

Compte rendu du Séminaire CCI
LES NOUVEAUX DÉFIS DES FONCTIONS D'ARBITRE
Jeudi 5 juillet 2012

« Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage », cet adage illustre l'importance et la nécessité de désigner des arbitres spécialisés dans le domaine objet du litige et rompus aux spécificités de l'arbitrage. Si les parties ont la faculté de désigner qui elles entendent comme arbitre, l'arbitrage ne vaut que par la qualité des arbitres. Bien qu'étant grand spécialiste du fond de l'affaire pour laquelle ils sont choisis, les arbitres ne sont pas exempts de reproches. Ainsi face à certains errements récents de la pratique de l'arbitrage international, la Chambre du Commerce Internationale, acteur de référence de l'arbitrage internationale, a tenu à s'interroger et remettre au-devant de l'actualité les nouveaux défis des fonctions d'arbitre.

Prenant acte de l'arrêt Tecnimont (Cour d'appel de Reims, arrêt n° 4 du 2 novembre 2011, R.G. : 10/2888) rendu sous la présidence de M. Dominique HASCHER, grand spécialiste de l'arbitrage et de la récente jurisprudence de la Cour de cassation du 01 février 2012, Papeterie Gascogne (Pourvoi n° 11-11084), la Commission Arbitrage d'ICC France a réuni les éminents praticiens de l'arbitrage, mode normal de règlement des différends commerciaux internationaux, afin de poser les bonnes questions et dessiner les perspectives nouvelles du nouveau visage des fonctions de l'arbitre.

Après les propos introductifs de M. François GEORGES, Délégué Général, ICC France et la présentation du séminaire par Me Béatrice CASTELLANE, avocate, Cabinet Castellane, la première table ronde a été ouverte sur un thème fédérateur portant sur l'« Obligation de révélation : les dernières évolutions jurisprudentielles ».

1. À la question de savoir si la notoriété de la situation de l'arbitre réduit-elle l'obligation de révélation, Me Nathalie MEYER FABRE, avocate, Cabinet Meyer-Fabre, intervenante sur cette question, a répondu de manière nuancée. Elle commence par préciser que le caractère de publicité suffisant de la situation de l'arbitre ne devrait pas exonérer l'arbitre de son devoir d'information. Mais qu'en pratique, la notoriété des circonstances ou de la situation de l'arbitre impose aux parties de dénoncer le défaut d'indépendance de l'arbitre dès qu'elles en ont connaissance, à défaut, elles seront présumées y avoir renoncé si elles invoquent ce moyen pour soutenir un recours en annulation.

Pour aller plus loin, CA Paris, 9 avril 1992 Annahold c. L'Oréal. Le devoir de transparence inhérent à la fonction d'arbitre. Cause d'irrecevabilité d'un grief tardif. Cass. 2^e civ. 25 mars 1999, SIAB c. Valmont ; CA Paris, 16 déc. 2010, Nidera c. Leplatre CA Paris 9 sept. 2010 Allaire c. SGS.

L'intervenante a d'ailleurs relevé qu'il ne suffit pas qu'une situation soit connue de l'avocat pour qu'elle soit considérée comme connue de son client. La notoriété de la situation de l'arbitre doit être

prouvée. La notoriété de sa situation ne réduit pas l'obligation de déclaration de l'arbitre qui doit tout révéler par prudence. Mieux vaut trop que pas assez. L'arbitre doit tout révéler, même si sa relation avec une des parties à la procédure d'arbitre ne se réduit qu'au simple parrainage de son enfant.

Vue du côté de l'arbitre, la notoriété d'une situation réduit l'obligation de révélation car les parties sont astreintes à l'obligation de loyauté, mais compte tenu de la judiciarisation croissante de l'arbitrage, la notoriété est devenue un motif d'annulation aux yeux du juge. Ce qui amène à dire que les arbitres doivent tout révéler, même les situations et les circonstances notoires.

2. Faut-il révéler les liens entre les arbitres d'un tribunal arbitral ? c'est la question à laquelle devait répondre Me Roland ZIADÉ qui remarque d'entrée de jeu que la nécessité pour l'arbitre de procéder à une révélation complète et précise est devenue un principe acquis. Mais très peu de décisions ont connu cette situation de la révélation des liens entre les arbitres d'un même tribunal arbitral. Arrêt CA Paris, Voith Turbo du 28 novembre 2002, appartenance des arbitres à un même réseau d'avocat. Dans cette affaire, le demandeur estimait que l'appartenance commune des deux arbitres au même réseau d'avocats avait porté atteinte à l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral. Ce moyen touche non plus à l'indépendance des arbitres vis-à-vis des parties mais à leur indépendance d'esprit.

Compte tenu du caractère corporatif de l'arbitrage et le risque de conflit d'intérêt, les différents systèmes d'arbitrage ont adopté des règles pour prévenir que les liens entre les co-arbitres n'affectent l'indépendance du Tribunal arbitral. Par exemple, si les deux arbitres sont liés par une relation d'amitié proche, ils doivent les révéler avant d'accepter leur mission. Pour aller plus loin, voir les lignes directrices de l'IBA, le règlement d'arbitrage de la CCI ainsi que le Règlement d'arbitrage de la CCJA de l'OHADA.

