

**ATELIER* DU GROUPE DE TRAVAIL
« PRATIQUE ARBITRALE »
DU COMITE FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE***

(Paris, 16 avril 2015)

**L'OBLIGATION DE RÉVÉLATION
ASPECTS PRATIQUES POUR LES ARBITRES ET POUR LES PARTIES**

COMPTE-RENDU

par

Claire DEBOURG

*Maître de conférences
Université Paris Ouest (Nanterre-la Défense)*

Le 16 avril 2015, le groupe de travail de pratique arbitrale du CFA a consacré une séance de discussions à l'**obligation de révélation**, pour en étudier les aspects pratiques à la fois pour les arbitres et pour les parties.

Sur la base du dossier scientifique établi par les rapporteurs de l'Atelier et remis aux participants, ainsi que sur la base d'une liste de points délicats ou qui demeurent controversés, présentés par M. le Professeur Thomas Clay, cet Atelier a été l'occasion d'engager une discussion portant sur les aspects pratiques de l'obligation de révélation, qu'il s'agisse du point de vue de l'arbitre ou du point de vue des parties. Les

(*) Atelier présidé par MM. Henri-Jacques Nougéin et Jacques Pellerin. Rapporteurs : Claire Debourg, Romain Dupeyré et Laura Weiller. Les membres du groupe de travail remercient M. le Professeur Thomas Clay d'avoir accepté l'invitation à se joindre à cet Atelier.

débats, nourris par les interventions des participants, ont porté sur l'objet de l'obligation de révélation, c'est-à-dire sur la nature des informations devant être révélées (I), sur les limites de l'obligation de révéler, notamment en cas de notoriété des informations (II), mais aussi sur les modalités de réaction des parties désireuses d'exercer leur droit de récusation (III). Enfin, diverses questions prospectives, portant sur les possibles extensions de l'obligation de révélation, ont été abordées (IV).

I. – Objet de l'obligation de révélation. En premier lieu, les intervenants se sont intéressés au type d'informations qui doivent faire l'objet d'une révélation de la part des arbitres.

L'indépendance et l'impartialité sont considérées comme des qualités inhérentes à la fonction juridictionnelle exercée par l'arbitre. Il est donc tenu de révéler les informations qu'il estime de nature à susciter un doute sur son indépendance ou son impartialité.

Toutefois, si un consensus s'est rapidement dégagé quant à la durée de l'obligation de révélation, qui s'étend tout au long de l'arbitrage (41), et quant aux obligations de « mises à jour » de la déclaration d'indépendance, il est apparu particulièrement difficile de déterminer exactement les informations qui devaient être révélées. Toutes les informations ne se valent pas et la décision de révéler semble fondée sur des critères parfois très subjectifs. Par ailleurs, les travaux de l'Atelier ont mis en évidence que la question ne se posait peut-être pas tout à fait de la même façon selon qu'il s'agit de la déclaration initiale ou d'informations qui pourraient survenir en cours de procédure.

La question est essentielle, car les conséquences pratiques d'une révélation incomplète peuvent être très importantes : les risques sont divers et affectent à la fois la sentence arbitrale et l'arbitre. À quoi est tenu l'arbitre ? À quoi les parties peuvent-elles légitimement s'attendre ? Qu'est ce qui est susceptible d'affecter l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ?

A) Les différents liens. La matière est particulièrement dense et difficile à systématiser. Pour faire le tri, et éclaircir la question, plusieurs études ont été menées. L'une d'entre elles a conduit à l'élaboration par l'*International Bar Association* des célèbres *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, révisées en octobre 2014. Si elles sont très usitées par les praticiens de l'arbitrage, ces lignes directrices ne permettent pas de résoudre toutes les difficultés car, d'une part, elles ne sont pas revêtues de la force obligatoire et, d'autre part, bien qu'elles

(41) V. l'article 1456 al. 2 CPC ; l'article 11 des IBA Guidelines et l'article 11.3 du règlement de la CCI. V. par exemple Paris, 17 février 2005, *Société Mytilineos Holdings*, *Rev. arb.*, 2005.709 (3^e esp.), note M. Henry ; Paris, 12 février 2009, *Société Tecnimont*, *Rev. arb.*, 2009.186, note Th. Clay ; *LPA*, 2009.4, note M. Henry ; *Gaz. Pal.* 13-15 déc. 2009, *Cah. arb.*, 2009/4, p. 6, obs. L. Degos ; *D.*, 2009, pan. 2964, obs. Th. Clay ; Paris, 14 octobre 2014, *SA Auto Guadeloupe Investissements*, *Rev. arb.*, 2015.151, note M. Henry ; *Paris Journ. Int. Arb.*, 2014.795, note D. Cohen ; *JCP*, 2014.1272, note H. Guyader ; *D.*, 2014, pan. 2549 et 2451, obs. Th. Clay.

couvrent un grand nombre de situations, elles ne peuvent par hypothèse prétendre à les couvrir toutes. Les membres de l'Atelier sont revenus sur les grandes catégories de situations proposées par les lignes directrices et sur la gradation de l'étendue de l'obligation de révélation qu'elles proposent. Les faits susceptibles de faire naître des doutes quant à l'impartialité ou à l'indépendance de l'arbitre aux yeux des parties y sont répartis en quatre listes : les deux listes rouges, l'une rouge foncée, l'autre rouge clair en quelque sorte, qui rassemblent de façon non exhaustive les circonstances créant un doute quant à l'indépendance ou l'impartialité des parties (l'une de ces listes est non susceptible de renonciation, tandis que l'autre peut donner lieu à renonciation), la liste orange — celles des faits qui peuvent engendrer un doute — et la liste verte qui rassemble quant à elle les situations qui ne font objectivement pas apparaître de conflit d'intérêts.

