En l'espèce, le requérant soutenait que la partialité de l'arbitre s'inférait du fait que ce dernier avait rédigé deux articles concernant le conflit israélo-palestinien, dans lesquels il se montrait critique à l'égard d'Israël et des États-Unis, alors que le requérant agissait par le biais d'un établissement lui-même situé aux États-Unis.

25 –

25. Liste d'application des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, item 4.1.1. Ce dernier a été repris presque mot pour mot de l'ancienne version de 2004, le seul changement concernant le terme « opinion juridique » (anciennement, « opinion »). En ce sens, un auteur écrit que « *les débats doctrinaux ne sauraient suffire à caractériser un défaut d'indépendance* », précisant qu'« *il ne pourrait en être autrement que si l'arbitre prenait des positions ouvertement partiales et dirigées directement contre une partie dans ses écrits ou ses interventions* » (M. Henry, « L'indépendance de l'arbitre au cœur du Juste et de l'Utile », *Cah. arb.*, 1^{er} oct. 2013, n° 4, p. 873.)

26 –

26. [Cass. civ. 1^{re}, 4 juil. 2012, n° 11-19624](#). Dans le même sens : CA Paris, 28 mai 2013, n° 11-17672, *Catering International & Services* ; *Gaz. Pal.* 27-28 sept. 2013, p. 18, Obs. D. Bensaude ; et [CA Paris, 2 juillet 2013, n° 11/23234](#), *La Valaisanne Holding* ; *Rev. arb.* 2013.1038, note M. Henry ; E. Loquin, « la dualité du régime de la responsabilité de l'arbitre », *JCP G*, n° 8, 24 février 2014, doctr. 255. Voir également, pour la participation de deux arbitres membre du « Club des juristes » à un dîner-débat organisé par ledit club dans lequel intervenait l'un des associés du cabinet d'avocats conseil d'une partie : [CA Paris, 14 octobre 2014, n° 13/14076](#), *Fidelidade-Companhia de Seguros c/ FC Nantes*.

27 –

27. Liste d'application des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, item 4.3.4.

28 –

28. Liste d'application des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, item 4.3.3.

29 –

29. Liste d'application des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, item 4.4.1.

30 –

30. CA Paris, 19 nov. 2009, n° 08-05848 et n° 08-05847, *C. F. c/ C. P. et R. D. c/ E. P.* (deux arrêts) ; *Cah. arb.*, 1^{er} janvier 2010, n° 1, p. 242, obs. A. Mourre et P. Pedone.

31 –

31. Liste d'application des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, items 4.3.1 et 4.4.4.

32 –

32. CA Paris, 10 mars 2011, n° 09-28537, *Tecso c/ Neoelectra Group*, cassé sur des motifs distincts par [Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, n° 11-20299](#).

33 –

33. Ou en défense dans le cadre d'une procédure d'exequatur.

34 –

34. Applicable en matière d'arbitrage interne, cette disposition l'est également en matière d'arbitrage international (voir art. 1506 3° du Code procédure civile), et reprend une solution dégagée dès 1999 par la Cour de cassation ([Cass. civ. 2^e, 25 mars 1999, n° 94-18976](#)). Pour une application récente, voir [CA Paris, 2 décembre 2014, n° 13/17555, SAS Fibre Excellence c/ SAS Tembec](#).

35 –

35. [CA Paris, 1^{er} avril 2014, n° 12/15479, NLMK c/ Maximov](#).

36 –

36. Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, notes explicatives à la règle générale 7.

37 –

37. M. Henry, « Indépendance et impartialité de l'arbitre : la Cour d'appel de Paris tire les enseignements de l'arrêt Tecso de la Cour de cassation, note sous Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 2 juillet 2013 » ; Rev. arb. 2013.1038. L'auteur suggère que pourrait être notoire l'information obtenue en entrant le nom de l'arbitre concerné sur un moteur de recherche.

