

« L'indépendance et l'impartialité de l'Arbitre: entre apparence et réalité »

Mémoire réalisé par
Marie Schurmans

Promoteur
Jean-François van Drooghenbroeck

Année académique 2016-2017
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Table des matières

<i>Table des abréviations</i>	p. 1
<i>Introduction</i>	p. 2
<i>1) Définition de l'arbitre</i>	p. 3
1.1) <i>Mission de l'arbitre</i>	p. 4
1.2) <i>Une personne de confiance</i>	p. 5
<i>2) Indépendance et impartialité – définition et contours des notions</i>	p. 7
2.1) <i>Indépendance</i>	p. 7
2.1.1) <i>L'obligation de révélation comme concrétisation de l'indépendance</i>	p. 8
2.1.2) <i>L'indépendance et l'obligation de révélation dans le temps</i>	p. 9
2.2) <i>Impartialité</i>	p. 9
2.3) <i>Neutralité</i>	p. 10
2.4) <i>Intérêt pratique de la distinction : l'ordre public</i>	p. 10
<i>3) Sources légales et institutionnelles relatives à l'indépendance et à l'obligation de révélation</i>	p. 12
3.1) <i>Droit belge</i>	p. 12
3.2) <i>Droit français</i>	p. 13
3.3) <i>Droit suisse</i>	p. 14
3.4) <i>Droit anglais</i>	p. 14
3.5) <i>Droit américain</i>	p. 14
3.6) <i>Droit international</i>	p. 15
<i>4) Interprétation des règles en jurisprudence</i>	p. 17
4.1) <i>Les arbitres maison</i>	p. 18
4.1.1) <i>Arrêt Frétal</i>	p. 19

4.1.2) Arrêt Frémarc	p. 20
4.1.3) Deux grilles d'analyse pour deux questions distinctes	p. 20
4.1.4) Consécration dans les lignes directrices de l'IBA	p. 22
4.1.5) Arrêt Frémarc	p. 23
4.1.6) Affaire Serf	p. 24
4.1.7) Seuil des lignes directrices de l'IBA	p. 25
4.1.8) Les deux arrêts de la Cour de cassation du 20 octobre 2010	p. 26
4.1.8.1) Affaire Prodim	p. 26
4.1.8.2) Affaire Somoclest	p. 27
4.1.8.3) Le courant d'affaires	p. 27
4.1.9) La relation d'intérêts	p. 29
4.1.9.1) Csrts. Allaire	p. 29
4.1.9.2) Arrêt Tecso	p. 31
4.1.9.3) Arrêt Tecnimont	p. 33
4.1.10) Les limites à l'obligation de révélation	p. 38
4.1.10.1) Notoriété	p. 39
4.1.10.2) Liens intellectuels et « issue conflicts »	p. 42
4.2.10.3) Cercle restreint, contexte et rareté	p. 43
4.1.11) Rationalisation	p. 46
5) Droit anglais : le « Real Danger Test »	p. 49
5.1) Arbitration Act	p. 49
5.2) Laker Airways Inc. v. FLS Aerospace Ltd	p. 50
5.3) AT&T Corp. and Lucent Technologies Inc. v. Saudi Cable Company	p. 54
5.4) « The Real possibility standard »	p. 57
6) Droit américain : « Evident partiality »	p. 58
6.1) Federal Arbitration Act	p. 58

6.2) « <i>The Evident Partiality Standard</i> »	p. 59
6.3) <i>Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.</i>	p. 59
6.4) <i>Les arbitres non-neutres</i>	p. 61
6.5) « <i>The Beauty Parades of Arbitrators</i> »	p. 63
Conclusion	p. 65
Bibliographie	p. 67
<i>Législation</i>	p. 67
<i>Doctrine</i>	p. 68
<i>Jurisprudence</i>	p. 72

Table des abréviations

AAA	American Arbitration Association
ABA	American Bar Association
CCI	Chambre de Commerce Internationale
CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CrEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CEPANI	Centre belge pour la Pratique de l'étude de l'Arbitrage National et International
CNB	Conseil National des Barreaux
CPC	Code de Procédure Civile
DAC	Departmental Advisory Committee on Arbitration Law
FAA	Federal Arbitration Act
IBA	International Bar Association
LCIA	London Court of International Arbitration
Svea Court of Appeal	Cour d'appel de Stockholm
TAS	Tribunal Arbitral Sportif
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law

L'indépendance et l'impartialité de l'Arbitre: entre apparence et réalité

Introduction

1. Il est étonnant de constater qu'il existe un autre canal, une autre voie que la justice classique pour traiter un litige. Au cours de mes études de droit, l'enseignement en matière judiciaire s'est principalement focalisé sur la justice étatique, celle qui est rendue par et au nom de l'Etat. L'arbitrage se faisait quant à lui plus discret et était abordé de façon ponctuelle, souvent à titre de comparaison par rapport à la justice ordinaire. Ce qui a nourri ma curiosité envers l'arbitrage est l'idée d'une justice qui n'est pas ordinaire. Quelle est cette *autre* justice souvent épinglée dans les médias, quelle est son histoire, d'où tire-t-elle sa légitimité ...étaient des questions qui restaient sans réponses. Lorsqu'on se représente un procès classique, c'est souvent l'image d'un grand palais de justice avec ses colonnes imposantes qui vient à l'esprit. En ce qui concerne l'arbitrage, les représentations sont moins vives. S'agissant d'une justice privée, elle est rendue dans des lieux strictement réservés aux intéressés, dans des chambres closes, ce qui est d'autant plus mystérieux.

2. Lorsqu'on aborde la matière, on constate très vite qu'au centre de ce système se trouve un visage, celui de l'Arbitre. Le début de ce travail consiste à dépeindre cet arbitre qui est investi de la même mission qu'un juge, celle de rendre la justice. La comparaison au juge étatique est inévitable et permet d'appréhender les différentes qualités de ce personnage atypique.

De cette description se dégageront deux qualités essentielles: l'indépendance et l'impartialité. Ces deux dernières constituent le noyau de la réflexion. Dans une société démocratique, elles garantissent l'égalité du justiciable face à la Justice. Si tout le monde est d'accord sur le principe, le consensus risque de se fragmenter en raison des conceptions personnelles de chacun face à la réalité du terrain. Ce subjectivisme est d'ailleurs la source de la difficulté : à qui s'en remettre pour apprécier l'indépendance et l'impartialité ? Une présentation des caractéristiques générales des principes sera alors d'une grande aide et permettra également de décrire une notion fort proche, la neutralité.

3. La suite de ce travail se profile comme une typologie. En effet, compte tenu de la complexité théorique que revêtent les qualités d'indépendance et d'impartialité, il faut s'en

remettre à la pratique, c'est-à-dire, à la jurisprudence. Certains standards se développent au gré des situations inédites face auxquelles les cours et tribunaux sont amenés à se prononcer. Une des solutions qui s'est dégagée en jurisprudence est l'obligation de révélation. Cette dernière participe à la transparence et à l'ouverture du système face aux critiques doctrinales dénonçant le côté « club fermé » du monde de l'arbitrage qui ne regrouperait qu'un petit nombre d'arbitres élitistes et corporatistes.

4. Ce travail s'inscrit également dans une approche comparée. Les devoirs d'indépendance et de révélation sont analysés principalement à l'aune du droit français, anglais, américain et international. La comparaison permet de distinguer les différents standards consacrés dans le droit positif et la façon dont ils sont appliqués par les juridictions de jugement.

1. Définition de l'Arbitre

5. Définir l'arbitre est une tâche délicate dans la mesure où son statut juridique n'est pas clairement défini¹. Certains aspects de son régime juridique sont réglementés en droit positif, mais les praticiens de l'arbitrage constatent de nombreuses lacunes et insistent dès lors sur la nécessité de l'améliorer². Lorsqu'il n'est pas possible de donner une définition directe et exacte d'une chose, il est toutefois envisageable d'en dessiner les contours à travers ses caractéristiques principales et son environnement.

Dans une acception générale, T. CLAY définit cette notion de la manière suivante : « l'arbitre est un juge privé désigné par ceux dont il doit trancher le litige »³. Plusieurs éléments ressortent de cette définition. Premièrement, il s'agit bien d'un juge dont on peut escompter qu'il rende la justice⁴ en disant le droit. Plus exactement et selon le vocabulaire propre à l'arbitrage, on dira de l'arbitre qu'il tranche⁵ un litige à l'image du juge ordinaire. Ce juge est cependant un peu spécial car il est privé. D'un point de vue étymologique, le mot arbitre provient de l'expression latine « *arbiter* » qui signifie « *juge privé* »⁶. Sur ce point,

¹ T. CLAY, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 29 et 30.

² *Ibid.*, p. 29.

³ *Ibid.*, p. 18.

⁴ *Ibid.*, p. 85.

⁵ *Ibid.*, p. 83.

⁶ *Ibid.*, p. 43.

l'arbitre s'oppose au juge public car à la différence de ce dernier, il effectue sa mission en dehors du système étatique⁷.

La seconde partie de la définition « *désigné par ceux dont il doit trancher le litige* » renvoie quant à elle au caractère conventionnel de l'arbitrage⁸. A la base d'un arbitrage se trouve un contrat au terme duquel deux parties contractantes désignent une personne, un tiers, qui tranchera le différent survenu entre elles résultant d'un défaut d'exécution de leurs obligations. Même s'il faut nuancer le propos⁹, cette liberté qui est offerte aux parties de pouvoir choisir leur juge dénote nettement avec la justice étatique où le juge leur est au contraire imposé¹⁰. Il ne reste plus qu'à l'arbitre d'accepter cette mission qui lui est confiée et il devient alors cocontractant¹¹. Les composantes juridictionnelle et contractuelle de la définition forment un mélange original qui participe au phénomène que la doctrine appelle « contractualisation de la justice »¹².

1.1. Mission de l'arbitre

6. Au point précédent¹³, l'exercice de définition de l'arbitre s'est concrétisé en référence à sa mission juridictionnelle. Ce résultat est presque inévitable tant le statut et la mission de l'arbitre sont consubstantiels¹⁴. En doctrine, il n'est plus contesté que l'arbitre dispose du pouvoir juridictionnel à l'égal du juge¹⁵. A cet égard, un arrêt de la Cour de cassation belge est éclairant en ce qu'il fournit une définition du « rôle juridictionnel »¹⁶. Dans cette affaire, la Cour est invitée à se prononcer sur le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit à un tribunal impartial et indépendant. Selon elle, la règle « *ne s'adresse qu'à un tribunal, lequel se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel, celui de trancher sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée les questions relevant de sa compétence* ». Or, force est de

⁷ *Ibid.*, p. 41.

⁸ *Ibid.*, p. 35.

⁹ *Ibid.*, p. 73.

¹⁰ *Ibid.*, p. 71.

¹¹ *Ibid.*, p. 37.

¹² *Ibid.*, pp. 35-37.

¹³ *V. supra*, n°5.

¹⁴ T. CLAY, « Qui sont les arbitres internationaux ? Approche sociologique », in *Les arbitres internationaux- Colloque du 4 février 2005*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 14 ; T. CLAY, *op. cit.*, p. 41.