De nombreux cas y sont envisagés, dont certains se retrouvent dans la jurisprudence française et ont donné lieu à des discussions au sein de l'Atelier.

Ce sont d'abord les liens économiques qui ont été rapidement évoqués. L'hypothèse est celle de l'article 1.4 des *IBA Guidelines* (part II), qui classe au sein de la liste rouge non susceptible de renonciation le fait que : « *L'arbitre conseille régulièrement la partie qui l'a nommé ou une de ses affiliées, et [que] l'arbitre ou son cabinet perçoivent d'eux des revenus financiers importants* ». Cette hypothèse correspond à celle du critère du « courant d'affaires » visé par la jurisprudence française. En principe, il est admis qu'une telle situation est constituée lorsqu'un arbitre conseille régulièrement la partie qui l'a nommé ou est régulièrement désigné par celle-ci (42). A cet égard, il a été relevé que le critère du montant perçu, exigé des *IBA Guidelines*, ne figurait pas parmi les exigences de la jurisprudence française.

D'autres liens ont été mentionnés, notamment les liens affectifs, intellectuels et personnels. S'agissant des liens intellectuels, il a été évoqué la situation des procédures connexes, dans laquelle se pose la question d'un éventuel préjugé. Cette situation, qui a été classée dans la liste orange par l'article 3.1.5 des *IBA Guidelines* (43), n'a pour l'instant pas été jugée par principe constitutive d'un défaut d'impartialité par la jurisprudence française (44).

(42) V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 2010, *M. Marcel Batard et autre c/ société Prodim et autre*, *Bull. civ. I*, n° 962 ; *D.*, 2010, pan. 2938, obs. Th. Clay ; *JCP*, 2010.I.1286 § 1^{er}, obs. Ch. Seragliani ; *LPA*, 2011, n° 36, p. 17, obs. M. Henry ; *RTD com.*, 2012.518, obs. E. Loquin.

(43) « *L'arbitre siège actuellement, ou a siégé au cours des trois dernières années, comme arbitre dans une autre procédure arbitrale liée à l'arbitrage, à laquelle une des parties ou une affiliée d'une des parties était partie* ».

(44) Paris, 9 septembre 2014, *M. Faisal Bin Fayyadh Al Gobain c/ SA Crédit Foncier de France*, *Paris Journ. Int. Arb.*, 2014.805, note A. Pinna et Fr. de Bérard ; *D.*, 2014, pan. 2550, obs. Th. Clay ; en somm. *in Rev. arb.*, 2014.1021.

La question est liée au problème des « *issue conflicts* » et à la question de savoir si l'arbitre doit révéler ses propres décisions ou opinions antérieures. La difficulté se présente fréquemment en matière d'arbitrage d'investissement, mais elle n'est pas exclue en matière d'arbitrage commercial, notamment de distribution. Une affaire relativement récente atteste de la pertinence de l'interrogation, s'agissant en l'espèce d'opinions d'ordre politique (45).

Ont également été discutés les cas de liens sociaux. La question se pose avec d'autant plus d'acuité en matière d'arbitrage que, comme l'ont fait remarquer les participants, il n'est pas rare pour les membres de ce qu'il est convenu d'appeler la « communauté de l'arbitrage », de participer aux mêmes événements, de travailler régulièrement ensemble ou d'appartenir aux mêmes groupes scientifiques.

Le Professeur Thomas Clay a suggéré de faire prévaloir le critère économique. Dans la plupart des cas, à moins d'une relation familiale, les liens sociaux, intellectuels ou pédagogiques ne sont pas des liens économiques et ne doivent pas être soumis à l'obligation de révélation, sous peine de devenir excessive. En d'autres termes, en l'absence de lien économique, les liens sociaux ne sont pas à révéler, notamment en cas d'appartenance à une même association (46), ce qui a été reconnu par la Cour de cassation (47). La jurisprudence semble aller dans ce sens et retient que les liens intellectuels en général ne suffisent pas à caractériser un conflit d'intérêts, à moins que soit rapportée la preuve de l'existence d'un lien de subordination (48) ou encore hiérarchique ou celle de la perte d'une liberté d'esprit, ce qui de l'avis des participants constitue un critère assez flou.

Si ce point semble réglé, l'appréciation de l'obligation de révélation en présence de liens affectifs ou d'amitié est plus délicate. Les participants à l'Atelier ont tout d'abord écarté les liens de parenté, comme ne soulevant pas de difficultés particulières du fait de leur objectivité. En revanche, l'attention des participants a porté sur la difficulté qu'il y a à déterminer un critère objectif permettant de quantifier les autres liens personnels, d'amitié ou affectifs. Il semble tout d'abord que peu de textes visent expressément ces liens (49). De l'avis général, la question est

(45) Paris, 26 mars 1999, *Société Papillon Group Corporation*, *Rev. arb.*, 2010.525, note V. Chantebout ; *D.*, 2010, pan., p. 2933, note Th. Clay, et Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2011, *Société Papillon Group Corporation*, *Gaz. Pal.*, 1^{er} juill. 2011, n° 3, obs. A. Mourre et P. Pedone.

