

LOYAUTÉ ET IMPARTIALITÉ DE L'ARBITRE

Le décret du 13 janvier 2011 a modernisé la réglementation de l'arbitrage interne et international faisant de celui-ci un mode de résolution des litiges toujours plus attractif. Le développement considérable de l'arbitrage tend à exiger de l'arbitre une rigueur croissante dans sa mission juridictionnelle. Le nouveau droit français de l'arbitrage consacre ainsi l'obligation de loyauté de l'arbitre qui lui impose de révéler tout élément susceptible de mettre en doute son indépendance et son impartialité.



Par Geneviève
AUGENDRE

Avocat au barreau
de Paris
Président d'honneur
de l'association
Droit et Commerce
Président
de l'association française
d'Arbitrage (AFA)

Le juge doit être impartial comme il respire, vient de nous dire M. le procureur général Nadal. La justice est une institution, une force qui s'impose : la force de la loi qu'elle doit respecter et faire respecter.

Et l'arbitrage ? Qu'est exactement ce mécanisme – singulier – né de la volonté des parties ? Je le comparerai volontiers à un objet d'art, personnalisé, unique, car aucun arbitrage ne ressemble vraiment à un autre.

L'histoire commence lors de la rédaction du contrat. Les

parties, avec soin, cisellent les relations qui seront les leurs, comme elles le feraient d'une statue. Au cours des négociations, le devoir de loyauté, présenté comme une évidence, est respecté : les intérêts de l'un rejoignent ceux de l'autre. Puis vient le moment de se séparer. Il faut songer à la faille qui pourrait se produire, le temps est destructeur, aux différends inévitables, aux interprétations à donner ou aux comptes à faire : toutes difficultés inhérentes à l'exécution d'un contrat ou à sa cessation.

Quel choix faire ? Justice étatique ou arbitrage ? Faire le choix de la justice est avoir recours à un juge forcément indépendant, on ne choisit pas son juge, on ne le paye pas : la justice est impartiale. Mais si le litige est international, aucune des parties ne souhaitera se livrer à la juridiction du pays de l'autre. Elles pensent alors, pour régler leurs différends, à un mécanisme neutre, consensuel, confidentiel, plus rapide que le recours à la justice mais ayant la même finalité et présentant les mêmes garanties, qui ne compromettrait pas forcément leurs relations pour l'avenir, mais permettrait d'obtenir la réparation d'un préjudice. Elles choisissent l'arbitrage.

Alors que la rédaction du contrat est pratiquement achevée, les parties le perfectionnent encore en y introduisant une clause d'arbitrage : la plus courte sera la meilleure, elle évitera les interprétations si elle s'avérait pathologique, ou sa non application si elle était manifestement nulle. Le meilleur choix sera celui de la clause proposée par une

institution d'arbitrage : Association française d'arbitrage (AFA) ou Chambre de commerce internationale (CCI), dont les règlements contiennent une telle clause.

Puis il faudra choisir son arbitre, investi « d'une mission à la fois contractuelle et juridictionnelle, qu'il doit remplir en toute conscience, indépendance et impartialité », comme l'a défini la cour de Paris dans un arrêt du 1^{er} mars 2011 (*Salomon X c/ SAS Consultaudit*)⁽¹⁾.

Être impartial, c'est ne pas favoriser l'un aux dépens de l'autre, faire preuve d'indépendance. Indépendance à l'égard des parties, indépendance à l'égard des conseils, indépendance des arbitres entre eux : c'est de cette indépendance dont je vais vous parler, gage de loyauté dans l'arbitrage.

Je rappellerai d'abord les principes et dirai comment l'indépendance de l'arbitre se vérifie. Puis, j'illustrerai ces principes par la jurisprudence la plus récente, abondante dans ce domaine, non que les arbitres soient moins indépendants qu'avant ou que l'arbitrage se soit professionnalisé, mais peut-être parce qu'une plus grande rigueur est apparue nécessaire. Cela est dû aussi au développement considérable de l'arbitrage, spécialement dans le domaine international.