38 –

38. CA Paris, 16 décembre 2010, n° 09-18545, *SAS Nidera France c/ Leplatre*.

39 –

39. CA Colmar, 8 février 2011, n° 10-06080, *SA Sevede et al. c/ SA Système U – Centrale Régionale Est et al.* Dans cette espèce, la juridiction de première instance, approuvée par la Cour d'appel, avait expressément rappelé que « *sans remettre en cause sa probité, [la] seule appartenance [de l'arbitre] à ce cabinet d'avocats est susceptible de porter atteinte à l'indépendance objective et apparente que tout arbitre doit présenter* ».

40 –

40. CA Paris, 28 mai 2013, n° 11-17672, *SA Catering International c/ Yemgas*.

41 –

41. CA Paris, 29 octobre 2013, n° 12-05855, *Teman c/ Maarek*.

42 –

42. CA Paris, 14 janvier 2014, n° 12-15140, *SAS Cegelec c/ SAS Siemens*.

43 –

43. CA Paris, 1^{er} avril 2014, n° 12-15479, *NLMK c/ Maximov* préc.

44 –

44. Th. Clay, *D.* 2013.2936. Dans le même sens, Th. Clay, *D.* 2012.2991.

45 –

45. Th. Clay, *D.* 2011.3023.

46 –

46. CA Paris, 14 octobre 2014, n° 13-13459, *SA Auto Guadeloupe Investissements « AGI » c/ Columbus Holdings France « CHF »* ; Voir également, commentaires de D. Cohen, « Encore l'indépendance de l'arbitre et sort de l'exequatur de la sentence », *Cah. arb.*, 2014-4, p. 795 ; D. Bensaude, « Obligation de révélation et charge de la recherche d'information », *Gaz. Pal.*, 21 novembre 2014, n° 325-326, p. 18-19 ; H. Guyader, « La cour d'appel de Paris confirme, sans ambiguïté, son interprétation extensive de l'obligation de révélation de l'arbitre », *JCP G*, n° 50, 8 décembre 2014, 1272 ; E. Loquin, *J.-Cl. Synthèse* 310, « Arbitrage en droit interne : acteurs, instance, sentence », para. 4 ; P. Archer et B. Green, « Paris Court of Appeal considers scope of arbitrator's obligation to disclose any potential conflicts of interest », *Practical Law*, Thomson Reuters. Disponible à l'adresse suivante : <http://uk.practicallaw.com/cs/Satellite/resource/7-589-0012> ; E. Kleiman et Y. Dehaut-Delville, « Challenges of arbitrators: clarification on timeframe and standard of review », 4 décembre 2014, *International Law Office*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters>.

47 –

47. *Ibid.*, note 35. À cet égard, il convient de relever que dans la version française des règles de 2004, le terme de « meilleurs efforts » traduit l'expression anglaise « *reasonable effort* », dont le sens se rapproche sans doute plus de « diligence raisonnable » ou d'« effort raisonnable ».

48 –

48. Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, règle générale 3.b. D. Bensaude, « Obligation de révélation et charge de la recherche d'information », *Gaz. Pal.*, 21 novembre 2014, n° 325-326, p. 18-19.

49 –

49. Pour reprendre la terminologie anglo-saxonne.

50 –

50. En ce sens : M. Henry, *supra* note 36.

51 –

51. Reprises mot pour mot de l'ancienne version de 2004.

52 –

52. CA Paris, 29 octobre 2013, n° 12-17423, *SARL Dukan de Nitya c/ société VR Services*, Rev. arb. 2013.1080 ; Gaz. Pal., 8 mars 2014, n° 67, p. 21, note D. Bensaude. En l'espèce, les divers liens entre l'arbitre et l'associé du cabinet d'avocats conseil de l'autre partie constituaient l'unique élément excipé au soutien de la requête en annulation.

53 –

53. Dans leur dernière version, les lignes directrices de l'IBA insistent de manière appuyée sur le caractère non-exhaustif de la liste orange, notamment en ce qui concerne les situations passées. À cet égard, le 6° de l'introduction à l'application pratique des règles générales indique expressément que chaque situation pouvant donner lieu à un risque de conflit doit être appréciée au cas par cas par l'arbitre, même, par exemple, si elle a cessé depuis plus de trois ans.