Un co-arbitre qui nomme un président du tribunal arbitral pour la 15^e fois doit le faire savoir aux parties avant d'accepter sa mission. Les parties sont en droit d'être informées des liens privilégiés entre les arbitres. Le Professeur de droit, Doyen de faculté qui nomme un chargé de cours Président du tribunal arbitral, doit le faire savoir aux parties. La carrière du chargé de cours dépendant en partie de l'appréciation et de la notation de son Doyen, cette situation affecte l'indépendance intellectuelle du président du Tribunal arbitral et accentue en lui la crainte révérencielle.

3. Le sens du devoir de révélation de l'arbitre. C'est le défi auquel était confronté Me Laurent JAEGER, Partner, Orrick Rambaud MARTEL, qui remarque une évolution très profonde de l'obligation de révélation. De l'obligation de révélation, moyen, instrument pour vérifier l'indépendance des arbitres, on assiste aujourd'hui, au vue de la jurisprudence récente, à une obligation de révélation qui est devenue une fin en soi. En effet, depuis bientôt dix ans, la

jurisprudence française a progressivement substitué l'obligation d'indépendance par l'obligation de révélation, qui n'est plus seulement le critère de l'indépendance, mais l'obligation principale dans laquelle l'obligation d'indépendance s'est dissoute. L'obligation de révélation est plus objective, plus contrôlable et plus opératoire, elle permet à l'arbitre de donner immédiatement une parfaite photographie de son profil et épouse au surplus l'aspiration contemporaine et légitime à davantage de transparence. D'autant que si elle protège les parties, elle protège aussi, et surtout, les arbitres¹.

La révélation comme moyen de vérifier l'indépendance de l'arbitre. Des fondements de cette obligation se trouvent dans le nouveau décret sur l'arbitrage ainsi que dans d'autres instruments y relatifs. Article 1456 CPC et article 12.1 Loi Type CNUDCI. Article 11(2) du Règlement de la CCI de 2012. Règle IBA 3(a) indique qu'il y a lieu de déclarer les : faits ou circonstances susceptibles de faire naître aux yeux des parties des doutes quant à l'impartialité ou à l'indépendance de l'arbitre ». L'obligation de révélation est plus large que le simple champ de l'indépendance de l'arbitre. Il ne suffit pas de révéler ce qui est susceptible d'affecter l'indépendance ou l'impartialité, il faut également révéler ce qui pourrait faire naître des doutes dans l'esprit des parties.

Révéler ça permet de purger. C'est un moyen préventif. L'obligation de révélation tend à devenir absolue, c'est l'expression de l'exigence de transparence. Les arbitres se recrutant en général dans le corps des avocats, remarquons que la perception des grands cabinets d'avocats, qui brassent d'énormes affaires dans le monde, est assez négative chez les magistrats. Ce qui les agace c'est surtout sur leur manière de fonctionner.

La révélation comme fin. Avec l'arrêt de la Cour d'appel de Reims précité, l'obligation de révélation de l'arbitre est devenue une fin en soi. En effet, l'arrêt de renvoi Avax c. Technimont, Reims, 2 novembre 2011, a annulé une sentence arbitrale entachée de conflit d'intérêt sur un fondement autre que l'indépendance et l'impartialité. La Cour relève que le : « défaut d'information (...) est de nature à faire raisonnablement douter de l'indépendance de [l'arbitre] et conduit à annuler la sentence ». Le manquement à l'obligation de révélation n'est plus le fondement direct de l'annulation mais il induit une présomption de non-indépendance que le juge a la faculté d'apprécier au cas par cas. Débitéur de l'obligation de révélation, l'arbitre ne peut pas invoquer une ignorance des faits susceptibles d'affecter son indépendance. La jurisprudence met à sa charge un devoir d'investigation. Le premier arrêt Avax c. Technimont observe au sujet du cabinet d'avocats de l'arbitre qu' « un service y est chargé de la vérification des conflits ». Ce qui établit que l'arbitre a le devoir de rechercher les informations pouvant servir à établir un conflit d'intérêt.

Portée et limites de l'obligation de révélation. Jusqu'où doit-on aller avec l'obligation de révélation ? Doit-on tout révéler ? La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 11 juillet 2011, a relevé

¹ Voir T. CLAY, « L'obligation de révélation de l'arbitre au prisme de l'indiscipline de la cour d'appel de Paris », in Cahiers de l'arbitrage, 01 octobre 2010 n° 4, P. 1147

que « La circonstance que deux arbitres, dont le président du tribunal, aient été membres de deux revues appartenant au même groupe d'édition, ou qu'ils aient participé à la même journée d'études traduit seulement leur appartenance à la communauté scientifique et n'interfère pas avec leur fonction d'arbitre ». Mais la tendance va dans le sens d'un accroissement de l'obligation de révélation. La jurisprudence étend le devoir de révélation aux liens entre arbitres et conseils : L'arrêt Neoelectra/Tesco Paris 10 mars 2011, qui a annulé une sentence, fonde l'annulation sur le fait que l'arbitre a des liens économiques avec le cabinet de l'avocat de l'une des parties.