¹⁵ T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p. 86.

¹⁶ Cass., 12 mars 1992, *Pas.*, I, 1992, p. 624, n°365.

constater que l'œuvre de l'arbitre revêt tous les éléments contenus dans la description de la Cour¹⁷.

7. Ce pouvoir juridictionnel reconnu à l'arbitre entraîne au moins deux conséquences. D'abord, cela signifie que sa sentence, à l'instar d'une décision judiciaire, est revêtue de l'autorité de la chose jugée¹⁸. Ensuite et pour reprendre l'expression de la Cour, si « *c'est la nature de la mission qui fonde l'exigence et non le titulaire de la fonction* »¹⁹, cela signifie que l'arbitre doit, comme le tribunal étatique, présenter les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires à tout procès équitable.

1.2. Une personne de confiance

8. « *Arbitration is only as good as the arbitrator* »²⁰. Cette maxime est une règle d'or dans le monde de l'arbitrage. Elle exprime le fait que de l'homme arbitre dépendent la qualité et le bon déroulement de l'arbitrage²¹. Le fait que l'arbitre en tant que personne soit si déterminant s'explique notamment par la nature conventionnelle du système. En effet, il peut être supposé que des parties qui ont la liberté de choisir leur arbitre se dirigeront naturellement vers quelqu'un en qui elles ont confiance, qu'elles estiment.

Dans leur convention d'arbitrage, ces dernières peuvent dresser un véritable profil en se mettant d'accord sur les qualifications et les aptitudes particulières de leur arbitre²². Par exemple, il n'est pas rare qu'elles exigent de celui-ci qu'il ait des connaissances linguistiques déterminées ou qu'il soit spécialisé dans une branche du droit bien précise²³. En droit belge, la loi ne leur impose pas de se tourner vers quelqu'un qui a des connaissances juridiques, elles sont libres de préférer un technicien d'un autre secteur²⁴. Le droit judiciaire belge a par contre comme spécificité d'interdire aux magistrats et autres membres des cours et tribunaux,

¹⁷ T. CLAY, *op. cit.*, p. 86.

¹⁸ G. KEUTGEN, « Propos sur le statut de l'arbitre », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 921.

¹⁹ T. CLAY, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable », in *L'impartialité du juge et de l'arbitre - Etude de droit comparé*, sous la dir. de J. VAN COMPERNOLLE et G. TARZIA, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 201.

²⁰ T. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, pp. 10 et suiv.

²¹ G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 921.

²² D. MATRAY et A.-J. VAN DEN BERG, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre », in *L'arbitre : pouvoirs et statuts*, Actes du Colloque du CEPANI du 28 mars 2003, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 85.

²³ *Ibid.*, p. 86.

²⁴ *Ibid.*

parquets et greffes d'accepter un arbitrage rémunéré²⁵ et ce, afin de préserver leur indépendance. C'est la principale limite à la liberté des parties.

Si la loi fait miroiter une certaine variété dans la fonction d'arbitre, la réalité est tout autre. En pratique, seule une fine catégorie de personnes se cache derrière cette fonction. On y trouve en grande majorité des avocats, viennent ensuite les professeurs de droit, puis les magistrats et enfin, quelques juristes d'entreprises²⁶. Ceux qui sont absents, sont les arbitres eux-mêmes. Être arbitre n'est donc pas un métier à part entière, il s'agit plutôt d'une mission annexe et intermittente²⁷.

9. Plus que dans la justice ordinaire, les parties à un arbitrage ont de réelles attentes car elles ont pu dresser le portrait de leur juge²⁸. Elles ont confiance en cette personne car elles l'ont personnellement choisie²⁹. Cette confiance que les parties éprouvent pour leur arbitre est primordiale car c'est elle qui est en grande partie responsable de l'efficacité du système³⁰. Le taux élevé d'exécution spontanée des sentences arbitrales en constitue la preuve³¹. En effet, plus aisément que dans la justice imposée, les parties à une procédure d'arbitrage seront plus enclines à exécuter la sentence tout simplement parce qu'elles ont fait le choix préalable de se soumettre à son autorité³². Cette confiance qui conditionne l'efficacité du système évoque le principe dégagé en doctrine de «*favor arbitrandum*»³³. Ce principe explique que l'arbitrage bénéficie de certaines faveurs qui participent à son succès³⁴. Aux yeux des acteurs commerciaux, l'arbitrage apparaît comme un véritable outil qui est capable de répondre aux exigences de rapidité de l'économie internationale³⁵, d'où la considération qu'ils lui portent. Toutefois, il ne faut pas trop se reposer sur ces faveurs car l'autre face du système, celle de la légitimité, risquerait d'en pâtir. C'est pour cette raison qu'il faut sans cesse cultiver la

²⁵ *Ibid.*, p. 85.

²⁶ T. CLAY, « Qui sont les arbitres internationaux : approche sociologique » in *Les arbitres internationaux- Colloque du 4 février 2005*, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, pp. 30 et 31.

²⁷ *Ibid.*, pp. 31 et 32.

²⁸ G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 922.

²⁹ J.-B. RACINE, « Propos sur l'efficacité des sentences arbitrales en droit français après la réforme du 13 janvier 2011 », in *L'arbitre et le juge étatique – Etudes de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 443.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, p. 442.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ J.-P. ANCEL, « L'arbitrage international en France - principes et systèmes », *Arch. phil. droit.*, t. 52, L'arbitrage, Paris, Dalloz, 2009, p. 197.

confiance des acteurs envers l'institution avec, au centre de celle-ci, l'arbitre³⁶. Le visage de l'arbitre doit alors absolument renvoyer cette image impartiale et objective aux yeux de ces acteurs, c'est ce que la jurisprudence appelle l'*apparence d'impartialité*.

On mesure maintenant toute l'importance et la difficulté que revêt la phase de désignation de l'arbitre unique ou de formation du collège arbitral car de la qualité de l'arbitre dépend la pérennité de l'institution.

2. Indépendance et impartialité – définition et contours des notions

10. Les parties étant libres de formuler les critères qui leur plaisent quant au choix de leur arbitre, deux qualités s'imposent toutefois à elle : l'indépendance et l'impartialité. Elles sont revendiquées par tout Etat démocratique, mais les définir s'avère être une tâche complexe³⁷. Les différents droits ne contiennent pas de définition juridique de ces notions, mais il est toutefois possible de dégager leurs caractéristiques générales. En effet, bien qu'elles soient des notions floues et qu'elles puissent être confondues³⁸, elles se distinguent à plusieurs égards et il s'impose de les décrire pour mieux les appréhender.

2.1. L'indépendance

11. L'indépendance dans son acception la plus simple et la plus générale évoque l'idée de liberté et d'autonomie. L'état d'indépendance est étroitement lié à l'absence d'autorité. Appliqué à l'arbitrage, cela signifie que l'arbitre doit être libre lorsqu'il effectue sa mission, qu'il ne doit être subordonné à quiconque³⁹. L'indépendance d'un arbitre peut s'apprécier notamment vis-à-vis des parties ou de leurs conseils⁴⁰, mais ce ne sont pas les seules hypothèses. En ce qui concerne l'indépendance du juge classique, elle s'apprécie quant à elle vis-à-vis de l'autorité publique, c'est-à-dire vis-à-vis du pouvoir exécutif qui le désigne⁴¹. En d'autres termes, l'indépendance s'apprécie au regard de l'autorité de désignation, que ce soient les parties dans le cas d'un arbitrage ou les pouvoirs publics dans le cas d'un procès

³⁶ J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 443.

³⁷ T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, pp. 231 et suiv.

³⁸ *Ibid.*, pp. 245 et suiv.

³⁹ D. MATRAY et A.-J. VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁰ V. *infra*, n°61.

⁴¹ T. CLAY, *op. cit.*, p. 235 et 236.

ordinaire⁴². L'expression de la Cour européenne des droits de l'homme illustre bien cette idée lorsqu'elle énonce que « *le mode de désignation d'un juge est le critère d'évaluation de son indépendance*⁴³ ».

12. L'indépendance est souvent qualifiée d'objective dans le sens où elle s'apprécie par rapports à des liens factuels qui peuvent être matériellement identifiés⁴⁴. L'état de dépendance est dès lors facile à prouver: il suffit d'établir l'existence matérielle d'un lien⁴⁵.

2.1.1. L'obligation de révélation comme concrétisation de l'indépendance

13. Dans un soucis de transparence et d'information, le devoir d'indépendance s'est au fil du temps transformé en une obligation pour l'arbitre de révéler tous les liens susceptibles de remettre en cause son indépendance⁴⁶. Cette obligation s'est dégagée de la jurisprudence et ne cesse de s'étendre⁴⁷. Sa *ratio* est d'informer au mieux les parties afin qu'elles puissent effectivement apprécier la qualité de leur arbitre et ultimement qu'elles puissent exercer leur droit de récusation⁴⁸.

14. Cette obligation est intimement liée à la nature conventionnelle de l'arbitrage⁴⁹. Par exemple, le droit positif belge ne consacre pas d'obligation de révélation mais les arbitres sont toutefois tenus d'y procéder en vertu de leur devoir contractuel d'information⁵⁰. Généralement, les règlements institutionnels d'arbitrage prennent le relais et énoncent clairement cette exigence de révélation. En Belgique, le règlement CEPANI y fait expressément référence⁵¹. D'un point de vue pratique, les règlements d'arbitrage exigent de l'arbitre qu'il signe, avant sa nomination, une déclaration d'indépendance. Par cette formalité, l'arbitre s'engage à être indépendant et à révéler toute circonstance douteuse⁵².

⁴² *Ibid.*, p. 235.

⁴³ CEDH 28 juin 1984 (Campbell and Fell c. Royaume-Uni), *Serie A*, n°46, §76.

⁴⁴ D. MATRAY et A.-J. VAN DEN BERG, *op. cit.*, pp. 93-94 ; T. CLAY, *op. cit.*, p. 246.

⁴⁵ D. MATRAY et A.-J. VAN DEN BERG, *ibid.*, p. 94.

⁴⁶ D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.*, 2011, p. 629.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ S. MENETREY, « Conflits d'intérêts et contrôle de l'impartialité de l'arbitre », in *L'arbitre et le juge étatique – Etudes de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, sous la dir. de A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 454 ; D. COHEN, *ibid.*

⁴⁹ G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 932.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Règlement d'arbitrage CEPANI, art. 14.

⁵² T. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, p. 319.

2.1.2. L'indépendance et l'obligation de révélation dans le temps

15. L'indépendance et la révélation sont des obligations permanentes. L'arbitre doit être indépendant depuis le moment de sa désignation jusqu'au prononcé de sa sentence⁵³ qui constitue l'achèvement de sa mission. Pareillement, l'obligation de révélation perdure tout au long de la procédure⁵⁴. A titre d'illustration, le règlement du CEPANI dispose en son article 14 que : « L'arbitre lorsqu'il est nommé ou agréé, s'engage à rester indépendant jusqu'à la fin de la mission. Il est impartial et s'engage également à le demeurer et à être disponible⁵⁵ ».