I. LES TEXTES

La conception du devoir de loyauté, d'origine jurisprudentielle, impose de ne pas contrevenir aux intérêts d'un tiers dans un but de profit personnel.

La loyauté est partout : elle est citée dans de nombreux textes, dans le préambule du Traité de Rome, dans la directive du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005, dans de nombreux codes ; c'est une exigence de bonne foi, selon l'article 1134 du Code civil pour l'exécution des conventions. Mais c'est seulement dans le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage⁽²⁾ qu'est apparu pour la première fois dans un texte le principe de loyauté dans l'arbitrage.

L'article 1464 du Code de procédure civile énonce que : « Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure ». Et l'article 1456 de préciser : « Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toutes circonstances susceptibles d'affec-

(1) CA Paris, pôle 2, ch. 1, 1^{er} mars 2011, n° 09/22701.

(2) D. n° 2011-48, 13 janv. 2011 : JO 14 janv. 2011, p. 777.

ter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toutes circonstances de même nature qui pourraient naître après l'acceptation de sa mission ». Tout est dit.

Le devoir de loyauté impose une obligation d'information et, s'agissant de l'arbitre, de révélation de toute situation susceptible de créer un conflit d'intérêts, dont M. le professeur Daniel Cohen donnait, au cours d'une conférence organisée par le Comité français de l'arbitrage le 17 octobre 2011, une définition inspirée de celle du Conseil de l'Europe applicable à la fonction publique : « Un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle un arbitre a un intérêt personnel à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de la mission qui lui est confiée » ⁽³⁾.

L'obligation de révélation est devenue un devoir de l'arbitre, qui doit être indépendant et impartial.

Quid de l'indépendance ? La définition de l'indépendance est donnée par la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 20 novembre 1997 : « L'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle en ce sens que, d'une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif par nature de tout lien de dépendance à l'égard des parties et que, d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage » (*3R c/ Phenix-Richelieu*) ⁽⁴⁾.

Cette définition contient tout le principe d'indépendance qui, peut être compromis par l'existence de liens personnels ou intellectuels entre un arbitre et une partie ou son conseil.

Que faut-il révéler ? Faut-il faire un choix dans les informations connues ? Et à quel moment le faire ? À l'évidence, au début de la procédure, avant l'acceptation par l'arbitre de sa mission. La déclaration d'indépendance est annexée à l'acte de mission ou au procès-verbal.

Dans l'arbitrage *ad hoc*, celui qui est entièrement organisé par les parties, seules celles-ci peuvent réagir à certaines révélations, accepter la nomination de l'arbitre ou la refuser, s'il existe un doute de conflit d'intérêts.

Les institutions d'arbitrage prévoient dans leur règlement des procédures de contrôle. Prenons l'exemple de la CCI : l'arbitre pressenti reçoit un questionnaire. En dehors des questions relatives à ses diplômes, sa carrière, sa connaissance des langues, il doit encore justifier de sa disponibilité, mais aussi révéler les relations qu'il peut avoir avec l'une ou l'autre des parties ou leurs conseils. C'est le secrétaire général, en application de l'article 9.2 du règlement,

qui confirme l'arbitre qui a soumis une déclaration d'indépendance sans réserve, ou avec réserves ne donnant lieu à aucune contestation. S'il existe un doute, c'est la cour, à l'occasion de sa réunion mensuelle, qui se prononce sur la recevabilité en même temps que, s'il y a lieu, sur le bien fondé de la demande de récusation, selon l'article 11.3 du règlement.

À l'AFA, le règlement prévoit en son article 4.1 l'obligation pour l'arbitre désigné de remettre une déclaration d'indépendance. Le comité d'arbitrage la recueille, communique aux parties les circonstances signalées pour recueillir leurs observations éventuelles, avant de prendre la décision qui lui incombe de nommer ou non l'intéressé. C'est lui qui apprécie l'indépendance de l'arbitre, mais aussi statue sur les demandes de récusation, s'il apparaît un motif de mettre en cause l'indépendance de l'arbitre. La procédure est rapide, le comité d'arbitrage de l'AFA étant très réactif.