(46) Cette circonstance a d'ailleurs été classée dans la liste verte des *IBA Guidelines*.

(47) Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 2015, *Cegelec*, *D.*, 2015, pan. 2594, obs. Th. Clay.

(48) V. par ex. Paris, 1^{er} juillet 2011, *SA Sobrior et autres c/ SAS ITM Entreprises et autres*, *LPA*, 2011, n° 225-226, p. 14, note Ph. Pinsolle ; *D.*, 2011, pan. 3028, obs. Th. Clay ; *RTD com.*, 2012.518, obs. E. Loquin ; en somm. in *Rev. arb.*, 2011.839 ; Paris, 20 octobre 1994, *E. Richy c/ Warlaumont et Union des Assurances de Paris*, *Rev. arb.*, 1996.442, note Ph. Fouchard.

(49) L'un des participants a attiré toutefois l'attention sur l'article 815 du Code de procédure civile italien qui prévoit que l'arbitre peut être récusé notamment « *si lui-même ou son conjoint [...] entretient des relations personnelles ou professionnelles étroites et régulières avec l'une des parties, un représentant légal d'une des parties, ou un de ses conseils* ».

intuitivement celle de leur intensité. Certains participants ont insisté sur le fait que leur appréciation était nécessairement subjective, le critère devant se trouver dans l'impression qu'un tiers pourrait retirer de l'existence de ces liens.

Faute de critères précis et afin d'éviter d'avoir à se reposer sur une éthique personnelle malheureusement parfois insuffisante, un intervenant a fait valoir qu'il convenait non pas de rechercher le critère de la révélation, mais d'étudier les critères de récusation. Il a donc été suggéré que l'arbitre procède à une révélation maximale, parmi laquelle le tiers opérera un tri. La solution, qui permet de maintenir le climat de confiance qui doit présider à l'arbitrage, a également le mérite de régler définitivement la question, grâce à l'autorité de la décision statuant sur la récusation. Pour le Professeur Thomas Clay, c'est là exactement le sens de la réforme de l'article 1456 du Code de procédure civile. En effet, il a été évoqué le fait que l'ancien article 1452 prévoyait que l'arbitre ne pouvait se maintenir si, ayant révélé un fait, y compris particulièrement anodin, une des deux parties faisait valoir une objection (50). Le nouvel article 1456, alinéa 3, a mis en place un système différent qui permet à l'arbitre de révéler largement et au juge d'appui de trancher les objections des parties, distinguant entre les objections sérieuses et les simples prétextes. C'est ainsi qu'une jurisprudence peut s'établir et avec elle des critères qui permettent aux arbitres de savoir s'il devait révéler tel ou tel fait ou s'il pouvait s'abstenir.

Toutefois, la définition d'une obligation de révélation dite étendue demeure incertaine. A cet égard, les avis sont partagés. Faut-il par exemple révéler les liens accessoires ou qui semblent anodins ? Pour certains, le risque est de tomber dans une approche caricaturale de l'obligation de révélation. Par ailleurs, il a été relevé que la Cour de cassation a pu sembler restreindre l'obligation aux informations dont il est démontré qu'elles sont de nature à influencer l'indépendance de l'arbitre (51). Ne faut-il alors révéler que ce qui peut avoir une incidence sur la sentence ? Sans répondre précisément, la Cour de cassation rappelle qu'il faut se mettre à la place des parties. Pour cela, elle écarte le grief de constitution irrégulière du tribunal arbitral en constatant que les circonstances non révélées par l'arbitre « *ne pouvaient [...] être de nature, ni à affecter son jugement, ni à provoquer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance* » (52).

(50) Art. 1452 al. 2 ancien CPC : « *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* ».

(51) Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, *Tecso*, *Bull. civ.* I, n° 193 ; *Rev. arb.*, 2013.129, note Ch. Jarrosson ; *Procédures*, 2012.354, note L. Weiller ; *JCP*, 2012, *doctr.*, 1268, note B. Le Bars ; *D.*, 2012, *Act.*, 2458, obs. X. Delpech ; *JCP*, 2012, *doctr.* 1354 § 1^{er}, obs. Ch. Seraglini ; *D.*, 2012., *pan.*, 2999, obs. Th. Clay ; *LPA*, 2013, n° 85, p. 14, note S. Jarvin ; *RTD com.*, 2013.481, obs. E. Loquin.

(52) Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, *Groupe Antoine Tabet*, *Bull. civ.* I, n° 116 ; *Rev. arb.*, 2015.75, note S. Bollée ; *D.*, 2014, *pan.*, 2550, obs. Th. Clay.

L'un des participants a également soulevé la question de savoir si l'obligation de révélation devait être étendue à d'autres faits et circonstances qui, sans porter atteinte à l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre, pourraient mettre en danger l'arbitrage. La discussion semble avoir conduit à admettre que l'arbitre peut toujours révéler davantage et notamment ce qui lui semble constituer un obstacle à la procédure ou de nature à fragiliser la sentence.