16. Corrélativement, les parties peuvent exercer leur droit de récusation tout au long de la procédure en invoquant toute circonstance révélée ou non qui porte atteinte à l'indépendance de l'arbitre⁵⁶. L'obligation de révélation s'inscrit parfaitement dans la logique d'efficacité propre à l'arbitrage⁵⁷. En effet, il a pour but de résoudre tout incident relatif aux qualités de l'arbitre le plus tôt possible. Dans un souci d'économie, la révélation vient purger la procédure pour éviter qu'une circonstance découverte *a posteriori* ne vienne ralentir voir stopper son déroulement⁵⁸. Mieux encore, dans l'hypothèse où la circonstance n'a fait surface qu'après la reddition de la sentence, elle permet d'éviter l'annulation de celle-ci. Ce qui est pour l'arbitre et les parties bien plus regrettable⁵⁹.

2.2. L'impartialité

17. Dans une perspective générale, la qualité d'impartialité s'entend d'une absence de parti pris ou de préjugé⁶⁰. Comparée à l'indépendance, l'impartialité est une notion plus subjective⁶¹. En effet, elle a trait à l'attitude que l'arbitre adopte vis-à-vis des parties et du fond du litige. La doctrine la décrit comme « une disposition d'esprit ou un état

⁵³ D. MATRAY et A.-J. VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 95 ; T. CLAY, *op. cit.*, p. 312.

⁵⁴ T. CLAY, note sous CA Paris (1^{er} ch. civ), 12 février 2009, *Rev. arb.*, 2009, n°1, p. 196.

⁵⁵ Règlement d'arbitrage CEPANI, art. 14.

⁵⁶ D. MATRAY et A.-J. VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 95.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 96.

⁵⁸ G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 932.

⁵⁹ B. LE BARS, J. JUVENAL, « La révélation d'un courant d'affaires : comment apprécier l'indépendance de l'arbitre ? », note sous Cass., 20 octobre 2010, *JCP.*, 2010, n°1306, p. 2436.

⁶⁰ Définition du Dictionnaire Larrousse.

⁶¹ D. HASCHER, « Independence and impartiality of arbitrators : 3 issues », *Am. U. Int'l. L. Rev.*, 2012, vol. 27, Issue 4, p. 792.

psychologique»⁶². A la différence de l'indépendance, l'impartialité est une notion abstraite, non tangible. Partant, il est plus difficile de la mesurer et de la démontrer⁶³. A l'inverse de l'indépendance qui s'apprécie en début de procédure, l'impartialité se constate plutôt pendant⁶⁴ la procédure car elle se manifeste par des partis pris, des gestes, des attitudes ou des comportements adoptés par l'arbitre.

18. Ce sont deux notions proches car en pratique l'absence de dépendance dans le chef de l'arbitre participera en quelque sorte à son apparence d'impartialité⁶⁵. C'est d'ailleurs l'approche retenue en droit anglais qui donne à l'impartialité une position supérieure à l'indépendance. Pour les anglais, l'indépendance qui se manifeste par l'absence de liens de dépendance n'est qu'un indice d'impartialité parmi d'autres.

2.3. La neutralité

19. Une autre notion proche des deux autres est également utilisée en jurisprudence⁶⁶. C'est la notion de neutralité. Elle présente un intérêt dans le cadre des arbitrages commerciaux internationaux où les parties ont souvent des nationalités différentes⁶⁷. Il faut s'assurer que l'arbitre ne fasse pas de favoritisme national vis-à-vis d'une des parties. Cette exigence constitue la garantie que l'arbitre fasse preuve de recul vis-à-vis de sa culture, de ses avis politiques ou de sa religion lorsqu'il connaît de l'affaire⁶⁸. Certains règlements institutionnels imposent que l'arbitre président ou l'arbitre unique soit d'une nationalité différente des parties⁶⁹. C'est notamment le cas du règlement de la CCI⁷⁰.

2.4. Intérêt pratique de la distinction : l'ordre public

20. Si la différence sur le plan théorique entre indépendance et impartialité est floue et variable selon les ordres juridiques, les distinguer présente toutefois un intérêt pratique. En

⁶² PH. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 582.

⁶³ M.L. SMITH, « Impartiality of the party-appointed arbitrators », *Arbitration*, 1992, vol. 58, Issue 1, p. 3.

⁶⁴ D. HASCHER, *op. cit.*, p. 792.

⁶⁵ G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 935.

⁶⁶ PH. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 587.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 588.

⁶⁸ G. KEUTGEN, *op. cit.*, 924 et 925 ; PH. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *ibid.*

⁶⁹ G. KEUTGEN, *ibid.*

⁷⁰ Règlement d'arbitrage CCI, art. 9. 5.

effet, au contraire de l'indépendance, l'impartialité ne peut pas être écartée à l'avance⁷¹, elle est d'ordre public⁷². Si une partie décide de lever l'indépendance de l'arbitre, cela signifie uniquement que tous les liens ou contacts révélés par l'arbitre ont été levés et acceptés par les parties. Mais cela ne signifie aucunement que l'arbitre est défait de son devoir d'impartialité⁷³. Prétendre le contraire, reviendrait à accepter qu'un arbitre prenne parti et statue de façon inégale⁷⁴. En droit anglais, dans l'*Arbitration Act* il est clairement fait référence au « *non waivable requirement of impartiality* »⁷⁵.

21. On a dit que l'indépendance était une notion objective⁷⁶ et que l'impartialité relevait de la subjectivité⁷⁷. Il s'agit cependant d'une conception simplifiée des choses et il convient de nuancer à ce stade. Selon certains auteurs, la dichotomie entre indépendance et impartialité n'est pas nécessaire et seule l'impartialité importe⁷⁸. Pour reprendre l'image de J. L. MORELLE, l'impartialité comporte une face visible et invisible⁷⁹. La face visible tient aux apparences, aux risques de partialité⁸⁰ qui existent et se constatent dans le présent. Il s'agit de l'impartialité objective qui s'extériorise en des liens de dépendance matériels ou intellectuels. C'est ici que les notions d'impartialité et d'indépendance se confondent. L'indépendance n'est que « le critère communément retenu pour mesurer l'apparence d'impartialité et non l'impartialité elle-même »⁸¹. Cette impartialité objective peut être écartée par les parties et n'est donc pas d'ordre public. Au contraire, l'impartialité subjective est fondamentalement d'ordre public et vise l'hypothèse de l'arbitre qui prend véritablement parti en pleine instance, acte auquel on ne saurait renoncer à l'avance. En effet, on ne parle plus ici d'un risque ou d'une apparence mais d'une partialité avérée et réalisée: c'est l'impartialité « dans son essence »⁸².

⁷¹ G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 936.

⁷² D. MATRAY et A.-J. VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 99.

⁷³ M.L. SMITH, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁴ G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 936.

⁷⁵ Arbitration Act of 1996, section 23 (5) (b).

⁷⁶ V. *supra*, n°12.

⁷⁷ V. *supra*, n°17.

⁷⁸ J.L. MORELLE, « La vérité - L'obligation d'indépendance de l'arbitre se double-t-elle d'une obligation générale d'impartialité, d'objectivité, de neutralité et de révélation ? », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 614 et M. FONTAINE, « Impartialité et indépendance de l'arbitre », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 621.

⁷⁹ J.L. MORELLE, *ibid.*, p. 615.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 614 et 618.

⁸¹ *Ibid.*, p. 614.

⁸² *Ibid.*

22. Dans les lignes directrices de l'*International Bar Association*, des circonstances qui entachent l'indépendance peuvent être écartées par les parties⁸³. On peut dire de ces règles qu'elles sont impératives : leur respect est dû, mais elles protègent des intérêt privés, les parties sont libres d'y renoncer⁸⁴. Si elles le font de manière expresse, l'arbitre et les parties concluent un accord qui atteste de cette renonciation volontaire. On verra que l'acceptation peut même être tacite, si une partie qui a connaissance d'un lien de dépendance ne réagit pas promptement⁸⁵. Il y a cependant quelques exceptions à ce principe. Ce sont des situations qui entachent nécessairement l'impartialité et qui ne peuvent être écartées⁸⁶.

3. Sources légales et institutionnelles relatives à l'indépendance et à l'obligation de révélation

23. La consécration légale de ces principes varie selon les ordres juridiques. Ils sont abordés sous l'angle des causes de récusations ou des causes d'annulation. On les retrouve tantôt dans des textes d'*hard Law* et tantôt dans des textes de *soft Law*. Ce point consiste à faire un tour d'horizon des règles de droit qui abordent l'indépendance et l'obligation de révélation. Si personne ne doute quant aux principes eux-mêmes, il n'empêche qu'ils font l'objet de débats quant à leur appréciation concrète. En effet, toute la difficulté réside dans le fait de savoir quel conflit d'intérêt constitue une situation partielle et devrait faire l'objet d'une révélation⁸⁷. Vu la difficulté de la tâche, le travail des nombreuses institutions d'arbitrage dans la rédaction de lignes directrices et de codes d'éthiques permet de guider pratiquement l'arbitre quant à l'appréciation de son indépendance⁸⁸.

3.1. Droit belge

24. En droit belge, les articles 1676 à 1723 du Code judiciaire contiennent les règles relatives à l'arbitrage. Spécialement, l'article 1690 du Code judiciaire énonce que « les arbitres peuvent être récusés s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur leur impartialité ou indépendance ». Il s'agit d'une définition négative : le droit

⁸³ D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.*, 2011, pp. 640 et 641.

⁸⁴ D. MATRAY et A.-J. VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 99.

⁸⁵ G. KEUTGEN, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit belge », in *L'impartialité du juge et de l'arbitre – Etude de droit comparé*, sous la dir. de VAN COMPENOLLE (J.), TARZIA (G.), Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 287 ; G. KEUTGEN, « propos sur le statut de l'arbitre », *op. cit.*, p. 931.

⁸⁶ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2014, Non-Waivable Red List

⁸⁷ V. *supra*, n° 35 et suiv.

⁸⁸ D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.*, 2011, p. 616.

belge appréhende l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en termes de récusation et ne contient pas de règle qui consacre une véritable obligation de révélation à proprement dit⁸⁹. Le règlement d'arbitrage du Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI) contient quant à lui une obligation de divulguer par écrit « les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties »⁹⁰. L'article poursuit en son alinéa 2 « qu'une partie ne peut récuser l'arbitre désigné par elle que pour une cause dont elle a eu connaissance après sa désignation ».

A cela s'ajoute l'article 1704 §3 du code judiciaire qui traite des causes d'annulation de la sentence arbitrale. Il empêche qu'une partie puisse invoquer l'annulation de la sentence arbitrale au motif d'une constitution irrégulière d'un tribunal alors qu'elle a eu connaissance de la cause au cours de la procédure et ne l'a pas soulevé.

3.2. Droit français

25. En droit français, c'est l'article 1456 al. 2 du code de procédure civile qui contient l'obligation de révélation : « 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 ». Cet article est issu d'une réforme en matière d'arbitrage qui a opéré en 2011 et prescrit une véritable obligation de révélation⁹¹.