L'obligation de révélation oblige à une relation précise des faits sans réticence ; « avec loyauté ». Si la révélation est complète, les parties peuvent apprécier l'absence de conflit d'intérêts ou le risque de contestations ultérieures, et faire immédiatement connaître leur avis.

Il est impératif que chaque partie vérifie les informations données et réagisse à la révélation de faits qui lui paraîtraient susceptibles de créer un conflit d'intérêts. En ne le faisant pas, elle se priverait de la possibilité d'obtenir l'annulation de la sentence, rendue par un arbitre dont l'indépendance aurait pu être mise en cause, mais qui ne l'a pas été.

C'est ce qu'a décidé la cour de Paris le 10 avril 2008 : « l'efficacité de la procédure arbitrale et la coopération entre les parties et le tribunal arbitral obligent toute partie à soulever tout moyen d'irrégularité dès qu'elle en a connaissance » (*SAS C22 c/ John K. Kling and Sons Ltd*) ⁽⁵⁾.

La réaction tardive d'une partie à contester l'indépendance d'un arbitre, a amené la cour de Paris, le 7 octobre 2010, à rejeter un recours en annulation, au motif que, « pour être recevable, le grief doit être soulevé, chaque fois que cela est possible, devant le tribunal arbitral » (*R. SPA c/ Agralys*) ⁽⁶⁾.

Le 8 février 2011, la cour de Colmar s'est prononcée en des termes identiques : « le moyen tiré du défaut allégué d'impartialité qui pouvait être soulevé dès le début des opérations d'arbitrage et qui ne l'a pas été est irrecevable » ⁽⁷⁾.

Dès qu'une partie a un doute sur l'indépendance de l'arbitre, elle doit le signaler et en tous cas ne pas suivre l'arbitrage sans réserve. Elle ne serait plus par la suite recevable à soulever les griefs, comme l'avait déjà décidé la Cour de

(3) D. Cohen, compte-rendu de la réunion du CFA du 17 octobre 2011.

(4) CA Paris, 1^{er} ch. sect. C, 20 nov. 1977, n° 96/82828.

(5) CA Paris, 1^{er} ch. sect. C, 10 avr. 2008, n° 06/15636.

(6) CA Paris, pôle 1, ch. 1, 7 oct. 2010, n° 09/19456.

(7) CA Colmar, 8 févr. 2011, n° 10/06080.

cassation le 6 mai 2003 (*Sopip c/ Caisse Centrale de Garantie*)⁽⁸⁾.

L'obligation de révélation se poursuit pendant toute la durée de l'instance arbitrale, et s'il apparaît un motif de récusation, cette procédure doit être introduite immédiatement.

L'obligation d'indépendance se poursuit pendant la procédure arbitrale, et si des révélations sont faites en cours de procédure, de nature à mettre en cause l'indépendance de l'arbitre, une demande de récusation doit être déposée, dans un délai de trente jours comme le prévoit le nouveau texte, délai repris par le règlement d'arbitrage. À défaut de quoi, s'il apparaissait que la récusation était possible, la partie qui voudrait obtenir l'annulation de la sentence serait privée de le faire, pour n'avoir pas en temps utile mis en place cette procédure.

Cependant, l'ignorance d'une cause de récusation pendant la procédure ne prive pas une partie de l'invoquer ultérieurement devant le juge de la régularité de la sentence, auquel appartient le contrôle de l'exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre, a dit la cour de Paris le 21 février 2012 pour annuler la sentence arbitrale (*Didier H c/ SGS Holding et SGS SA*)⁽⁹⁾.

Nous avons vu quand doit être remise la déclaration d'indépendance, mais que doit-elle contenir ? Faut-il révéler tous les liens de nature privée, professionnelle, scientifique, d'affaires ou autre, susceptibles de porter atteinte à l'indépendance de l'arbitre, ou peut-on définir ce qui doit être déclaré et ce qui n'a pas à l'être ?