Cette extension de l'obligation de révélation pose le problème de l'équilibre entre l'indépendance de l'arbitre nommé par une partie et l'indépendance du tribunal arbitral, met en évidence le conflit entre le droit pour une partie de choisir son arbitre et le devoir d'indépendance de l'arbitre.

Avec l'obligation de révélation, les parties sont elles-mêmes investies du devoir de diligence et peuvent former des recours contre la sentence arbitrale pour motif lié à la personne de l'arbitre. Le président du tribunal a également un devoir qui est de s'assurer du bon respect des règles de bonne conduite de la procédure d'arbitrage. Si l'arbitre ne le fait pas, le président pourra le faire s'il ne veut pas que sa sentence soit annulée.

En cas de doute, il faut révéler. Les membres du secrétariat du centre d'arbitrage doivent-ils révéler leurs liens avec les parties. Les arbitres sont généralement indépendants, mais certains sont moins impartiaux que d'autres. Illustrations, les opinions dissidentes sont généralement faites en faveur de la partie qui a nommé l'arbitre qui en est l'auteur. L'indépendance des co-arbitres et celle du président du tribunal arbitral est donc à distinguer.

4. Déclaration d'indépendance et responsabilité de l'arbitre. C'est sur cette question qu'a intervenu Me Benoît LE BARS, grand spécialiste du droit OHADA sur la place de Paris, avocat associé, cabinet Lazareff Le Bars. Il remarque d'entrée de jeu que le recours en annulation est un instrument de contrôle de la sentence arbitrale. Dès 1972, l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre est le commencement et le garant d'un procès arbitral équitable. Avec l'indépendance de l'arbitre, on touche au cœur du système. C'est une situation finalement malheureuse pour l'arbitre car son absence sert de fondement à l'engagement de la responsabilité de l'arbitre. Ce qui fait problème c'est l'absence de déclaration par l'arbitre. S'il y a un doute dans l'esprit des parties, la Cour ne confirmera pas l'arbitre. C'est un doute, mais c'est également une protection contre l'annulation de la sentence, l'action en responsabilité contre l'arbitre, c'est un procédé permettant de gagner du temps et de l'argent (recours en annulation et recours en cassation).

Si les arbitres ne sont pas indépendants, tout s'effondre et les parties perdent temps et argent. L'indépendance est objective et l'impartialité est subjective (l'état d'esprit de l'arbitre).

Cas d'application de l'indépendance.

Lien de subordination (jurisprudence des courants d'affaires, fait d'être désigné de manière systématique par l'une des parties)

L'intérêt commun (dépôt de brevet commun par l'un des arbitres et l'autre partie).

La responsabilité est l'un des mécanismes curatifs en cas de défaut d'impartialité. On ne peut pas faire un recours en annulation alors qu'on n'a pas fait de recours en récusation alors qu'on avait connaissance de la cause de récusation.

L'action en responsabilité de l'arbitre est fondée sur le 1142 du Code civil et le contrat d'investiture ou contrat d'arbitre selon les termes du Doyen Thomas Clay. La jurisprudence de la Cour de cassation n'offre que trois cas d'engagement de la responsabilité de l'arbitre.

S'il y a annulation de la sentence, l'affaire va pouvoir être rejugée. Les frais de procédure et frais administratifs seront mis à la charge de l'arbitre dont la faute a causé l'annulation de la sentence.

5. Le point de vue de l'utilisateur de l'arbitrage. Par Jean-Claude NAJAR, Directeur juridique de General Electric France. Il ressort des propos de M. NAJAR que la rapidité de l'arbitrage est un mythe. La raison étant la judiciarisation croissante de l'arbitrage. Le coût de l'arbitrage est devenu un problème majeur. C'est pour cette raison que les grands groupes insèrent des clauses à double détente dans leurs contrats, les clauses de médiation avant arbitrage. Il précise également que le refus d'un arbitre de faire une déclaration d'indépendance est scandaleux et que l'indépendance aux yeux des parties est très importante. En conclusion, il fait remarquer que s'il n'y avait pas les entreprises, il n'y aurait pas l'arbitrage.

Remarque : Le rôle de la Cour Internationale d'Arbitrage de la chambre du commerce Internationale dans la nomination des arbitres a fait l'objet d'une interview sous forme de questions-réponses entre M. Emmanuel JOLIVET et la modératrice de la table ronde. Nous ne pouvons pas le restituer dans ce rapport sommaire des différentes interventions. Prière de nous en excuser.

Pour l'Association pour l'Efficacité du Droit et de la Justice dans l'espace de l'OHADA

Joseph KAMGA, courriel : joseph.kamga@aedj.org site web : www.aedj.org