Les parties peuvent également recourir à la Charte d'éthique rédigée par le Conseil National des Barreaux en octobre 2011 qui énonce à l'article 3 qu' « un arbitre pressenti doit immédiatement dévoiler à l'ensemble des parties l'ensemble des éléments propres à mettre en doute son indépendance et son impartialité ».

En ce qui concerne le devoir d'indépendance, la jurisprudence française a estimé que le texte légal relatif aux causes de récusation des magistrats était également applicable à l'arbitre⁹².

⁸⁹ G. KEUTGEN, « Propos sur le statut de l'arbitre », *op. cit.*, p. 932.

⁹⁰ Règlement d'arbitrage CEPANI, art. 14.

⁹¹ S. MENETREY, *op. cit.*, p. 447.

⁹² D. COHEN, *op. cit.*, 2011, p. 620.

3.3. Droit suisse

26. En Suisse, le devoir d'indépendance est inscrit tant au niveau interne dans le Concordat Intercantonal sur l'Arbitrage à l'article 18 qu'au niveau international à l'article 180 de la loi fédérale sur le droit international privé. Ils traitent tous deux des causes de récusation de l'arbitre « si les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance »⁹³. Il n'y a par contre pas d'obligation de révélation consacrée dans la loi.

3.4. Droit anglais

27. En droit anglais, l'exigence est reprise dans l'*Arbitration Act of 1996* qui a trait aux causes de récusation de l'arbitre si « *circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality* »⁹⁴. Il ne contient pas de référence à l'obligation de révélation.

Le règlement d'arbitrage institutionnel de la *London Court of International Arbitration* exige quant à lui en son article 5.4 que l'arbitre dévoile les circonstances « *that give rise to justifiable doubts about his or her independence or impartiality* » dans sa déclaration d'indépendance.

3.5. Droit américain

28. Aux Etats-Unis, le *Federal Arbitration Act* stipule qu'une Cour de justice américaine peut annuler une sentence arbitrale dès qu'il est établi qu'il y a eu une partialité évidente ou une corruption dans le chef des arbitres désignés⁹⁵.

L'*American Arbitration Association* a également adopté un règlement qui dispose en son article 17 que : « *Any person appointed or to be appointed as an arbitrator, as well as the parties and their representatives, shall disclose to the AAA any circumstances likely to give rise to justifiable doubt as to the arbitrator's impartiality or independence* ».

⁹³ Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), art. 180.

⁹⁴ Arbitration Act of 1996, section 24 (1) (a).

⁹⁵ Federal Arbitration Act, 10 (a) (2).

29. En conclusion, les règles nationales relatives à l'indépendance des arbitres se trouvent dans la plupart des cas au titre des causes de récusation et ce n'est qu'en France qu'est consacrée une véritable obligation de révélation dans le droit positif. La plupart du temps, cette obligation est formulée dans les textes des institutions d'arbitrage, comme c'est notamment le cas en Belgique.

3.6. Droit international

30. En droit de l'arbitrage international, il faut se référer aux précieuses *IBA guidelines on conflicts of interest in International Arbitration*⁹⁶ qui sont le fruit du groupe de travail de l'IBA qui ont été adoptées en 2004 et fraîchement révisées en 2014. Leur *ratio* est de faciliter le travail de l'arbitre lorsqu'il apprécie concrètement son indépendance et son impartialité, mais également d'éclairer les parties et leurs conseils dans leur démarche de sélection. Elles contiennent des principes généraux *i.e. general standards* et quatre listes non-exhaustives qui énoncent des situations susceptibles de créer des doutes raisonnables quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre⁹⁷. Elles constituent la référence en droit de l'arbitrage international car elles reflètent en grande partie la jurisprudence applicable en matière de conflits d'intérêts. Il reste que ces *guidelines* ne sont pas des dispositions légales d'un point de vue formel et ne prétendent pas les remplacer. Elles jouissent toutefois d'une reconnaissance internationale non négligeable⁹⁸.

31. La première liste *i.e. Red List* est divisée en deux sous-catégories : la *non-waivable Red List* et la *waivable Red List*.

La première sous-catégorie reprend les situations qui doivent faire l'objet d'une révélation et qui sont de toute façon considérées comme créant des doutes justifiables concernant l'indépendance de l'arbitre. Par *doutes justifiables*, l'IBA entend appliquer un test objectif en prenant comme point de référence le tiers raisonnable. En synthèse, « *des doutes sont justifiables si un tiers raisonnable et informé arriverait à la conclusion qu'il est vraisemblable que l'arbitre peut être influencé par des facteurs autres que les mérites de*

⁹⁶ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, adopted by resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014.

⁹⁷ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration Part II: Practical Application of the General Standards, p. 17.

⁹⁸ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration Introduction, p. 3.

l'affaire tels qu'ils sont présentés par les parties lors de l'élaboration de sa décision »⁹⁹. Ce concept est directement inspiré de l'article 12 de UNCITRAL Model Law qui préconise le test du tiers raisonnable¹⁰⁰. Les situations les plus graves sont visées dans cette catégorie : lorsque l'arbitre est également partie au litige, s'il a un intérêt personnel significatif dans l'issue du litige ou encore, si l'arbitre dérive la majorité de ses revenus d'une des parties. Ces conflits d'intérêts doivent être révélés et ne peuvent être écartés par les parties.

La seconde sous-catégorie reprend des situations moins sérieuses que les précédentes, qui peuvent être écartées par les parties à condition qu'il y ait un accord exprès. A titre d'exemple, on peut citer l'intérêt financier que pourrait avoir un proche de l'arbitre comme son épouse, son fils ou son père dans l'issue du litige¹⁰¹.

32. La liste orange reprend quant à elle les situations qui doivent être révélées par l'arbitre car elles sont présumées créer des doutes justifiables dans l'esprit des parties. L'accent est mis sur les parties. L'*IBA* considère que celles-ci ont un intérêt à être informées de tels liens. L'obligation de révélation s'applique, mais cela ne signifie pas qu'il y ait absence d'impartialité. L'*IBA* insiste sur le fait que la révélation d'une telle situation ne constitue pas automatiquement un manque d'indépendance¹⁰². En effet, elle a pour but premier d'informer les parties, non pas d'empêcher l'arbitre d'agir. La récusation d'un arbitre n'aura lieu que dans le cas où une partie remet en cause l'impartialité de l'arbitre en saisissant l'autorité compétente et après que celle-ci ait, en appliquant le test objectif du tiers raisonnable, conclut au défaut d'indépendance de l'arbitre¹⁰³.

33. Enfin, la liste verte comprend des situations qui ne doivent pas être révélées car elles ne posent pas de problème d'un point de vue objectif. Par ailleurs, elles ne constitueront jamais un défaut d'indépendance. A titre d'exemple, on retrouve l'opinion doctrinale défendue par l'arbitre relative à un point non essentiel du litige¹⁰⁴.

⁹⁹ T. CLAY, « IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2004 French », *Rev. arb.*, 2004, Issue 4, p. 999.

¹⁰⁰ UNCITRAL Model Law, art. 12.

¹⁰¹ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2014, Waivable Red List, pp. 20, 21, 22.

¹⁰² IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2014, Part II : Practical Application of the General Standards §4, p. 18.

¹⁰³ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2014, Explanation to General Standard 3 (c), p. 8.

¹⁰⁴ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2014, Green List, 4.1.1, p. 25.

34. Il faut souligner le fait que ces listes sont non-exhaustives. Au-delà des situations non reprises dans ces lignes directrices, persiste l'obligation de révélation dès l'instant où l'arbitre considère que la situation en question crée des doutes justifiables quant à son indépendance et son impartialité et ce, en appliquant le test objectif du tiers raisonnable¹⁰⁵.

4. Interprétation des règles en jurisprudence

35. En jurisprudence, se dégagent globalement deux approches distinctes en termes d'appréciation de l'indépendance et de l'impartialité: une approche pragmatique qu'on retrouve aux Etats-Unis et en Belgique et une approche plus abstraite qu'on retrouve en France. L'approche concrète part du principe que les conflits d'intérêts font partie de la vie humaine : toute personne est nécessairement au centre de conflits d'intérêts de toute nature¹⁰⁶.

36. Le droit belge et le droit américain entrent dans cette première catégorie. Ils adoptent une approche *in concreto* dans le sens où ils ne se contentent pas de constater l'existence d'un lien direct ou indirect unissant l'arbitre à une des parties ou à un des conseils pour conclure au manque d'indépendance de l'arbitre¹⁰⁷. Ils ont égard aux circonstances de l'espèce, s'adonnant à une analyse au cas par cas¹⁰⁸. De même, le seul défaut de révélation ne suffit pas à conclure au manque d'impartialité. Si tel était le cas, l'exigence serait excessive¹⁰⁹ et créerait une charge considérable qui pèserait sur les épaules de l'arbitre. C'est une approche réaliste et souple.

37. De manière générale, l'approche française est plus sévère¹¹⁰. Comme il sera décrit ci-dessous¹¹¹, de nombreuses décisions françaises annulent la sentence arbitrale simplement en constatant que l'obligation de révélation n'a pas été respectée. Les cours et tribunaux n'ont ici pas égard aux circonstances de l'espèce ou au contexte¹¹². Cette approche est jugée trop stricte par une partie de la doctrine¹¹³. Elle comporte le risque de diminuer l'efficacité de l'arbitrage en offrant la possibilité à la partie perdante d'annuler la sentence arbitrale de façon

¹⁰⁵ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2014, Introduction, §6, p. 3.

¹⁰⁶ D. COHEN, *op. cit.*, p. 613.

¹⁰⁷ *Ibid.* pp. 630 et 636.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 631.

¹⁰⁹ S. MENETREY, *op. cit.*, p. 454.

¹¹⁰ D. COHEN, *op. cit.*, p. 642.

¹¹¹ V. *infra*, n° 40 et suiv.

¹¹² D. COHEN, *op. cit.*, p. 642.

¹¹³ S. MENETREY, *op. cit.*, p. 457.

unilatérale¹¹⁴. L'approche française est dite objective dans le sens où elle accorde beaucoup d'importance à l'apparence d'indépendance et d'impartialité¹¹⁵. La jurisprudence des juridictions françaises n'est toutefois pas uniforme. Certaines motivations d'arrêts font état d'une appréciation strictement objective¹¹⁶ quand d'autres sont plus circonstanciées et contextualisées¹¹⁷. Aucun principe directeur ne se dégage réellement de cette jurisprudence assez imprévisible¹¹⁸. Cependant, les difficultés éprouvées par les juridictions françaises ont le mérite d'illustrer toute la complexité que revêtent les notions d'indépendance et d'impartialité ainsi que l'obligation de révélation qui en découle.

38. Avant de rentrer dans le vif du sujet, il convient de distinguer deux questions¹¹⁹. La première touche au devoir d'indépendance lui-même et consiste à se demander si telle circonstance compromet l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. La seconde est celle de l'obligation de révélation qui consiste à se demander si la circonstance devait faire l'objet d'une révélation et ensuite à évaluer l'impact d'un éventuel défaut de révélation sur l'indépendance. S'il est important de les distinguer pour la pédagogie, on constatera toutefois qu'elles sont, en pratique, intimement liées.