C'est ce que nous allons tenter de faire. Tout d'abord, il ne fait aucun doute qu'il est nécessaire de révéler tous liens existant : entre un arbitre et le conseil d'une partie ; entre un arbitre et la partie elle-même ; entre cabinet d'arbitres, conseils ou parties ; à l'égard d'un client habituel ou d'une catégorie de clients.

Voyons ce que dit la jurisprudence, pour annuler une sentence arbitrale ou considérer au contraire qu'aucune révélation n'avait à être faite.

II. LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence, surtout la plus récente, met en évidence la question de l'impartialité et de l'indépendance de l'arbitre dans ses relations avec le conseil d'une partie ou même le cabinet de ce conseil.

• Le rapport de l'arbitre avec le conseil de l'une des parties

C'est dans ce domaine que l'on rencontre les cas les plus fréquents d'annulation.

(8) Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2003, n° 00-16822.

(9) CA Paris, pôle 1, ch. 1, 21 févr. 2012, n° 10/06953 et 10/24658.

La cour de Paris, par deux arrêts remarquables en date du 10 mars 2011, s'est prononcée sur l'obligation de révélation et son étendue.

1. Dans un litige opposant la société Tesco à la société Néoelectra Group, l'arbitre avait déclaré avoir été *of counsel* du cabinet Freshfields, mais ajouté qu'il n'avait été consulté que deux ou trois fois en tant que professeur, pour émettre une opinion juridique sur des points précis. L'une des parties à l'arbitrage avait pour conseil une collaboratrice du cabinet Freshfields. Bien que dans l'arbitrage, elle intervenait à titre personnel et non en qualité de collaboratrice, la cour de Paris a considéré que « la circonstance que celui-ci [l'arbitre] ait ou n'ait pas eu des liens d'intérêts avec le cabinet d'avocats dont le conseil d'une partie était la collaboratrice, créait une obligation de révélation à laquelle il n'avait pas été satisfait, ce qui a privé la société Tesco de l'exercice d'un droit de récusation, et était de nature à faire naître dans son esprit un doute raisonnable sur les qualités d'impartialité et d'indépendance de cet arbitre » (*Tesco c/ Néoelectra Group*)⁽¹⁰⁾.

Pour ce seul motif, la sentence a été annulée. En l'espèce, l'arbitre avait déclaré un fait précis : les consultations qu'il avait données au cabinet Freshfields, mais non son appartenance au même cabinet que celui du conseil d'une partie.

2. Dans la seconde espèce, les arbitres avaient purement et simplement refusé de souscrire une déclaration d'indépendance sans donner les motifs de ce refus.

Pour la cour de Paris « 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, était de nature à faire raisonnablement douter celle-ci de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal arbitral, alors, en outre, qu'il est établi que M. X arbitre désigné participait à d'autres arbitrages, mettant en cause les mêmes parties » (*Nyk Lauritzencool AP c/ Dole France*)⁽¹¹⁾. Considérant, a dit la cour « que l'arbitre doit révéler 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 le lien de confiance devant être préservé continuellement, les parties doivent être informées pendant toute la durée de l'instance arbitrale des relations qui pourraient avoir à leurs yeux une incidence sur le jugement de l'arbitre ».

Un autre exemple peut être donné dans une affaire qui a mis en cause le président d'un tribunal arbitral. Alors qu'il était prétendu que l'une des parties à l'arbitrage avait connaissance, dès la désignation des arbitres, d'une consultation du président du tribunal arbitral, produite par le

(10) CA Paris, pôle 2, ch. 1, 10 mars 2012, n° 09/28537 et 09/28540 ; Rev. Arb. 2011, p. 737, obs. D. Cohen ; LPA 14 nov. 2011, p. 14, note Ph. Pinsolle.