B) Révélation de faits ignorés par les arbitres. Par ailleurs, a été posée la question de savoir si l'obligation de révélation s'imposait aux arbitres, alors même qu'ils pensent n'avoir rien à révéler et ignorent les possibles circonstances qui pourraient faire l'objet d'une déclaration. La question est aussi celle des diligences que doit accomplir l'arbitre dans sa recherche d'éventuels conflits d'intérêts.

La question est abordée par les *IBA Guidelines*, dont l'article 7(d) prévoit que « *L'arbitre a le devoir de procéder à des recherches diligentes afin d'identifier tout conflit d'intérêts et tout fait ou circonstance susceptible de susciter un doute sur son impartialité ou son indépendance. A défaut pour l'arbitre d'avoir fourni des efforts raisonnables de recherche, un défaut de déclaration ne pourra être justifié par l'ignorance par l'arbitre de la cause de conflit* » (53).

En droit français, la doctrine a suggéré de distinguer les conflits directs et les conflits et faits dont l'arbitre n'est pas directement l'auteur. Dans cette seconde hypothèse, l'obligation de révélation ne peut être qu'une obligation de moyens puisque l'arbitre est dépendant de l'information qu'un tiers va lui donner. Toutefois, il a été convenu que l'arbitre doit procéder à des vérifications, en particulier, le cas échéant, conformément aux procédures de son cabinet. En revanche, l'obligation pourrait devenir une obligation de résultat renforcée lorsque l'arbitre a spécialement été interrogé sur ce point.

C) Obligation de révélation lorsque l'on a rien à révéler. Au-delà de ces questions, s'est posée celle de l'existence d'une obligation de déclaration alors que l'arbitre pense n'avoir rien à révéler. A cet égard, les participants de l'Atelier ont examiné la jurisprudence, qui n'apparaît pas particulièrement stable sur la question. En effet, un premier arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 mars 2011 rendu dans l'affaire *Nykcool* semble s'être prononcée en faveur d'une obligation de déclaration (54). Plus

(53) Art 7 (d) IBA : « *An arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to identify any conflict of interest, as well as any facts or circumstances that may reasonably give rise to doubts as to his or her impartiality or independence. Failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge, if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries* ». Traduction libre.

(54) Paris, 10 mars 2011, *Société Nykcool AB*, *Rev. arb.*, 2011.731, et l'article de D. Cohen « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », p. 611 ; *LPA*, 2011, n° 225-226, p. 14, note Ph. Pinsolle ; *D.*, 2011, pan. 3027, obs. Th. Clay ; *RTD com.*, 2012.518, obs. E. Loquin. Dans cet arrêt, les juges ont estimé que « *le refus non motivé des arbitres de se soumettre à l'obligation qui leur incombe de satisfaire à une demande de déclaration d'intérêts formulée par une partie est de nature à faire raisonnablement douter celle-ci de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal* ».

tard, dans un autre arrêt du 29 octobre 2013 (55), la Cour d'appel de Paris semble cette fois d'avis contraire (56). Enfin, le 10 mars 2015 (57), la Cour d'appel de Paris a rendu un autre arrêt dans l'affaire *Nykcool*, qui pourrait être interprété comme imposant aux arbitres de procéder à la déclaration, même lorsqu'ils n'ont rien à dire.

Les participants à l'Atelier se sont interrogés sur l'intérêt et les inconvénients qu'il y aurait à systématiquement exiger une révélation. Il a été fait valoir qu'il en allait de la crédibilité de l'arbitrage et de la confiance qu'il pouvait inspirer. Ce besoin de transparence milite, selon certains, en faveur d'une obligation de révélation, y compris négative, c'est-à-dire y compris lorsque l'arbitre n'a pas de fait positif à révéler, comme dans l'arbitrage institutionnel où une déclaration d'indépendance est toujours exigée. En présence d'une telle proposition, la question s'est rapidement posée de la sanction de cette obligation.

II. – Limites à l'obligation de révélation. En second lieu, les débats se sont poursuivis au sujet des limites apportées à l'obligation de révélation, en particulier en cas d'information notoire. C'est alors la question de la répartition entre révélation par l'arbitre et diligence des parties qui a été posée.

A) Notoriété. La jurisprudence considère que ce qui est notoire n'a pas besoin d'être révélé. Toutefois, le critère ne semble pas faire l'unanimité. En particulier, il a été évoqué son caractère relatif. L'examen de la jurisprudence révèle d'ailleurs que ce critère est plus fréquemment appelé pour exclure le caractère notoire d'une information, laissant les observateurs avec peu d'exemples de faits ou circonstances notoires. De la même façon, la jurisprudence ne semble pas imposer aux parties d'obligation de se renseigner (58). En revanche, il a été considéré que dans l'hypothèse où le conseil d'une partie a connaissance d'informations concernant l'arbitre, mais que ce dernier ne les révèle pas, il est préférable qu'il l'incite, rapidement, à le faire. Dans le cas contraire, il perdrait la possibilité de soulever ultérieurement l'irrégularité, au contraire de l'autre partie, qui ignorait ces informations.

arbitral, alors, en outre, qu'il est établi en l'espèce que l'arbitre désigné par les parties défenderesse participait à d'autres arbitrages mettant en cause ces mêmes parties ».