54 –

54. Les hypothèses recensées par la liste rouge comme « non susceptibles de renonciation » imposent à l'arbitre de refuser de siéger.

55 –

55. Par exemple, pour un arbitre avocat ou expert-comptable, le cabinet dans lequel ils exercent.

56 –

56. Voir, par exemple, les items 1.1, 1.2 ou 2.1 de la liste d'application des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international.

57 –

57. D. Cohen, *supra*, note 2 ; E. Loquin, J.-Cl. Pr. civ., v° Instance arbitrale, Compétences devant les arbitres, n° 128 ; P. Chevalier, « Impartialité de l'arbitre, étendue de son obligation de révélation et promptitude à agir des parties », D. 2014. 1981.

58 –

58. Soit découlant de l'existence de liens existant entre la personne de l'arbitre elle-même et l'une des parties ou ses affiliées.

59 –

59. Défini négativement, le conflit d'intérêt indirect est celui qui ne découle pas de liens directs entre la personne de l'arbitre et l'une des parties ou ses affiliés. Une subdivision de ce type de conflit peut ainsi être effectuée, selon que la possibilité de conflit est du premier degré (dépendance de l'arbitre à l'égard des conseils des parties à l'arbitrage, ou d'un tiers intéressé à la procédure) ou du second degré (dépendance du cabinet d'avocats de l'arbitre avec les parties ou leurs conseils) ; voir P. Chevalier, *supra*, note 56.

60 –

60. P. Chevalier, *supra*, note 56.

61 –

61. L'on se rapprocherait alors de la règle générale 7.d des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, selon laquelle « *l'arbitre a le devoir de mener des recherches diligentes afin d'identifier toute source de conflits d'intérêts et tout fait ou circonstance susceptible de justifier un doute raisonnable sur son impartialité ou son indépendance. À défaut d'avoir effectué des recherches raisonnables, l'arbitre ne pourra justifier un défaut de déclaration par son absence de connaissance de la cause de conflit* ». (traduction libre des auteurs).

62 –

62. Cette recherche doit concerner non seulement les parties et leurs conseils, mais également les tiers intéressés à l'arbitrage : voir [Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 11-16444, Groupe Antoine Tabet](#) ; CA Paris, 2 juillet 2013, *La Valaisanne Holding*, n° 11-23234 ; *supra*, note 25.

63 –

63. E. Loquin commentant l'arrêt CA Paris, *La Valaisanne Holding* (*supra*, note 25) : « *la Cour d'appel de Paris a jugé dans l'arrêt que* « n'a pas tenté d'échapper à l'obligation de révélation spontanée qui s'imposait à lui et a manqué par-là à son devoir de transparence l'arbitre qui a loyalement étendu ses investigations sur un éventuel conflit d'intérêt aux bureaux étrangers de son cabinet et cela, indépendamment du résultat de ses recherches ».

64 –

64. L'on ne s'attardera pas ici sur les cas ne posant pas de réelle difficulté pratique, à l'instar de l'hypothèse d'identité ou de liens de subordination entre un arbitre et une partie, d'intérêt financier significatif de l'arbitre dans une des parties ou dans la solution du litige, ou d'intervention directe de l'arbitre dans le litige préalablement à sa nomination.

65 –

65. Définies comme toute société faisant partie du même groupe que la partie concernée.

66 –

66. À proprement parler, les nominations récurrentes d'un arbitre par un même conseil relèvent plutôt des conflits d'intérêts indirects. Pour autant, cette problématique n'étant pas substantiellement différente de celle découlant de la nomination récurrente d'un arbitre par une même partie, nous avons choisi de les traiter ensemble.

67 –

67. Liste d'application des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, items 1.4, 2.3.1, 2.3.7, 3.1.1, 3.1.2, 3.2.3.

68 –

68. D'après les règles générales d'application des lignes directrices de l'IBA, une telle obligation disparaît lorsque la relation en cause n'est pas en lien avec le litige soumis à l'arbitrage, et qu'il y a été mis un terme définitif trois ans ou plus avant la nomination de l'arbitre. Par mesure de prudence, l'arbitre pourra néanmoins choisir de révéler des relations plus anciennes encore.