(11) CA Paris, pôle 1, ch. 1, 10 mars 2011, n° 09/21413.

conseil de l'autre partie, la cour de Paris, le 9 septembre 2010, a annulé la sentence. Pour ce faire, elle s'est fondée sur la déclaration d'indépendance du président du tribunal arbitral, dont il se déduisait – a-t-elle dit – en dépit de son caractère élitique, que ses relations d'intérêts avec le cabinet August & Debouzy n'étaient ni occasionnelles, ni éloignées dans le temps, de telle sorte que l'indépendance de l'arbitre était contestable (*Consorts A c/ SAS SGS Holding France*)⁽¹²⁾.

• **La relation d'un arbitre avec le cabinet d'avocats d'une partie**

C'est parler de l'affaire *Tecnimont*. Une société grecque, la société Avax, avait un litige avec une société italienne, la société Tecnimont. La société Avax avait sollicité de l'arbitre désigné des informations sur le programme d'une conférence internationale qui s'était tenue à Londres et, n'ayant pas reçu de réponse, avait poursuivi l'arbitrage en protestant, puis interpellé à nouveau le président du tribunal arbitral sur ses liens avec l'une des parties, avant de déposer une demande de récusation et de remplacement de l'arbitre, demandes rejetées par la CCI.

La cour de Paris, le 12 février 2009, a annulé la sentence arbitrale, en raison de ce que le président du tribunal arbitral était *of counsel* auprès du cabinet Jones Day, lui-même conseil d'une filiale de Tecnimont durant l'arbitrage, ce qui établissait l'existence d'un conflit d'intérêts entre l'arbitre et l'une des parties à l'arbitrage.

Cet arrêt a été cassé par la première chambre civile le 4 novembre 2010 au motif que la quasi-totalité des faits dénoncés figuraient dans la requête en récusation déposée, étaient par conséquent connus.

La cour de Reims devant laquelle a été renvoyée l'affaire a, le 2 novembre 2011, annulé la sentence comme l'avait fait la cour de Paris. Pour la cour de Reims, le fait que le président du tribunal arbitral ait été *of counsel* du cabinet du conseil d'une partie durant l'arbitrage, établissait l'existence d'un conflit d'intérêts entre lui et cette partie, et ce bien que la quasi-totalité des faits dénoncés ait figuré dans la requête en récusation déposée.

Des explications avaient été demandées, qui n'avaient été obtenues que de manière incomplète, mais qui révélaient l'existence d'une relation de clientèle, ce qui a amené la cour de renvoi à dire que le défaut d'information de la société Avax, malgré de multiples relances « suivies de l'information incomplète et perlée de celle-ci est de nature à faire raisonnablement douter de l'indépendance de l'arbitre », la cour a annulé la sentence (*Tecnimont c/ Avax*)⁽¹³⁾.

• **La relation de l'arbitre avec la partie elle-même**

Cette situation peut aussi amener l'annulation de la sentence. Un arbitrage opposait les Papeteries de Gascogne à une société investie par EDF d'un rôle de négociatrice au titre de la tarification de l'énergie auprès d'EDF.

Il s'est avéré que l'un des arbitres avait été appelé à défendre les intérêts d'EDF dans diverses instances judiciaires, et la cour de Bordeaux, le 22 novembre 2010, avait considéré que, dès lors qu'EDF n'était ni partie au litige, ni en opposition d'intérêts avec la société d'experts, la nomination de l'arbitre était régulière.

La Cour de cassation n'a pas été de cet avis et, le 1^{er} février 2012, a cassé l'arrêt de Bordeaux : « Alors que la circonstance que l'arbitre ait été le conseil de la société EDF n'était pas contesté, il lui appartenait, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'être regardée comme affectant son impartialité, afin de permettre à la partie d'exercer à bref délai s'il y a lieu son droit de récusation » (*Sté d'Experts en Tarification de l'Énergie c/ Gascogne Paper*)⁽¹⁴⁾.

C'est moins parce que le président du tribunal arbitral avait été le conseil de la société EDF que la sentence a été annulée, que parce qu'il avait omis de révéler cette circonstance.

• **L'existence d'un courant d'affaires**

L'arbitre peut perdre son indépendance et cesser d'être impartial, en intervenant de façon répétée pour la même partie dans de nombreux arbitrages.