(55) Paris, 29 octobre 2013, *Teman*, en somm. in *Rev. arb.*, 2013.1079 ; *D.*, 2013, pan. 2944, obs. Th. Clay.

(56) La Cour retient que le requérant, « *qui était en mesure de saisir en temps utile les arbitres d'une demande tendant à les voir souscrire une déclaration d'indépendance et à obtenir qu'ils satisfassent à leur obligation de révélation est irrecevable à invoquer le fait que le président du tribunal arbitral aurait entretenu des liens [avec un cabinet d'avocats dont deux associés ont assisté l'une des parties]* »

(57) Paris, 10 mars 2015, *SAS Compagnie Fruitière France et autres c/ société Nykcool AB*, en somm. in *Rev. arb.*, 2015.624 ; *D.*, 2015, pan., 2594, obs. Th. Clay.

(58) Paris, 14 octobre 2014, *SA Auto Guadeloupe Investissements, préc.* (solution confirmée par Cass. civ. 1^{re}, 16 décembre 2015, *Société Columbus c/ Auto Guadeloupe*, pourvoi n° D 14-26.279, en somm. p. 348) ; Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 2014, *Dukan de Nitya, Procédures*, 2014, n° 84, obs. L. Weiller ; *Cah. arb.*, 2015.95, note M. Danis ; *D.*, 2015, pan. 2594, obs. Th. Clay.

B) Confidentialité. Toujours au titre des limites, ont été évoquées les difficultés de révélation en présence d'informations confidentielles, en particulier de celles qui sont couvertes par le secret professionnel de l'avocat. De l'avis des participants qui se sont exprimés sur cette question, le caractère généralement confidentiel de l'arbitrage pourrait atténuer la difficulté, d'autant plus que ce sont les informations les plus confidentielles qui sont souvent les plus gênantes. Les participants ont semblé s'accorder sur le fait que l'arbitre souhaitant être confirmé devait révéler une telle information. Une autre possibilité serait pour l'arbitre de simplement renoncer à l'arbitrage, sans révéler le détail des raisons de son refus. Une telle attitude est certes plus difficile à adopter si c'est en cours d'arbitrage que l'arbitre apprend l'information confidentielle dont il estime qu'elle relève de celles qui doivent être révélées. La question a été débattue de sa marge de manœuvre. Peut-il démissionner ? Il semble qu'il ait là une cause légitime, mais il lui sera difficile de justifier sa démission s'il ne peut pas en révéler les détails.

III. – Réaction des parties : l'exercice du droit de récusation. En troisième lieu, les participants à l'Atelier se sont interrogés sur les modalités de réaction des parties à la suite de la révélation de liens potentiels, directs ou indirects entre un arbitre et l'une des parties, c'est-à-dire principalement sur l'exercice du droit de récusation.

A) Réaction des parties. Ainsi que l'a indiqué un participant, la philosophie du Code de procédure civile repose désormais sur la recherche d'un effet de purge. Par hypothèse, l'arbitre ne révèle que des liens qui, à ses yeux, n'affectent pas son indépendance, puisque dans l'hypothèse contraire, il n'aurait pas accepté l'arbitrage (59). Dans ces conditions, il a été admis par un grand nombre de participants qu'il était préférable que l'arbitre révèle largement les différents liens qu'il peut entretenir, directement ou indirectement, avec l'une des parties. Ce sera alors à la partie qui considère que cette révélation affecte l'indépendance de l'arbitre d'agir en récusation, mais dans le délai — relativement court — imparti par le nouveau texte. A défaut, le recours est forclo et la sentence en ressort « sécurisée ».

Au sujet du délai, plusieurs questions ont été soulevées. Les membres de l'Atelier ont tout d'abord évoqué la récente jurisprudence *Tecnimont* et la nécessité pour les parties de respecter le délai fixé par le règlement d'arbitrage (60), ce qui soulève d'intéressantes questions en termes de

(59) V. not. l'art. 2 (a) des *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, adoptées le 23 octobre 2014 : « *An arbitrator shall decline to accept an appointment or, if the arbitration has already been commenced, refuse to continue to act as an arbitrator, if he or she has any doubt as to his or her ability to be impartial or independent* » et l'art. 3 (c) : « *It follows from General Standards I and 2(a) that an arbitrator who has made a disclosure considers himself or herself to be impartial and independent of the parties, despite the disclosed facts and, therefore, capable of performing his or her duties as arbitrator. Otherwise, he or she would have declined the nomination or appointment at the outset, or resigned* ».

(60) Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, *Société Tecnimont*, *Bull. civ. I*, n° 115 ; *Rev. arb.*, 2015.85, note J.-J. Arnaldez et A. Mezghani ; *D.*, 2014.1981, avis av. gén. P. Chevalier ; *Paris Journ.*

hiérarchie des normes entre le règlement d'arbitrage et la règle de l'indépendance de l'arbitre. La question a ensuite été posée de savoir quel était le point de départ exact du délai de l'action en récusation. En principe, la réaction doit être immédiate, dès que les parties ont connaissance des circonstances susceptibles de faire naître un doute sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Toutefois, l'appréciation de ce moment peut être complexe, la connaissance de ces circonstances étant souvent progressive. Dans ce cas, les parties se retrouvent dans une situation délicate, prises entre la nécessité d'agir vite et le risque d'agir en réalité dans la précipitation, alors qu'elles n'ont pas en main l'intégralité des éléments pertinents.