69 –

69. Liste d'application des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, items 1.4 et 2.3.7.

70 –

70. TGI Paris, ord. réf., 15 janv. 1988, Rev. arb. 1988.316, obs. J. Robert.

71 –

71. CA Paris, 9 avril 1992, Rev. arb. 1996.483.

72 –

72. CA Paris, 30 novembre 1999, Rev. arb. 2000.299, obs. P. Grandjean.

73 –

73. Règle reprise mot pour mot de la règle 3.3.7 de l'ancienne version des lignes directrices de 2004. De manière semblable, l'item 3.4.5 (auparavant 3.4.4) des lignes directrices de l'IBA impose à l'arbitre de révéler si au cours des trois dernières années, il a eu à juger en tant que magistrat une affaire importante impliquant l'une des parties.

74 –

74. Commentaire des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, Rev. arb. 2004.991.

75 –

75. [Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 2010, n° 09-68131](#), *Prodim*; JCP G, 2010.II.1306, note B. Le Bars et J. Juvénal ; D. 2010.2938, obs. Th. Clay ; JCP G, 2010.II.1286 § 1^{er}, obs. Ch. Seraglini ; LPA 2011, n° 36, p. 17, obs. M. Henry ; D. Cohen, *supra*, note 3 ; RTD com. 2012.518, obs. E. Loquin ; Gaz. Pal. 6-8 févr. 2011, p. 18, obs. D. Bensaude ; Newsletter CMAP, janv. 2011, obs. I. Zakine ; JCP G, 2010. Act. 1110 ; Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 2010, 09-68997, *Somoclest c/ DV construction* ; D. 2010.2938, obs. Th. Clay ; JCP G, 2010.II.1286 § 1^{er}, obs. Ch. Seraglini ; D. 2010. Act. 2589, obs. X. Delpech.

76 –

76. Th. Clay, D. 2013.2936, note sous TGI Dijon, ord., 19 mars 2013, n° 12-00438 et TGI Saint-Brieuc, ord., 13 oct. 2013, n° 13-00399.

77 –

77. Pour un auteur, la non-révélation de désignations antérieures « *peu nombreuses et non systématiques* » ne justifie pas l'annulation de la sentence (D. Mouralis, *supra*, note 26). Néanmoins, cette assertion se fonde sur un arrêt de la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 1^{re} ch. C, 28 octobre 1999, *SA Fretal c/ SA ITM Entreprises*) qui a été cassé ([Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 2001, n° 00-10711](#)).

78 –

78. Liste d'application des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, item 3.3.9.

79 –

79. Liste d'application des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, items 3.3.7. et 3.3.4. Doivent également être révélés les inimitiés entre l'arbitre et les dirigeants des tiers intéressés, ou d'entités disposant d'un pouvoir de contrôle sur une partie, un témoin ou un expert.

80 –

80. P. Chevalier, *supra* note 56.

81 –

81. Voir pourvoi de l'arrêt [Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 11-26529](#), *Tecnimont*. L'obligation de révélation étant considérée comme objective, cet argument n'a néanmoins à ce jour pas prospéré en jurisprudence ni en doctrine.

82 –

82. D. Mouralis, *supra*, note 11. *Contra*, E. Loquin, J-Cl. Synthèse 310, « Arbitrage en droit interne : acteurs, instance, sentence », para. 4, citant l'arrêt *la Valaisanne*. Mais dans cette espèce, l'arbitre avait accompli des recherches très poussées.

83 –

83. Qu'il s'agisse d'un lien entre l'arbitre et le conseil d'une partie ou le cabinet dans lequel exercent l'arbitre et une partie ou son conseil.

84 –

84. Liste d'application des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, en particulier items 2.3.5, 2.3.6, 3.1.4, 3.2, 3.3, 3.4.1. S'agissant de l'item 3.1.4, la nouvelle version des lignes directrices a innové en ne distinguant plus selon que le cabinet de l'arbitre est intervenu pour ou contre l'une des parties : dans les deux cas, la situation doit faire l'objet d'une révélation.