Plusieurs décisions ont annulé des sentences arbitrales en raison du caractère systématique de la désignation d'un arbitre par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue durée dans des contrats comparables.

Par deux arrêts du 20 octobre 2010, la première chambre civile a cassé des arrêts des cours de Douai et de Versailles. Cette dernière, le 24 mai 2009, avait considéré qu'était sans incidence sur l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre le fait qu'il ait, lors de sa désignation, indiqué être régulièrement désigné pour régler les différends opposant des sous-traitants à diverses sociétés du groupe Bouygues, ce qu'avait admis à l'époque l'autre partie.

Pour casser cet arrêt, la première chambre civile a dit 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 entre cette personne et les sociétés du groupe partie à la procédure, de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie, à

(12) CA Paris, pôle 1 ch. 1, 9 sept. 2010, n° 09/16182.

(13) CA Reims, 2 nov. 2011, n° 10/02888.

(14) Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2012, n° 11-11084.

l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation » (*Somoclest Bâtiment c/ DV Construction*) ⁽¹⁵⁾.

L'arbitre était intervenu pour la même partie à cinquante et une reprises.

La cour de Douai de son côté, le 18 juin 2009, avait considéré que l'arbitre n'avait pas manqué d'impartialité, dès lors qu'il avait indiqué avoir été choisi à plusieurs reprises comme arbitre par les sociétés du groupe Prodim. Cet arrêt a été cassé par la première chambre civile pour des motifs absolument identiques, à savoir, la fréquence et la régularité de sa désignation de l'arbitre ayant créé les conditions d'un courant d'affaires (*Marcel X et Eliane Y c/ SAS Prodim*) ⁽¹⁶⁾. L'arbitre avait dans sa déclaration indiqué qu'il avait déjà eu à connaître de plusieurs litiges pour les sociétés du même groupe, mais n'avait pas fait savoir que c'était à trente-quatre reprises.

La cour de Reims, cour de renvoi, a, le 31 janvier 2012, annulé la sentence arbitrale. Pour elle : « Les parties ont droit à la transparence des informations, l'indépendance de l'arbitre ne pouvant pas être mesurée à l'aune des diverses sentences rendues ayant donné tort aux sociétés du groupe Carrefour Promodes, la question n'étant pas de savoir si l'arbitre a été impartial, mais s'il existe des éléments qui permettent de créer un doute raisonnable aux yeux des parties » ⁽¹⁷⁾.

La cour ajoute que même si les intéressés connaissaient des éléments importants manquant à la déclaration de l'arbitre, et avaient suivi la procédure sans réserve, cela « n'avait pas purgé la difficulté relative à son indépendance et à son impartialité ».

La cour de Reims a dit qu'il appartenait à l'arbitre de donner toutes les informations nécessaires, l'arbitre n'étant pas dispensé, en tant que débiteur de l'obligation d'information, d'une déclaration complète. S'il ne pouvait pas révéler un nombre d'arbitrages inconnu au moment de sa désignation, il devait en revanche révéler dès l'origine l'existence d'un courant d'affaires avec l'une des parties.

C'est bien la méconnaissance par l'arbitre de son obligation d'information qui est sanctionnée pour avoir « frustré la partie concernée de son droit de récusation », dit encore la cour de Reims, et d'ajouter que l'annulation de la sentence l'est pour atteinte aux droits de la défense, protégés par l'ordre public procédural, outre la constitution irrégulière du tribunal arbitral.

La cour de Reims, en rendant plus contraignante l'obligation de révélation, apporterait-elle la rigueur, là où l'appréciation du juge était souvent plus libérale ? S'agit-il d'un revirement de jurisprudence ? C'est ce que dira la Cour de cassation, mais une chose est certaine : l'arbitre doit faire une déclaration, et cette déclaration doit être

aussi complète que possible. Certains commentateurs se sont émus de la rigueur des décisions récentes.