Cette nécessité d'agir immédiatement pour les parties, exigence prévue par l'article 1466 du Code de procédure civile (61), pose la question de savoir si l'obligation de révélation de l'arbitre n'aurait pas muté pour devenir un devoir de réaction de la part des parties : l'arrêt *Fibre Excellence* du 2 décembre 2014, semble avoir exigé des parties une double réaction. Dans cette affaire, l'une des parties avait demandé la récusation de l'un des arbitres pour défaut d'indépendance, celui-ci ayant mis à jour sa déclaration d'indépendance en cours d'arbitrage et révélé qu'il envisageait de rejoindre le cabinet d'avocats assistant l'autre partie à la procédure. L'arbitre a certes démissionné, mais la partie a estimé que cela était insuffisant à purger l'irrégularité, compte tenu de l'état d'avancement de la procédure, à savoir que la sentence était en cours de délibéré. Toutefois, la Cour d'appel de Paris a considéré que cette partie n'ayant pas réagi au courrier de l'institution l'informant de la démission de l'arbitre et de la poursuite de la procédure, celle-ci avait renoncé à se prévaloir du grief tiré de l'irrégularité de composition du tribunal arbitral. En d'autres termes, alors que la requérante avait réagi à la révélation faite par l'arbitre en cours de procédure en demandant la récusation, elle aurait dû réagir à nouveau et formuler des objections immédiatement après réception du courrier l'informant de la démission et de la poursuite par un tribunal arbitral tronqué.

Si les parties sont contraintes d'agir rapidement, l'un des participants a encore relevé que l'action en récusation suscitait des craintes de la part des parties et de leurs avocats, convaincus qu'une fois saisi, le juge d'appui procédera presque systématiquement à la récusation. Or, selon cet intervenant, la récusation n'est pas si automatique et il est fréquent que l'arbitre se déporte préventivement dans des situations où la récusation judiciaire est loin d'être certaine. Cette situation est regrettable, car

Intern. Arb., 2014.547, note Th. Clay ; *JCP*, 2014, *act.*, 742, obs. Th. Clay ; *JCP*, 2014, *doctr.*, 857 § 4, obs. Ch. Seraglini ; *JCP*, 2014, *doctr.*, 977 § 9, obs. C. Nourissat ; *D.*, 2014, *pan.*, 1976, obs. S. Bollée ; *D.*, 2014, *pan.*, 2548, obs. Th. Clay ; *Procédures*, 2014.269, note L. Weiller ; *LPA*, 2014, n° 215, p. 5, obs. M. Henry.

(61) Art. 1466 CPC : « 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 ».

elle conduit finalement à un manque de contentieux sur la récusation et, partant, à un manque de jurisprudence en fixant les critères.

A ce sujet, les participants ont relevé une différence importante entre l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage institutionnel, les institutions paraissant plus souvent enclines à procéder à la récusation à la moindre objection d'une partie. Cette affirmation a toutefois été nuancée : d'une part, l'on aurait constaté une évolution dans la pratique des centres d'arbitrage qui, de plus en plus, maintiendraient plus fréquemment qu'auparavant l'arbitre objet de la procédure ; d'autre part, il conviendrait de distinguer entre la demande de récusation intervenue immédiatement après la déclaration initiale de celle intervenue en cours d'arbitrage. Dans le second cas, les institutions seraient moins promptes à récuser l'arbitre.

B) Renonciation à la révélation. La question de la renonciation à la révélation par les parties a également été discutée.

Il existe dans les *IBA Guidelines* une liste rouge « écarlate », non susceptible de renonciation. Les autres circonstances devraient donc pouvoir faire l'objet d'une renonciation par les parties. Les participants ont fait remarquer qu'en droit français, il existait de toute façon une forme de renonciation implicite, à chaque fois que l'irrégularité n'est pas soulevée dans les délais. Toutefois, il a été relevé qu'il s'agissait là d'une conception très française qui ne s'appliquera pas nécessairement lorsque la reconnaissance de la sentence sera demandée à l'étranger.

C) Présence de l'arbitre. Les discussions de l'Atelier ont ensuite porté sur le déroulement de la procédure de récusation elle-même. L'une des questions qui a fait débat est celle de la place qui doit être accordée à l'arbitre dans le cadre de cette procédure. Doit-il être présent et à quel titre ?

La question est délicate. En effet, s'il a été rappelé que l'action en récusation ne se faisait pas en présence de l'arbitre, la situation n'est pas pleinement satisfaisante. D'un côté, il serait délicat pour l'arbitre, objet de la procédure, de se retrouver en litige avec l'une des parties et d'être finalement, d'un point de vue procédural, son adversaire. D'un autre côté, il semblerait logique que le juge entende l'arbitre dans le cadre de cette action. Il ne s'agirait donc pas d'assigner l'arbitre en justice, mais de lui donner la possibilité de s'exprimer. La difficulté, relevée par les participants à l'Atelier, est de savoir selon quelles modalités. Faut-il qu'il s'exprime par l'intermédiaire de l'une des parties ? Certains participants à la séance ont exprimé une certaine gêne à cet égard, la partie ne devant pas être l'intermédiaire par lequel l'arbitre se défend. Il a été suggéré une position plus tempérée, à savoir que cette partie soit le véhicule procédural par lequel les déclarations de l'arbitre peuvent être recueillies, sans qu'il s'agisse pour elle de défendre son arbitre.