85 –

85. *Ibid.*, item 3.1.2 (inchangé depuis 2004).

86 –

86. *Ibid.*, item 3.3.3 (en substance inchangé depuis 2004).

87 –

87. Sur ce dernier point, l'arbitre avisé pourra choisir de révéler également les liens vieux de plus de trois ans au moment du commencement de l'arbitrage : voir Commentaire des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, Rev. arb. 2004.991.

88 –

88. *Ibid.*, items 4.2, et 4.3 (ce dernier cas ne concernant qu'un cabinet associé avec le cabinet dans lequel exerce l'arbitre, ne partageant avec ce dernier ni honoraires ni revenus).

89 –

89. CA Paris, *La Valaisanne* (*supra*, note 25).

90 –

90. La Cour relève notamment que les affaires traitées par le cabinet dans lequel exerçait l'arbitre et susceptibles de faire naître un conflit indirect étaient achevées à la date de l'acceptation de sa mission par ledit arbitre, qu'elles n'étaient pas liées au litige en cause, et qu'elles ne permettaient pas de caractériser un lien d'affaires entre le cabinet et le tiers intéressé.

91 –

91. CA Paris, 9 sept. 2010, *Consorts Allaire*, n° 09-16182 ; D. 2010.2938, obs. Th. Clay ; Gaz. Pal., 6-8 février 2011, p. 17, obs. D. Bensaude ; LPA, 2011, n° 36, p. 17, obs. M. Henry ; Bull. ASA, 2011.197, note Ph. Pinsolle ; D. Cohen, *supra*, note 3 ; RTD com. 2012.518, obs. E. Loquin ; Rev. arb. e Mediação, 2012, n° 1, p. 373, note S. Salgueiro.

92 –

92. [Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, n° 11-20299](#), *Tecso c/ Neoelectra Group* ; Rev. arb. 2013.129, note Ch. Jarrosson ; JCP G, 2012, act., 1127, obs. M. Henry ; Procédures 2012.354, note L. Weiller ; JCP G, 2012, doct., 1268, note B. Le Bars ; D. 2012. Act. 2458, obs. X. Delpech ; JCP G, 2012, doct. 1354, § 1^{er}, obs. Ch. Seraglini ; D. 2012. Panor. 2999, obs. Th. Clay ; Gaz. Pal. 6-8 janv. 2013, p. 20, obs. D. Bensaude ; LPA, 2013, n° 85, p. 14, note S. Jarvin ; RTD com. 2013.481, obs. E. Loquin ; Rev. jurispr. comm. 2013.32, obs. B. Moreau.

93 –

93. Ch. Jarrosson, « À propos de l'obligation de révélation : une leçon de méthode de la Cour de cassation, note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 2012 », Rev. arb. 2013.130. Principe également rappelé dans la décision *Groupe Antoine Tabet* ([Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 11-16444](#)). Dans l'espèce en cause, un arbitre n'avait pas révélé les liens existant entre lui et une société qui s'était portée garante des sommes qu'une des parties à l'arbitrage était susceptible d'être condamnée à payer. La Cour d'appel de Paris, approuvée en cela par la Cour de cassation, a cependant rejeté le recours en annulation exercé contre la sentence rendue sur le fondement du défaut d'indépendance de l'arbitre, au motif que les sommes dont le tiers intéressé s'était porté garant correspondaient à une dette de ce dernier envers le bénéficiaire de la garantie, et avaient donc en tout état de cause vocation à être déboursées, quelle que soit l'issue de la procédure arbitrale. Dans cette hypothèse, le manquement de l'arbitre à son obligation de révélation de l'arbitre n'est en effet pas de nature à faire naître dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à son indépendance ou son impartialité. Un auteur a résumé la position de la Cour de cassation par la formule selon laquelle « un fait occulté n'a pas à être révélé s'il n'a pas eu d'impact sur la sentence, quand bien même il aurait dû l'être » (Th. Clay, « Tecnimont, saison 4 : entre révélation et réaction », Cah. arb., 1^{er} oct. 2014, n° 3, p. 547). Sur ce point, la nouvelle règle 6.b des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international indique notamment que toute personne s'étant engagée auprès d'une partie à la garantir des conséquences financières d'une sentence est considérée porter la même identité que cette partie, en ce qui concerne la recherche des conflits d'intérêts.