4.1. Les arbitres « maison »

39. La problématique des arbitres maison est intéressante en ce qu'elle soulève de nombreuses questions en termes d'indépendance et d'impartialité. Pour développer ce point, on se focalisera essentiellement sur la jurisprudence française qui a fait l'objet de nombreux rebondissements et qui contient de précieux enseignements.

L'expression arbitres « maison » ou « *repeat arbitrators* » en anglais fait référence aux arbitres qui sont désignés de façon récurrente par les mêmes parties ou les mêmes conseils dans des procédures d'arbitrage similaires¹²⁰.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ M. HENRY, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. arb.*, 1999, n°2, p. 197 et 198.

¹¹⁶ V. *infra*, n° 67 et 70.

¹¹⁷ V. *infra*, n° 92.

¹¹⁸ D. COHEN, *op. cit.*, p. 635.

¹¹⁹ V. *infra*, n° 42.

¹²⁰ F.-Z. SLAOUÏ, « The rising issue of Repeat arbitrators : a call for clarification », *Arb. Int'l.*, 2009, vol. 25, n°1, p. 104.

Que penser d'un jugement d'une *district court* suédoise¹²¹ qui, alors qu'elle est saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale, estime que le fait qu'un arbitre ait été nommé dix fois au cours des dix dernières années, dont cinq affaires sont encore en cours, par la même partie n'est pas de nature à soulever un soupçon de partialité? Ce genre de décision peut choquer car on ne voit pas très bien comment un arbitre peut, dans une telle situation, ne pas être affecté dans son jugement.

4.1.1. Affaire Frétal

40. L'arrêt *SA FRETAL c/ SA ITM Entreprises* rendu par la cour d'appel de Paris le 28 octobre 1999¹²² constitue une première illustration de cette problématique. Il s'agit d'un contrat de franchise conclu entre les franchisés *Frétal* et *Tinadel* et le franchiseur *ITM*. Un litige naît entre les parties et une procédure arbitrale est initiée par *ITM*. Le tribunal délivre ensuite une sentence en défaveur des franchisés qui cherchent alors à annuler cette dernière. Devant la cour d'appel, *Frétal* essaie de démontrer le manque d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre choisi par *ITM* en faisant notamment état du fait que cet arbitre « percevait de la part d'*ITM*, des honoraires importants qui le fidélisaient ». L'arbitre avait été désigné par *ITM* dans le cadre de trois autres arbitrages qui opposait *ITM* à d'autres franchisés. Arbitrages qui comme le soulève *Frétal* portaient sur la même question de droit. *Frétal* soutenait que ces éléments découverts fortuitement impliquaient un manquement à son obligation de révélation et à son devoir d'indépendance.

La cour d'appel estima quant à elle qu'il n'y avait pas « *d'accords financiers particuliers démontrant un lien de dépendance économique* »¹²³ et que l'arbitre n'avait pas « *le monopole de désignation* »¹²⁴ car la société *ITM* avait recours à d'autres arbitres dans le cadre d'autres contentieux. Enfin, elle jugea que le fait que l'arbitre avait dû se prononcer sur la même question de droit dans des arbitrages précédents n'établissait pas une prévention ou un préjugé de sa part, dès lors que l'arbitre n'est pas lié par ses propres précédents. La cour nuance en disant qu'il en serait autrement, s'il avait déjà pris parti à l'égard d'une des parties, ce qui n'est pas le cas ici. Cet arrêt est intéressant en ce qu'il regrette le défaut de révélation mais n'en déduit pas automatiquement un défaut d'indépendance. Au contraire, la cour se

¹²¹ Stockholm's lower court (Tingsrätt), 21 june 2004, Case Å 7145-04 cité par F.-Z. SLAOUI, *op.cit.*, p. 111.

¹²² CA Paris, 28 octobre 1999, *Rev. arb.*, 2000, n°2, p. 300, note PH. GRANDJEAN.

¹²³ CA Paris, 28 octobre 1999, *Rev. arb.*, 2000, n°2, p. 304, note PH. GRANDJEAN.

¹²⁴ CA Paris, 28 octobre 1999, *Rev. arb.*, 2000, n°2, p. 304, note PH. GRANDJEAN.

livre à une analyse circonstanciée en prenant en compte des éléments tels l'absence de situation de monopole et l'absence d'accords financiers particuliers afin d'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre.

4.1.2. Arrêt *Frémac*

41. Cet arrêt fut cependant cassé par la Cour de cassation le 6 décembre 2001. La Cour déplore le raisonnement de la cour d'appel qui, après avoir regretté le manquement de l'arbitre à son obligation de révélation, conclut que ce manquement « *n'est pas pour autant de nature à démontrer son défaut d'indépendance et d'impartialité ni à justifier l'annulation de la sentence* »¹²⁵. En statuant ainsi, la Cour de cassation estime que la cour d'appel a statué par motifs contradictoires. Comme le souligne certains auteurs, la motivation de la Cour est critiquable en ce qu'elle semble créer une identité absolue entre le défaut de révélation et l'annulation de la sentence¹²⁶. Elle se situerait dès lors dans l'approche abstraite¹²⁷.

4.1.3. Deux grilles d'analyses pour deux questions distinctes

42. L'explication de ces difficultés éprouvées en jurisprudence se situe en réalité dans la confusion de deux moments cruciaux qu'il faut distinguer lorsqu'on aborde un conflit d'intérêt. A ces deux étapes correspondent les deux questions présentées plus haut¹²⁸ : celle de la révélation et celle de l'indépendance et de l'impartialité. Il faut envisager les choses de façon dynamique.

Le premier temps est celui de la désignation, de la nomination de l'arbitre. C'est à ce moment-là que l'arbitre doit apprécier quels liens sont « *de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance...* »¹²⁹ et d'en faire part aux parties. Une fois que celles-ci ont été dûment informées de ces circonstances, elles jugeront elles-mêmes ce qu'elles feront de cette information en la confrontant à d'autres éléments de l'affaire¹³⁰. La justification qui se cache derrière l'obligation de révélation est subjective: le point de focalisation est mis sur les parties. En

¹²⁵ Cass., 6 décembre 2001, *Rev. arb.*, 2003, n°4, p. 1232, note E. GAILLARD.

¹²⁶ E. GAILLARD, note sous Cass., 6 décembre 2001, *Rev. arb.*, 2003, n°4, p. 1241.

¹²⁷ V. *supra*, n° 37.

¹²⁸ V. *supra*, n° 38.

¹²⁹ CA Paris, 2 avril 2003, *Rev. arb.*, 2003, n°4, p. 1235 ; E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 1243.

¹³⁰ E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 1242.

d'autres termes, ce qui importe vraiment à ce stade est de s'assurer que la possibilité ait été offerte aux parties de pouvoir s'exprimer quant à la qualité de leur arbitre¹³¹.

Le second temps est celui de la récusation et de l'appréciation des causes qui la motivent¹³²: une partie entend récuser l'arbitre parce que la circonstance révélée lui pose problème. L'autre cas de figure est qu'une circonstance non révélée soit découverte par une partie et lui pose également problème. A ce stade, l'appréciation doit être objective. Il faut apprécier, si ces éléments qu'ils aient été révélés ou découverts fortuitement «*sont de nature à fonder une apparence de partialité ou de dépendance*»¹³³.

43. Le constat de dépendance ou de partialité ne doit pas se trouver dans les yeux des parties, mais plutôt aux vues de circonstances objectives et indépendantes des parties sous peine de détourner la révélation de sa fonction¹³⁴. Révéler un lien matériel ne constitue pas un aveu de partialité ou de dépendance de la part de l'arbitre¹³⁵. Si tel était le cas, l'arbitre ne devrait révéler que les liens constituant des causes de récusation or c'est précisément aux parties qu'il appartient d'apprécier si les liens constituent à leurs yeux des causes de récusation¹³⁶. Elles décideront ce qu'elles en feront. Si la partie est d'avis que cette circonstance altère l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, elle l'invitera à se déporter et en cas de désaccord, elle engagera une procédure en récusation¹³⁷. Ces principes sont fondamentaux lorsqu'on aborde les conflits d'intérêts comme les désignations récurrentes qui touchent au contenu de l'obligation de révélation¹³⁸.

44. L'erreur trouve donc son origine dans le glissement du subjectivisme du stade de la révélation au stade de l'indépendance¹³⁹. Lorsque le juge apprécie l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, il faut s'abstenir de faire référence à l'esprit des parties. La motivation de la cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Frétal*¹⁴⁰ était donc tout à fait appropriée d'où l'étonnement doctrinal concernant la censure qui a suivie. Il faut cependant nuancer car

¹³¹ *Ibid.*, p. 1243.

¹³² F.-Z. SLAOUI, *op. cit.*, p. 116.

¹³³ Tribunal Fédéral Suisse, 15 octobre 2001, n°4.188/2001 www.bger.ch, cité par E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 1241.

¹³⁴ E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 1243.

¹³⁵ *Ibid.*, pp. 1242 et 1243.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 1242.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ F.-Z. SLAOUI, *op. cit.*, p.116.

¹³⁹ E. GAILLARD, *op. cit.*, p.1243.

¹⁴⁰ V. *supra*. n°40.

la Cour censure l'arrêt pour contradiction des motifs, sa portée n'est donc pas tout à faire claire et deux interprétations restent possibles. Il n'est pas certain que la Cour ait voulu consacrer une identité absolue entre défaut de révélation et défaut d'indépendance. L'autre hypothèse serait qu'elle ait considéré que la contradiction des motifs portait sur le fait que la circonstance non révélée, la relation régulière qui existait entre *ITM* et son arbitre aurait créé une apparence de partialité d'un point de vue objectif¹⁴¹. Si telle était son intention, elle doit être accueillie¹⁴².

4.1.4. Les lignes directrices de l'IBA

45. Cette distinction fondamentale est recommandée en arbitrage international dans les lignes directrices de l'IBA. Lorsque le groupe de travail a révisé ses *guidelines* en 2014, il a pris le soin de commenter et d'expliquer avec précision ses standards suite à ce glissement erroné qui avait été constaté dans la pratique. Dans l'explication du troisième standard, le groupe de travail insiste sur le fait que la révélation ne constitue pas un aveu de partialité¹⁴³. Lorsque l'arbitre révèle ses liens, cela signifie que malgré ceux-ci, il se sent capable d'exécuter correctement sa mission. Il énonce ensuite clairement le but de la révélation : « *It is the purpose of disclosure to allow the parties to judge whether they agree with the evaluation of the arbitrator and, if they so wish, to explore the situation further* ». Comme c'était le cas en France, la pratique arbitrale internationale avait tendance à déduire de la révélation une présomption de disqualification dans le chef de l'arbitre¹⁴⁴. Au second standard, le groupe de travail explique comment l'indépendance et l'impartialité doivent être appréciés : « *doubts are justifiable if a reasonable third person, having knowledge of the relevant facts and circumstances, would reach the conclusion that there is a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the party in reaching his or her decision* ». La personne de référence est donc ce *tiers raisonnable* et non pas les parties.

¹⁴¹ E. GAILLARD, *op. cit.*, p.1241.

¹⁴² *Ibid.*, p.1241.

¹⁴³ *Ibid.*, p.1244.