Au lendemain des arrêts de la cour de Paris du 14 mars 2011, un certain nombre d'arbitres parmi les plus éminents étaient réunis à l'occasion d'un dîner-débat organisé par l'association française d'arbitrage. Au cours de ce dîner, merveilleusement animé par Jean-Pierre Grandjean, s'était posée la question de savoir s'ils seraient désormais privés de la possibilité de participer ensemble à un même tribunal arbitral, au prétexte qu'au cours de ce dîner, ils auraient pu créer des liens ou plutôt les renforcer.

Il s'agissait d'une réunion scientifique et la Cour de cassation distingue les liens personnels directs entre l'arbitre et une partie ou son conseil, qui doivent être révélés, et les liens de nature scientifique qui doivent aussi être révélés, mais qui ne sont pas à eux seuls de nature à entraîner l'annulation de la sentence.

• Liens de nature scientifique

Alors qu'il était reproché au président d'un tribunal arbitral de participer à l'élaboration d'une chronique dans une revue de droit financier, propice à la création d'un courant d'affaires, susceptible de porter atteinte à son indépendance, la cour de Paris a, par un arrêt du 1^{er} juillet 2011, rejeté le recours en annulation.

Sa décision est motivée par le fait que cette chronique ne créait ni lien de subordination, ni courant d'affaires, la cour ajoutant que « les publications... témoignent de l'excellence du choix du président, effectué par les co-arbitres, eux-mêmes professeurs agrégés des facultés de droit ». La cour a considéré qu'il n'y avait en ce cas aucune obligation de révélation (*Emivir c/ SAS IDM Entreprise*) ⁽¹⁸⁾.

Dans une autre espèce, le président d'un tribunal arbitral était par ailleurs président d'une fédération de négoce agricole dont l'une des parties était membre. La Cour de Paris, le 16 décembre 2010, a considéré que la partie concernée ne pouvait ignorer les fonctions du président de la fédération de négoce agricole « lesquelles expliquent sans doute la présence de celui-ci au sein du tribunal arbitral » (*Nidera c/ Sté Leplatre*) ⁽¹⁹⁾. Le recours en annulation a été rejeté sur un critère de notoriété.

Deux autres exemples peuvent être donnés qui n'ont pas mis en cause l'indépendance de l'arbitre.

La première chambre civile, le 29 juin 2011, alors qu'il était reproché à un arbitre un article de presse, susceptible de révéler son parti pris en faveur de l'adversaire, a dit, sans analyser le contenu de l'article, qu'il n'avait aucun rapport avec le litige, et que ni la partialité ni la dépendance de l'arbitre à l'égard d'une partie n'était démontrée (*Papillon Group Corporation*) ⁽²⁰⁾.

(15) Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010, n° 09-68997.

(16) Cass. 1^{re} civ. 20 oct. 2010, n° 09-68131.

(17) CA Reims, 31 janv. 2012, n° 10/03288.

(18) CA Paris, pôle 1 ch. 1, 1^{er} juill. 2011, n° 10/10406.

(19) CA Paris, pôle 1 ch. 1, 16 déc. 2010, n° 09/18535.

(20) Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, n° 09-17346.

Enfin, je ne résiste pas au plaisir de vous citer un arrêt de la première chambre civile du 26 octobre 2011 qui a écarté toute critique formulée à l'égard de plusieurs arbitres, au seul motif « qu'ils étaient nommés par le Roi, ce qui garantissait leur indépendance et leur impartialité à l'égard des parties » (21). Sans commentaire.

Dans cette affaire, l'arbitrage, qui se déroulait à Paris, mettait en cause une entreprise de construction en Arabie Saoudite.

Déjà, le 29 janvier 2002, la Cour de cassation avait dit que la participation à des colloques ou travaux dans le domaine de l'arbitrage, à l'exclusion de toute collaboration, n'établissait pas l'existence d'un lien de subordination du président du tribunal arbitral à l'égard d'un co-arbitre, dont il pourrait se déduire une absence d'indépendance d'esprit et d'impartialité suffisante pour accomplir la mission de juger (*Didier H c/ SGS*) (22).