Un participant a évoqué la jurisprudence française selon laquelle il n'est pas possible d'entendre les arbitres comme témoins dans le cadre de ces procédures, notamment dans le cadre d'une procédure en annulation contre

la sentence (62). Dans d'autres pays, au contraire, il est admis d'entendre les arbitres comme témoins lorsque leur indépendance est remise en cause. Un participant a indiqué avoir connu une expérience en ce sens en Espagne, à l'occasion d'un recours en annulation. Le droit suisse le permet également s'agissant du recours en annulation et le droit anglais autorise l'audition des arbitres lors de la procédure de récusation (63). De l'avis général, il n'est en tout état de cause pas souhaitable que l'arbitre devienne un adversaire à la procédure au moyen d'une assignation, ce qui reviendrait à troubler sa qualité de juge.

D) Autorité des décisions du juge d'appui. Un autre point a été évoqué s'agissant de l'action en récusation : la question de l'autorité de chose jugée de la décision du juge d'appui sur l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre. En droit français, ces décisions s'imposent au juge de l'annulation (64). On s'est interrogé sur le bien-fondé et l'opportunité de cette solution (65). En effet, le juge d'appui se prononce dans des conditions spécifiques, en cours d'arbitrage, et il agit en tant que juge unique. Par ailleurs, la ligne jurisprudentielle en la matière va assez loin puisque l'autorité de chose jugée de la décision du juge d'appui fait obstacle à ce que la Cour d'appel statue dans le cadre de l'annulation, y compris lorsque l'action en récusation a été jugée irrecevable en raison de son caractère tardif (66).

Il a également été rappelé à cette occasion que les procédures de récusation devant les institutions d'arbitrage présentaient une différence de taille puisque, leurs décisions étant dépourvues de l'autorité de la chose jugée, les parties restent avec une épée de Damoclès planant au dessus de la procédure et de la sentence.

IV. – Questions prospectives. Enfin, plusieurs questions prospectives ont été évoquées, s'agissant notamment de l'extension de l'obligation de révélation entre co-arbitres, en cas de financement par un tiers ou encore en présence d'un secrétaire administratif assistant le tribunal arbitral.

A) Liens entre coarbitres. La question a été évoquée de savoir si l'obligation de révélation devait être étendue aux liens pouvant exister

(62) V. not. Trib. gr. inst. Paris (Ord. réf.), 4 mai 2012, *M^e Ph. Samzun ès-qualités c/ SASU Animatrice de la Franchise « La Brioche Dorée »*, n° RG : 12/53139, en somm. in *Rev. arb.*, 2012.478 ; *JCP*, 2012, *doctr.*, 843 § 3, obs. J. Béguin ; *D.*, 2012, pan. 3000, obs. Th. Clay.

(63) Art. 26 (5) de l'Arbitration Act 1996 : « *The arbitrator concerned is entitled to appear and be heard by the court before it makes any order under this section* ».

(64) V. not. Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2013, *Société Carrefour c/ société Coop Atlantique*, *Bull. civ. I*, n° 307, *Rev. arb.*, 2013.735, note V. Chantebout ; *JCP*, 2013.465, note D. Mouralis ; *Procédures*, 2013.150, note L. Weiller ; *JCP*, 2013, *doctr.*, 784 § 1^{er}, obs. Ch. Seraglini ; *D.*, 2013, pan. 2941, obs. Th. Clay.

(65) V. depuis la tenue de cet Atelier, not. Ch. Jarrosson, « L'autorité de chose jugée des décisions relatives à l'indépendance de l'arbitre », *supra*, p. 165 ; B. Haftel, « L'autorité de la chose jugée par le juge d'appui », *D.*, 2016.138.

(66) Paris, 15 octobre 2013, *SARL Plaisir Selection GmbH et autre c/ SNC Organisation intra-groupe des achats « OIA »*, n° rép. gén. : 12/05143, en somm. in *Rev. arb.*, 2013.1077 ; *D.*, 2013, pan. 2941, obs. Th. Clay.

entre les co-arbitres. De l'avis du Professeur Thomas Clay, il n'est pas exclu que le critère économique puisse, selon les cas, s'appliquer à cette situation, par exemple en présence de co-arbitres qui siègent fréquemment ensemble, en inter-changeant sans cesse leur rôle entre président et co-arbitre. Même s'il n'est pas décisionnaire, le co-arbitre est une force de proposition du choix du président, ce qui pourrait être de nature à caractériser une relation de nature économique entre eux. Une application rigoureuse du critère économique de la révélation devrait conduire à ce que la relation entre co-arbitres soit mise au jour (67).

Toujours s'agissant des co-arbitres, la question s'est posée de savoir quelle devait être l'attitude d'un arbitre qui a connaissance d'une circonstance affectant l'un de ses co-arbitres mais qui n'a pas été révélée. La question revêt bien sûr un caractère polémique : a-t-il une obligation de dénonciation ou encore de surveillance ? De l'avis général, il est gêné d'imposer aux arbitres l'obligation de se surveiller mutuellement. Toutefois, en cas de suspicion, le premier réflexe semble devoir être d'en avertir le président, lorsque c'est possible, ce qui est loin d'être toujours le cas. Les participants ont néanmoins reconnu que la suite à donner à cette suspicion était à la fois très délicate et potentiellement peu efficace, mais que chaque arbitre devait néanmoins être vigilant car sa responsabilité civile personnelle pouvait être recherchée du fait des manquements d'un de ses co-arbitres.