¹⁴⁴ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2014, Explanation to General Standard 3 (a), p. 7.

4.1.5. Suite de l'affaire *Frémarc*

46. L'affaire *Frémarc* ne s'arrête pas là. Après la censure, l'affaire fut renvoyée à la cause devant la cour de Paris, nouvellement composée. Cette dernière a alors pris une mesure avant dire droit désignant des experts afin de déterminer exactement le nombre de désignations qui avaient eu lieu entre *ITM* et l'arbitre. Elle ne se contente pas de constater un défaut de révélation, mais elle approfondit la relation qui liait l'arbitre à *ITM* et qui aurait dû faire l'objet d'une révélation afin d'évaluer son incidence sur l'indépendance.

Au fond, la cour d'appel de renvoi semble estimer que la désignation répétée de l'arbitre par *ITM* dans les multiples arbitrages est une circonstance qui constitue un défaut d'indépendance¹⁴⁵. Elle conclut cela en ayant égard aux circonstances de l'espèce¹⁴⁶. Les difficultés d'interprétation¹⁴⁷ qui découlaient de la censure de la Cour de cassation ont le mérite d'être tranchées¹⁴⁸.

47. Un autre point doit être précisé. En effet, dans l'arrêt *Frétal*, la cour d'appel de Paris avait estimé que la répétition ne pouvait constituer à elle seule une cause de disqualification notamment parce qu'elle n'était pas monopolistique et que l'arbitre n'est de toute façon pas lié par ses précédents¹⁴⁹. Ce qui est intéressant c'est que la cour apprécie l'impact de la répétition en termes d'impartialité: elle a conclu à l'absence de préventions et de préjugés dans le chef de l'arbitre qui connaît d'affaires proches. Il s'agit là d'une approche plus subjective se situant sur le plan de l'impartialité¹⁵⁰, pas sur plan de l'indépendance. Par contre, dans l'arrêt *Frémarc*, la cour d'appel de renvoi envisage la répétition sur le plan de l'indépendance en considérant que cette circonstance est un élément objectif pouvant créer, à lui seul, des doutes légitimes en termes d'indépendance¹⁵¹. Une évolution s'est donc opérée.

48. Au niveau de l'obligation de révélation, des hésitations persistent en doctrine quant au fait de savoir si la répétition doit être révélée ou pas. E. LOQUIN pense que c'est excessif d'exiger de révéler la répétition et qu'il ne faudrait la révéler que si d'autres circonstances

¹⁴⁵ E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 1245.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ V. *supra*, n°44.

¹⁴⁸ E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 1243.

¹⁴⁹ M. HENRY, note sous CA Paris, 29 janvier 2004, *Rev. arb.*, 2005, n°3, p. 722.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 723.

¹⁵¹ *Ibid.*

comme l'existence de revenus substantiels entre un arbitre et une partie établissent un état de subordination¹⁵². Dans un souci de transparence, d'autres sont d'avis qu'il faut la révéler pour permettre aux parties d'exercer leurs droits de la façon la plus complète¹⁵³.

4.1.6. L'affaire *Serf*

49. Cette affaire oppose la société *DV construction* au sous-traitant *Serf* dans le cadre de contrats de construction. Une sentence arbitrale avait condamné la société *Serf* au paiement de dommages et intérêts. Dans le cadre d'une autre affaire similaire, la société *Serf* avait remis en cause l'indépendance de l'arbitre. Une procédure fut introduite par l'arbitre devant le juge des référés au cours de laquelle il apparut qu'il était désigné en moyenne six fois par an par la société *DV construction* depuis dix ans dans le cadre d'affaires similaires¹⁵⁴. La société *Serf* qui reprochait le défaut de révélation de ces circonstances de la part de l'arbitre saisit la cour d'appel afin d'annuler la sentence arbitrale qui l'avait condamné.

Au niveau du devoir de transparence, le taux élevé des désignations enjoignait, encore plus que dans l'affaire *Frémarc*, la révélation. Cette solution trouve à nouveau sa justification dans l'intérêt des parties¹⁵⁵.

50. D'abord, cet arrêt confirme les enseignements dégagés dans l'affaire *Frémarc* en ce que le défaut de révélation seul ne conduit pas à l'annulation de la sentence. Sur ce point, il convient de préciser la base légale applicable pour sanctionner le défaut de révélation. La cour d'appel statua en ce sens et décida d'annuler la sentence sur base de l'article 1484 2° qui a trait à la désignation irrégulière d'un arbitre unique. Dans cette logique, M. HENRY souligne, en ce qui concerne la sanction que la base légale correcte devrait être l'article 1484 6° du NCPC qui a trait au respect plus général du devoir d'indépendance et d'impartialité et non pas l'article 1484 2° comme le fait la cour d'appel et qui concerne la composition irrégulière d'un tribunal arbitral¹⁵⁶. Cet article est plus adéquat à partir du moment où c'est le non respect de l'indépendance qui est sanctionné par l'annulation.

¹⁵² E. LOQUIN, « De l'obligation de transparence de l'arbitre », obs. sous Cass. 2° civ., 6 décembre 2001, *RTD com.*, 2002, p. 657.

¹⁵³ M. HENRY, *op. cit.*, p. 726 ; E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 1242.

¹⁵⁴ M. HENRY, *ibid.*, p. 725.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 726.

¹⁵⁶ *Ibid.*, pp. 728 et 729.

51. Ensuite, on peut déduire que la pratique des *repeats arbitrators* crée une suspicion justifiée en termes d'indépendance, la répétition suffit à elle seule à créer un doute légitime¹⁵⁷. Toutefois, il semble que certains éléments doivent venir aggraver la répétition pour entraîner l'annulation de la sentence ou la récusation.

Par exemple, dans l'affaire *Serf*, la répétition était d'une importance considérable par sa fréquence, sa régularité dans le temps. Ces éléments objectifs constituent dans l'expression française, un courant d'affaires, notion que nous décrirons plus bas¹⁵⁸. Après que la Cour ait constaté ce courant d'affaire, elle constate ensuite son recel, pour conclure finalement à l'annulation de la sentence. On peut donc considérer que ces deux éléments viennent aggraver la répétition¹⁵⁹. Dans l'affaire *Frétal*, les circonstances aggravantes auraient été le caractère monopolistique de la répétition et les accords financiers particuliers. Autrement dit, cela signifie que dans certains cas, la répétition ne sera pas à elle seule discriminante. C'est par exemple l'hypothèse d'une partie qui recourt au même arbitre dans les quelques arbitrages occasionnels auxquels elle aura affaire¹⁶⁰.

4.1.7. Le seuil des lignes directrices de l'IBA

52. Dans la liste orange des *IBA Guidelines*, le conflit d'intérêts des *repeat arbitrators* est expressément visé au point 3.1.3: «*The arbitrator has, within the past three years, been appointed as arbitrator on two or more occasion by one of the parties, or an affiliate of one of the parties*». Le groupe de travail a décidé de fixer un nombre et une période limitée pour identifier le conflit d'intérêt. Si deux ou plus désignations ont eu lieu dans les trois dernières années, l'arbitre est tenu de révéler la relation qui le lie à la partie. Le groupe de travail de l'IBA estime qu'il s'agit d'«une situation pouvant faire naître dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur son indépendance et son impartialité»¹⁶¹. Faut-il encore le rappeler, dans le cas où le seuil est dépassé, ce sera uniquement en fonction des circonstances de l'espèce qu'il y aura lieu ou pas à récusation¹⁶², à l'issue de l'application du test objectif.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 732.

¹⁵⁸ V. *infra*, n°57.

¹⁵⁹ F.-Z. SLAOUI, *op. cit.*, p. 117.

¹⁶⁰ M. HENRY, *op. cit.*, p. 733.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 733 ; T. CLAY, « IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2004 French », *Rev. arb.* 2004, p. 990.

¹⁶² M. HENRY, *ibid.*, p. 733 ; E. GAILLARD, *op. cit.*, p.1245.

4.1.8. Les deux arrêts du 20 octobre 2010

53. Deux arrêts furent rendus le 20 octobre 2010 par la première chambre civile de la Cour de cassation. A deux reprises, la Cour casse les arrêts rendus par les juridictions de fond. Les faits sont relativement semblables.

4.1.8.1. Affaire *Prodim*

54. Dans la première affaire, il s'agissait d'un contrat de franchise doublé d'un contrat d'approvisionnement conclus entre des particuliers qui voulaient exploiter un magasin et deux sociétés, les sociétés *Prodim* et *Logidis*. Les particuliers décident de résilier les contrats et introduisent une procédure d'arbitrage telle que prévue dans les contrats. Un arbitre est désigné et les particuliers perdent à l'instance. Ils décident de faire un recours en annulation contre la sentence arbitrale au motif que l'arbitre n'était pas indépendant et impartial car il avait manqué à son devoir de révélation. Il y avait pourtant bel et bien eu une révélation de la part de l'arbitre. Ce dernier avait en effet confié en tout début d'instance qu'il avait déjà été désigné à plusieurs reprises sans autres précisions par les sociétés *Prodim* et *Logidis*, ce qui n'avait pas été critiqué par les particuliers. La cour d'appel de Douai rejette le recours en annulation et confirme la sentence arbitrale.

55. En cassation, la Haute juridiction administrative en a pourtant décidé autrement. La Cour retient le contenu exact de la relation qui unissait l'arbitre désigné et les deux sociétés. Il avait été désigné antérieurement trente-quatre fois par le groupe. La Cour énonce alors 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 parties à la procédure de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie ...»*¹⁶³.

¹⁶³ Cass., 20 octobre 2010, *JCP*, p. 2436, n° 09-68.131, note B. LE BARS et J. JUVENAL.

4.1.8.2. Affaire Somoclest¹⁶⁴

56. Les faits sont relativement similaires sauf qu'on se situe ici dans le domaine de la construction, dans le cadre d'un contrat de sous-traitance conclu entre la *Société Somoclest* et la société *DV construction*, filiale du *Groupe Bouygues*. Les choses s'enveniment et un arbitre unique est désigné. A nouveau, l'arbitre révèle la régularité de ses désignations en matière de sous-traitance par le groupe *Bouygues* et la société *Somoclest* ne conteste pas. Ce dernier perd l'arbitrage et introduit un recours en annulation au motif que l'arbitre n'avait pas révélé avoir été désigné plus de cinquante et une fois par le Groupe *Bouygues*. Comme dans la première affaire, la cour d'appel de Versailles confirme la sentence arbitrale, mais elle est ensuite cassée par la Cour de cassation qui reprend le même attendu que dans l'affaire *Prodim*.

4.1.8.3. Le « courant d'affaires » consacrée par la Cour de cassation française¹⁶⁵

57. Ces deux décisions énoncent le même attendu de principe qui renvoie à la notion subtile du *courant d'affaires* qui avait déjà été évoquée dans l'affaire *Serf*. Il se définit comme « la désignation systématique, fréquente et régulière d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sur une longue période, dans des contrats comparables »¹⁶⁶. Trois éléments doivent être réunis pour que nous soyons face à un courant d'affaires : le systématisme des désignations, leur régularité ou leur fréquence sur une longue durée et enfin, l'identité des contrats¹⁶⁷.