94 –

94. Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, règle générale 2.b.

95 –

95. Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, note explicative à la règle générale 3 (traduction libre des auteurs).

96 –

96. Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, règle générale 1.

97 –

97. Les rédacteurs ont néanmoins pris soin de préciser qu'il convenait d'analyser chaque situation impliquant une relation entre le cabinet de l'arbitre et l'une des parties au cas par cas.

98 –

98. [Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 11-26529](#), *Société Tecnimont SPA c/ J & P. Avax* (« *Tecnimont* ») ; Gaz. Pal. 22-24 janvier 2012, p. 15, obs. D. Bensaude ; RTD com. 2012.518, obs. E. Loquin ; P. Chevalier, « Impartialité de l'arbitre, étendue de son obligation de révélation et promptitude à agir des parties », D. 2014. 1981 ; Th. Clay, « Tecnimont, saison 4 : entre révélation et réaction », Cah. arb., 1^{er} octobre 2014, n° 3, p. 547.

99 –

99. *Ibid.*, note 45.

100 –

100. CA Paris, 12 février 2009, n° 07-22164.

101 –

101. CA Reims, 2 novembre 2011, n° 10-02888 (*Tecnimont*) ; Paris Journ. Intern. Arb. 2011.1109, note Th. Clay ; Rev. arb. 2012.112, note M. Henry ; D. 2011. 3028, obs. Th Clay ; JCP G 2011, doct., 1432 § 5, obs. J. Béguin ; RTD com. 2012.518, obs. E. Loquin ; Gaz. Pal. 22-24 janv. 2012, p. 15, obs. D. Bensaude.

102 –

102. CA Reims, 2 novembre 2011, n° 10-02888.

103 –

103. Liste d'application des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, items 2.3.6 (cas d'une relation commerciale importante) et 3.2.1 (cas d'absence de relation commerciale importante) (en substance inchangés depuis 2004).

104 –

104. Respectivement, par Cass. civ. 1^{re}, n° 09-12716 et [Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 11-26529](#), précités.

105 –

105. À savoir la recevabilité de l'argument fondé sur le défaut d'indépendance de l'arbitre, lorsque ce dernier n'est pas soulevé dans le délai prévu par le règlement d'arbitrage.

106 –

106. L'on aurait pu envisager par exemple qu'au moment de la rédaction de la déclaration, le cabinet de l'arbitre ait temporairement cessé de travailler sur l'opération en cause, ou qu'une défaillance technique soit intervenue lors du processus de gestion des conflits d'intérêts, ou encore que l'opération traitée soit tout simplement passée inaperçue aux yeux d'une grande partie des associés et collaborateurs non directement impliqués sur le dossier.

107 –

107. Cette circonstance a souvent été mise en avant par la doctrine. Voir par exemple, avis de l'avocat général P. Chevalier dans l'affaire *Tecnimont* ([Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 11-26529](#), *supra*, note 97).

108 –

108. P. Chevalier, *supra* note 97.

109 –

109. L. Aynès, « Précisions sur la responsabilité de l'arbitre ? », Cah. arb., 1^{er} juin 2014, n° 2, p. 299.

110 –

110. En particulier, le recours en annulation.

111 –

111. Ces sommes ont augmenté significativement ces dernières années dans le cadre des recours en annulation. Dans le cas d'espèce, la Cour a condamné *in solidum* les parties succombantes à verser aux demanderesse la somme de 200 000 euros au titre de l'[article 700 du Code de procédure civile](#).

112 –

112. Voir notamment les arbitrages *Tapie* et *Elf*, relayés dans la presse.

113 –

113. *Ibid.*, note 45.

Auteur(s) :

- Grégoire / Quentin Bertrou / de Margerie