Être membre de la l'association Droit et Commerce et participer à ce colloque, ne font pas perdre aux arbitres potentiels indépendance et impartialité.

Que conclure ? Devant la page blanche de sa déclaration d'indépendance, l'arbitre s'interroge. Doit-il révéler des faits qui, en conscience, ne seraient pas de nature à porter atteinte à son indépendance ?

Dès qu'il se pose la question, il doit y répondre en cherchant à savoir ce que pensera l'autre.

Si le contrôle de l'exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre appartient au juge de la régularité de la sentence, comme l'a dit la cour de Paris le 21 février 2012 (*État du Cameroun c/ Sté Projet Pilote Garoube*) (23), c'est à l'arbitre d'apprécier en conscience les faits qui, aux yeux des tiers, pourraient porter atteinte à son indépendance.

Il est normal que le défaut de déclaration soit sanctionné par la nullité de la sentence, mais il en est de même si la déclaration est insuffisante.

Le choix de l'arbitre se fait généralement dans la communauté scientifique que représente l'arbitrage, et il est heureux que la Cour de cassation ait confirmé que l'appartenance à cette communauté ne posait pas de problème.

L'on peut considérer à l'inverse que les intérêts personnels, professionnels ou d'affaires peuvent porter atteinte à la notion d'indépendance et doivent être révélés.

Quels conseils donner à l'arbitre pour rédiger sa déclaration d'indépendance ?

(21) Cass. 1^{re} civ., 26 oct. 2011, n° 10-15968.

(22) Cass. 1^{re} civ. 29 juin 2002, n° 00-12173 et 00-17587.

(23) CA Paris, pôle 1 ch. 1, 21 févr. 2012, nos 10/06953 et 10/24658.

– faut-il la renforcer, l'obliger à tout révéler, ce qui pourrait entraîner un texte long, dans lequel seraient noyés les éléments essentiels ?

– faut-il établir un questionnaire type, exhaustif, encore plus strict que celui de la CCI ? Il y manquera toujours quelque chose ;

– faut-il préconiser une liste détaillée et préétablie, fixée avec force détail tels les IBA, *guide lines on conflicts of interest* comme le préconise M. le Professeur Daniel Cohen (24) ?

– faut-il prévoir un guide à l'usage des arbitres ou encore un code d'éthique, comme celui du Conseil national des barreaux ? Je ne le pense pas, car s'il rappelle les textes, il ne se prononce pas sur le conflit d'intérêts ;

– ou faut-il, comme l'écrivait en 1982, le regretté Philippe Fouchard, laisser au juge et à la jurisprudence le soin d'interpréter les principes et de faire face à de nouvelles questions que la diversité des litiges et des arbitrages rend inévitables et imprévisibles ?

N'est-ce pas la sagesse ?

Les critères du choix doivent se trouver dans l'absence de conflit d'intérêts, respectés à tout stade de la procédure, à l'égard de tout intervenant, et la seule suspicion de l'existence d'un tel conflit ne peut altérer la confiance que doit inspirer l'arbitre.

« L'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel et l'une des qualités essentielles des arbitres » a dit la cour de Paris le 21 février 2012 » (*État du Cameroun c/ Projet Pilote Garoube*).

La seule peur du gendarme : le risque d'annulation de la sentence, n'est pas suffisant pour justifier la révélation qui doit être loyale et complète. Il s'agit là d'une règle d'éthique et l'éthique est en chacun.

Les parties, en décidant, de leur volonté, d'avoir recours à un arbitrage, font au juge qu'elles désignent et qu'elles rémunèrent, une confiance absolue pour cette activité merveilleuse, cette chance qui lui est donnée l'espace d'un instant de rendre la justice.

C'est à lui qu'il incombe de répondre à cette confiance et la déclaration d'indépendance qu'il doit établir demeure avant tout une affaire de conscience.

Comme j'avais raison, en commençant mon propos, de vous dire que l'arbitrage c'est aussi de l'art. ●

(24) D. Cohen, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.* 2011, n° 3, p. 611, spéc. p. 641, n° 57.