58. Dans l'arrêt *Prodim*, la Cour constate qu'il existe bel et bien un courant d'affaires entre l'arbitre et la partie. L'arbitre avait fait état de désignations répétées de manière générale,¹⁶⁸ mais selon la Cour, la révélation aurait également dû rendre compte de la fréquence. La même difficulté s'était déjà posée dans l'affaire *Serf*. Un des arguments de la défense était que la société *Serf* ne pouvait pas se plaindre d'avoir découvert fortuitement les cinquante et une désignations (six dossiers par an depuis dix ans) alors qu'elle était informée

¹⁶⁴ Cass., 20 octobre 2010, *JCP*, p. 2436, n°09-68.997, note B. LE BARS et J. JUVENAL.

¹⁶⁵ M. HENRY, « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente : de la rigueur à l'excès », note sous CA Paris, 9 septembre 2010, *LPA*, 21/2/2011, n°36, pp. 11 et 12.

¹⁶⁶ E. KLEIMAN, « Arbitrage et conflits d'intérêts : une année mouvementée », *JCP*, 2011, Suppl. au n°52, p. 27.

¹⁶⁷ M. HENRY, « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente : de la rigueur à l'excès », *op. cit.*, p. 12 ; M. HENRY, note sous CA Paris, 29 janvier 2004, *op. cit.*, p. 725.

¹⁶⁸ M. HENRY, « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente : de la rigueur à l'excès », *ibid.*, p. 12.

depuis le début que l'arbitre traitait déjà de huit autres dossiers parallèlement au sien¹⁶⁹. Là aussi, la Cour a estimé que cette circonstance ne se conformait pas au devoir d'information car elle ne rendait pas suffisamment compte de l'importance du courant d'affaires c'est-à-dire, de sa fréquence.

Il se déduit de ces affaires que la Cour exige une révélation intégrale. Il ne suffit pas de révéler la simple existence d'un lien, ni même sa répétition, encore faut-il faire état de sa fréquence: le nombre de désignations et la durée qui les séparent¹⁷⁰. La Cour de cassation étend le contenu de l'obligation de révélation et alourdit de ce fait la charge qui pèse sur les épaules de l'arbitre¹⁷¹.

59. La doctrine accueille la position de la Cour dans ces deux arrêts de 2010 dans la mesure où l'ampleur de ces désignations ne pouvaient que créer une suspicion quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre¹⁷². Ils auraient dès lors dû être révélés¹⁷³. Le raisonnement de la Cour est justifié en ce qu'elle précise que ce qui est sanctionné est bien le fait que la partie n'a pas été mise dans les conditions d'exercer son droit de récusation¹⁷⁴. Selon la Cour, si la partie avait été informée de ce courant d'affaires, elle aurait certainement voulu récuser l'arbitre¹⁷⁵. Cette notion a le mérite de poser des critères précis et de canaliser l'appréciation du contenu de la révélation¹⁷⁶.

60. En ce qui concerne le constat de dépendance et de partialité, il était évident que l'ampleur des désignations dans les deux cas d'espèces allait entraîner une discrimination. Toutefois, il faudra se remettre à l'appréciation des juges pour les cas moins flagrants. Un courant d'affaires ne sera pas automatiquement discriminant¹⁷⁷, il faudra tenir compte du contexte. Par exemple dans le cadre des arbitrages corporatifs¹⁷⁸, l'existence d'un courant

¹⁶⁹ M. HENRY, note sous CA Paris, 29 janvier 2004, *op. cit.*, p. 725.

¹⁷⁰ E. KLEIMAN, *op. cit.*, p. 31 ; M. HENRY, « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente: de la rigueur à l'excès », *op. cit.*, p.13.

¹⁷¹ E. KLEIMAN, *ibid.*, pp. 30 et 31.

¹⁷² M. HENRY, « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente: de la rigueur à l'excès », *op. cit.*, p. 12 ; B. LE BARS et J. JUVENAL, *op. cit.*, pp. 2435 et 2436.

¹⁷³ M. HENRY, « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente: de la rigueur à l'excès », *op. cit.*, p.12.

¹⁷⁴ B. LE BARS et J. JUVENAL, *op. cit.*, p. 2435.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ M. HENRY, « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente: de la rigueur à l'excès », *op. cit.*, p.12.

¹⁷⁷ M. HENRY, note sous CA Paris, 29 janvier 2004, *op. cit.*, p. 734.

¹⁷⁸ V. *infra*, n°78 et suiv.

d'affaires est structurel et ne remet pas en cause l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Il s'agit donc une notion précise mais « elle ne permet pas de sortir de la casuistique »¹⁷⁹.

4.1.9. La « relation d'intérêts »

61. Une question encore plus délicate est de savoir si la désignation répétée entre un arbitre et un conseil constitue également un conflit d'intérêt soumis à l'obligation de révélation et si cette relation pose problème en termes d'indépendance et d'impartialité.

4.1.9.1. L'affaire *csrts. Allaire*

62. La cour d'appel de Paris a été amenée à se prononcer sur cette question dans l'affaire *csrts. Allaire*. Il s'agissait de la vente de parts sociales par des cédants à des cessionnaires. Les cédants estimaient avoir été lésés lors de la vente et ont engagé une procédure d'arbitrage conformément à la clause compromissoire prévue dans leur contrat. Au grand dam des cédants, l'action fut déclarée prescrite. Ils saisirent alors la cour d'appel afin d'annuler la sentence arbitrale reprochant la réticence dont l'arbitre avait fait preuve quant aux relations qu'il entretenait avec le cabinet d'avocats de son adversaire¹⁸⁰. L'arbitre avait révélé n'avoir aucun lien structurel avec le cabinet d'avocats. Il avait seulement expliqué avoir été consulté quelques fois au sujet d'affaires dans le cadre desquelles le cabinet en question agissait, sans plus¹⁸¹. Il avait aussi refusé de faire état du chiffre d'affaires entre lui et le cabinet. La cour accueillit le recours des cédants et annula la sentence arbitrale. Elle estima en effet que les relations n'étaient « *ni occasionnelles, ni éloignées dans le temps* »¹⁸² et étaient de nature à faire douter l'indépendance de l'arbitre.

63. Cette affaire appelle plusieurs questions. La première est de savoir s'il y a lieu d'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre vis-à-vis du conseil indépendamment du devoir d'indépendance et d'impartialité par rapport aux parties. Sur cette question, M. HENRY est critique.

¹⁷⁹ B. LE BARS et J. JUVENAL, *op. cit.*, p. 2437.

¹⁸⁰ E. KLEIMAN, *op. cit.*, p. 28.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 28.

¹⁸² CA Paris, 9 septembre 2010, *Rev. arb.*, 2010, Somm., p. 966.

64. Premièrement, il relève le fait qu'il est erroné d'apprécier l'éventuel manque d'impartialité dans une relation entre un arbitre et un conseil. Elle ne concerne que la relation arbitre et partie dans la mesure où elle se définit comme «un parti pris, un préjugé» vis-à-vis d'une partie non pas vis-à-vis d'un conseil¹⁸³. En ce qui concerne l'indépendance, il est notoire qu'elle s'apprécie avant tout à l'égard des parties¹⁸⁴. Selon lui, il ne faut pas assimiler l'avocat à la partie car le premier est un tiers à l'instance arbitrale et est lui-même tenu à un devoir d'indépendance vis-à-vis des parties avec lesquelles il ne se confond pas¹⁸⁵. Il n'y a donc pas lieu d'instituer un devoir d'indépendance autonome entre arbitre et conseil. La relation qui unit un arbitre à un conseil constitue tout au plus un élément pertinent pouvant être retenu pour apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre par rapport aux parties¹⁸⁶.

65. Ceci étant dit, il convient de se demander à présent si une relation qui unit un arbitre à un avocat doit faire l'objet d'une révélation? Dans le cas d'espèce, l'arbitre à l'instance avait été désigné à plusieurs reprises par le cabinet d'avocat auquel le conseil de la partie appartenait. Il s'agissait d'une relation d'affaire ne comportant aucun lien structurel entre l'arbitre et le cabinet. L'arbitre était professeur de droit et avait collaboré avec le cabinet d'avocats, ce qui est une pratique courante. La divulgation d'une telle collaboration à laquelle l'arbitre s'était sagement soumis paraît justifiée¹⁸⁷. T. CLAY considère lui que ce type de lien doit faire l'objet d'une révélation. La désignation répétitive d'un arbitre par un avocat ou un cabinet pose autant problème, si pas plus, que celle d'un arbitre par une partie¹⁸⁸. Il disait déjà en 2004 qu'«un arbitre systématiquement désigné par un avocat finira par être suspect, surtout s'il ne le révèle pas»¹⁸⁹.

¹⁸³ M. HENRY, « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente : de la rigueur à l'excès », *op. cit.*, p. 14.

¹⁸⁴ M. HENRY, « Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils : de la suggestion aux électrochocs », note sous CA Paris 10 mars 2011, *Cah. arb.*, 1 juillet 2011, n°3, p. 4.

¹⁸⁵ M. HENRY, « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente : de la rigueur à l'excès », *op. cit.*, p.13 ; M. HENRY, « Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils : de la suggestion aux électrochocs », *op. cit.*, n°3, p. 4.

¹⁸⁶ M. HENRY, « Portée du devoir d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre », note sous Cour Suprême de Suède, 19 décembre 2007, *LPA*, 3 octobre 2008, n°199, *Chronique de droit de l'arbitrage* n°3, p. 14.

¹⁸⁷ M. HENRY, « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente: de la rigueur à l'excès », *op. cit.*, p. 14

¹⁸⁸ T. CLAY, « IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2004 French », *Rev. arb.* 2004, p. 994

¹⁸⁹ *Ibid.*

66. Si une telle relation d'affaire doit être révélée, elle ne devrait par contre pas constituer une preuve de dépendance et de partialité de l'arbitre par rapport aux parties¹⁹⁰. M. HENRY estime que la conclusion de la cour est excessive dans l'affaire *Allaire*¹⁹¹. La transposition absolue des principes du courant d'affaires qui unit un arbitre à une partie à la *relation d'intérêts* qui unit l'arbitre à un conseil n'est pas heureuse¹⁹². Il est en effet d'usage qu'un avocat se tourne à plusieurs reprises vers un professeur d'université pour des considérations de probité et de sérieux que présentent la profession¹⁹³. D'autres circonstances auraient dû être prises en compte pour apprécier l'indépendance¹⁹⁴. Le fait que les désignations répétées ne soient plus actuelles et que plus aucun honoraire n'est dû à l'arbitre au moment où l'instance avait débutée auraient par exemple pu être retenus. Il n'était dès lors plus en position de dépendance économique vis-à-vis du cabinet¹⁹⁵. Il en irait peut-être autrement si des honoraires étaient encore dus au moment de l'introduction de la procédure¹⁹⁶. Le montant des honoraires pourrait lui aussi constituer un autre critère: un montant dérisoire même encore dû ne devrait pas entraîner de sanction¹⁹⁷. La décision de la cour apparaît lacunaire d'autant plus qu'il n'y avait pas de lien structurel¹⁹⁸ entre l'arbitre et le cabinet et une motivation circonstanciée aurait été plus que bienvenue¹⁹⁹.