B) Liens avec les tiers financeurs. L'Atelier a encore été l'occasion d'évoquer la question de la révélation des liens avec les tiers financeurs (68). La pratique du recours aux tiers financeurs tendant à se développer, il est naturel que la question de l'indépendance de l'arbitre à leur égard se pose également. Les *IBA Guidelines* ont pris la mesure de cette difficulté, évoquée dès le préambule de leur version de 2014 (69). La question est néanmoins compliquée car, dans une telle hypothèse, l'obligation de révélation devrait peser sur les parties ou sur le tiers financeur lui-même lorsque l'arbitre ne connaît pas ce dernier (70).

C) Liens affectant le secrétaire du tribunal arbitral. Bien qu'ils ne doivent pas influencer directement l'issue de la procédure, l'attention porte également désormais sur les secrétaires administratifs du tribunal arbitral. Là encore, les *IBA Guidelines* de 2014 se sont intéressées à cette

(67) Sur cette question, v. Th. Clay : « Le coarbitre », in *Mélanges Pierre Mayer*, Lextenso, 2015, p. 133.

(68) Sur cette question, v. également *Third-Party Funding in International Arbitration*, 32nd Annual Meeting of the Institute of World Business Law, Paris, 26 novembre 2012, compte-rendu in *Cah. arb.*, 2013.523, par D. Méheut.

(69) Préambule des *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* : « *The Subcommittee has carefully considered a number of issues that have received attention in international arbitration practice since 2004, such as [...] thirdparty funding* ».

(70) V. Club des juristes : *Financement du procès par les tiers*, 2014.

question (71). A l'article 5 (b), il est prévu que les secrétaires administratifs, au sens large, soient tenus des mêmes devoirs d'indépendance et d'impartialité, sous la responsabilité du tribunal arbitral (72). Il semble en effet logique que l'arbitre révèle les liens qu'entretiennent avec les parties — directement ou indirectement — ceux qui vont l'assister sur le dossier. Certaines institutions d'arbitrage exigent du secrétaire administratif qu'il produise lui-même une déclaration d'indépendance (73).

D) Responsabilité de l'arbitre. Pour finir la séance, le débat s'est ouvert sur la responsabilité potentiellement encourue par l'arbitre en cas de révélation incomplète. La jurisprudence offre plusieurs exemples en ce sens. Un parallèle a pu être fait avec l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 31 mars 2015 dans l'affaire *Banque Delubac*, dans la mesure où la Cour y a retenu une conception assez large de la responsabilité civile de l'arbitre dans une hypothèse de dépassement de délai et a condamné les arbitres à rendre la totalité de leurs honoraires. Il n'a d'ailleurs tenu qu'à une transaction entre les parties que les arbitres ne soient pas condamnés à payer le montant du préjudice qu'ils avaient retenu dans la sentence annulée, soit 167 millions d'euros (74). On doit donc s'interroger sur le risque d'importantes condamnations d'arbitres dont les sentences seraient annulées pour manquement à l'obligation de révélation.

Enfin, c'est la possibilité d'une mise en cause de la responsabilité pénale de l'arbitre qui a été évoquée. De l'avis général, il a été reconnu que la mise en cause de la responsabilité pénale de l'arbitre pour faux en écriture en cas de déclaration incomplète était une sanction excessive et inadaptée à une déclaration d'indépendance incomplète.

**

Ainsi, nombre de questions pratiques et d'actualité relatives à l'obligation de révélation ont été abordées au cours de la séance. L'ensemble de ces questions a donné lieu à de riches débats, au cours desquels les membres de l'Atelier ont pu faire part de leurs réflexions et expérience.

**

(71) Préambule des IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration : « *The Subcommittee has carefully considered a number of issues that have received attention in international arbitration practice since 2004, such as [...] the independence and impartiality of arbitral or administrative secretaries* ».

(72) Art. 5 (b) IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration : « *Arbitral or administrative secretaries and assistants, to an individual arbitrator or the Arbitral Tribunal, are bound by the same duty of independence and impartiality as arbitrators, and it is the responsibility of the Arbitral Tribunal to ensure that such duty is respected at all stages of the arbitration* ».

(73) C'est le cas de la CCI. V. note pratique du SIAC sur les secrétaires administratifs du 2 février 2015.

(74) Paris, 31 mars 2015, *Banque Delubac*, en somm. in *Rev. arb.*, 2015.635, *Paris Journ. Intern. Arb.*, 2015.313, note M. Henry ; *RTD civ.*, 2015.612, obs. H. Barbier ; *D.*, 2015, *pan.* 2596, obs. Th. Clay.

Un autre Atelier s'est tenu le 12 novembre 2015 sur le thème de *L'incidence des voies de recours sur l'exécution de la sentence arbitrale*.

Il est rappelé que les Ateliers pratiques du groupe arbitrage interne du CFA se tiennent sur une base biannuelle. La participation est libre sous réserve d'inscription préalable auprès de M^{me} Aline Cambon (secretariat@cfa-arbitrage.com).