4.1.9.2. L'affaire Tecso

67. Dans l'affaire *Tecso*, le lien qui unissait l'arbitre au cabinet d'avocats était quant à lui organique. L'arbitrage opposait la société *Tecso* à la société *Neoelectra Group*. *Tecso* pourtant triomphante à l'instance introduisit un recours en annulation auprès de la cour d'appel de Paris pour obtenir des dommages et intérêts²⁰⁰. Il était reproché à l'un des arbitres d'avoir exercé neuf ans auparavant dans le cabinet d'avocats *Freshfields* auquel appartenait le

¹⁹⁰ M. HENRY, « Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils : de la suggestion aux électrochocs », note sous CA Paris 10 mars 2011, *Cah. arb.*, 1 juillet 2011, n°3, p. 5

¹⁹¹ M. HENRY, « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente : de la rigueur à l'excès », *op. cit.*, pp. 13 et 14

¹⁹² E. KLEIMAN, *op. cit.*, p. 28 ; M. HENRY, « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente : de la rigueur à l'excès », *op. cit.*, p. 13.

¹⁹³ E. KLEIMAN, *ibid.* ; M. HENRY, note sous CA Paris, 29 janvier 2004, *op. cit.*, p. 734.

¹⁹⁴ M. HENRY, « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente : de la rigueur à l'excès », *op. cit.*, p. 14.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ E. KLEIMAN, *op. cit.*, p. 27.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 28.

²⁰⁰ M. HENRY, « Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils : de la suggestion aux électrochocs », *op. cit.*, p. 4.

conseil de *Neoelectra* et de ne pas l'avoir révélé²⁰¹. Au moment de l'introduction de l'instance, l'arbitre professeur universitaire n'était plus que ponctuellement interpellé par ce cabinet en vues de consultations juridiques. La cour annula la sentence au motif que le statut d'*of counsel* de l'arbitre auprès du cabinet en question faisait état d'un lien organique incompatible avec l'impératif d'indépendance. En principe, un lien organique passé doit être révélé et son défaut peut justifier une annulation²⁰². Toutefois, le cas d'espèce invitait à nuancer le principe par l'ancienneté des rapports qui avaient uni l'arbitre et le cabinet²⁰³. En ce qui concerne les consultations juridiques répétées, celles-ci avaient créé aux yeux de la cour une relation d'intérêts entre l'arbitre et le cabinet. À nouveau, la solution est discutable en ce que le petit nombre des consultations qui s'étaient étalées sur une période de neuf ans ne pouvait raisonnablement suffire à créer un véritable courant d'affaires²⁰⁴. A ceci s'ajoute le fait que l'avocat de la partie exerçait sa mission à titre personnel et non pas pour ce cabinet d'avocats²⁰⁵, ce qui venait également relativiser l'exigence.

68. De façon plus anecdotique, la question s'était posée dans l'affaire de savoir si le fait que l'arbitre président et l'avocat avaient été amis sur Facebook postérieurement à l'instance pouvait créer un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. La cour a jugé que ce n'était pas le cas. En aurait-il été autrement s'ils avaient été amis sur Facebook avant l'instance arbitrale²⁰⁶? La doctrine considère que les liens sociaux qu'ils soient professionnels, associatifs ou amicaux ne doivent pas faire l'objet d'une révélation et ne sont pas discriminants²⁰⁷ sous peine de tomber dans une régression infinie des éléments à révéler²⁰⁸.

69. Dans les affaires *Allaire* et *Tecso*, les arbitres étaient tous deux des professeurs universitaires. Un auteur pense que le juge aurait dû confronter le conflit d'intérêt à ce statut qui confère à l'arbitre des qualités « d'indépendance et de moralité incontestables »²⁰⁹

²⁰¹ E. KLEIMAN, *op. cit.*, p. 29.

²⁰² M. HENRY, « Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils : de la suggestion aux électrochocs », *op. cit.*, p. 5.

²⁰³ *Ibid.*, p. 6.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ E. KLEIMAN, *op. cit.*, p. 29.

²⁰⁷ M. HENRY, « Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils : de la suggestion aux électrochocs », *op. cit.*, p. 7.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 8.

²⁰⁹ E. KLEIMAN, *op. cit.*, p. 29.

n'entraînant « aucun risque de sujétion ou subordination »²¹⁰. F.Z. SLAOUI défend un autre point de vue. Selon elle, il ne faut recourir qu'à des critères objectifs lorsqu'on apprécie l'indépendance. Des circonstances comme les compétences professionnelles ou autres qualités subjectives de l'arbitre ne doivent pas entrer en ligne de compte²¹¹.

4.1.9.3. L'affaire *Tecnimont*

70. L'arbitrage contesté *Tecnimont* apporte également des enseignements en ce qui concerne les liens existant entre un arbitre et un conseil. Il s'agit d'un arbitrage organisé sous l'égide de la CCI et initié par la société *Tecnimont* qui engageait la responsabilité d'*Avax*. En début d'instance, la société défenderesse *Avax* doute de l'indépendance de l'arbitre et saisit la Cour de la CCI afin de le récuser, mais le délai imposé par le règlement de la CCI pour agir de la sorte était dépassé²¹². Le tribunal arbitral rend sa sentence en faveur de *Tecnimont*. *Avax* saisit alors la cour d'appel de Paris au motif que S. JARVIN n'avait pas révélé les liens que le cabinet d'avocats dans lequel il exerçait, avait entretenu et entretenait toujours avec la société *Tecnimont*. S. JARVIN était avocat *of counsel* dans le bureau parisien du cabinet international *Jones Day*. Il avait, préalablement à l'acceptation de sa mission, déclaré ce qui suit : « l'année dernière, les bureaux de Washington et de Milan de Jones Day ont assisté la société mère de *Tecnimont* dans une affaire qui est aujourd'hui terminée. Je n'ai jamais travaillé pour ce client »²¹³. La cour d'appel a cependant estimé que cette déclaration était imprécise et non exhaustive et ne se conformait pas suffisamment à l'exigence de la révélation. Au fil de la procédure il apparut que le cabinet *Jones Day* avait également défendu et défendait toujours plusieurs filiales de la société *Tecnimont*. La cour conclut à l'irrégularité de la composition du tribunal et annule la sentence.

Un pourvoi est introduit par la société *Tecnimont* auprès de la Cour de cassation sur base de deux motifs. Premièrement, la société *Tecnimont* estime que la société *Avax* est déchue de son droit à invoquer l'annulation parce qu'elle aurait dû saisir à nouveau la cour d'arbitrage en temps utile. Ensuite, elle estime que l'arbitre ne devait pas révéler de tels liens et n'avait pas manqué à son devoir d'indépendance. La Cour casse l'arrêt de la cour d'appel

²¹⁰ *Ibid.* ; S. MENETREY, *op. cit.*, p. 457.

²¹¹ F.-Z. SLAOUI, *op. cit.*, p. 117.

²¹² E. KLEIMAN, *op. cit.*, p. 30.

²¹³ CA Paris, 12 février 2009, n° 07/22164.

pour avoir statué *ultra petita*²¹⁴ mais ne se prononce pas sur ces deux questions²¹⁵. L'affaire est renvoyée devant la cour d'appel de Reims²¹⁶ et la sentence est à nouveau annulée.

71. Les décisions des deux cours d'appel sont critiquables en plusieurs points. D'abord, elles s'inscrivent dans la tendance du glissement de l'indépendance vers le devoir de révélation que nous avons constaté dans les précédentes affaires. Certains auteurs vont même jusqu'à dire que le devoir de révélation a remplacé celui de l'indépendance et constitue le seul critère d'appréciation pertinent²¹⁷. Dans l'arrêt *Tecnimont*, la Cour déduit de l'imprécision de la déclaration d'indépendance un défaut d'indépendance et annule machinalement la sentence. Cette jurisprudence accorde trop d'importance aux apparences et aux seuls soupçons de dépendance²¹⁸ alors que personne ne doutait réellement de la capacité de S. JARVIN à effectuer sa mission de façon indépendante et impartiale²¹⁹. Certaines circonstances du cas d'espèce venaient atténuer l'imprécision de la déclaration d'indépendance.

A cette confusion déplorable s'ajoute le fait que les cours d'appel étendent considérablement le contenu de l'obligation de révélation. En effet, ce qui est inédit dans l'affaire *Tecnimont* est que les liens en cause n'étaient pas personnels, voire étaient ignorés de S. JARVIN²²⁰. On attend donc des arbitres qu'ils révèlent non seulement des éléments qui ne les concernent pas directement, mais également des éléments qu'ils ignorent, tâche pour le moins complexe ... Elle est d'autant plus lourde qu'elle doit être effectuée de façon continue car comme il a été dit, l'obligation de révélation perdure tout au long de l'instance arbitrale²²¹. L'arbitre doit mettre à jour sans cesse son indépendance en investiguant profondément les liens nouveaux qui se créeraient entre son cabinet d'avocats et une des parties à l'instance. La lourdeur de l'extension de son contenu est accentuée par l'actualisation de la révélation. Appliqué aux faits de l'espèce, cela signifie que l'arbitre aurait dû investiguer plus encore au sein de son cabinet pour s'assurer qu'il n'y avait pas d'autres dossiers impliquant *Tecnimont* et ses sociétés liées, mères ou filles, qui auraient été confiés à d'autres avocats de *Jones Day*. Et ceci, tout au long de sa mission arbitrale.

²¹⁴ S. MENETREY, *op. cit.*, p. 453.

²¹⁵ E. KLEIMAN, *op. cit.*, p. 30 ; S. MENETREY, *ibid.*, p. 453.

²¹⁶ CA Reims, 2 novembre 2011, n°10/02888, Avax c/ Tecnimont

<http://www.ohada.com/content/newsletters/1334/Arret-Avax-Tecnimont-CApp-Reims-2-novembre-2011.pdf>.

²¹⁷ T. CLAY, note sous C.A. Paris (1^{er} Ch. civ), 12 février 2009, *Rev. arb.*, 2009, n°1, pp. 191 et 192.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Ibid.*, p. 192.

²²⁰ *Ibid.*, p. 195 et 196.

²²¹ V. *supra*, n°

72. A l'heure actuelle où les cabinets d'avocats s'internationalisent et disposent des bureaux disséminés partout dans le monde, les possibilités de conflits d'intérêts sont de plus en plus grandes²²². Les chances qu'un dossier soit confié à un des bureaux *Jones Day* et concerne indirectement la société *Tecnimont* via une de ses filiales sont considérables et celles que l'arbitre les ignorent, encore plus. *Avax* critiquait notamment le fait que le bureau chinois de *Jones Day* avait conseillé la société *Tecnimont* et le consortium composé de cette dernière et de sa société mère *Sofregaz* pour le projet « Fujian » en Chine²²³. On voit bien à quel point le lien est éloigné par rapport à S. JARVIN qui n'a jamais été directement concerné par les dossiers *Tecnimont*. Comment l'arbitre aurait pu légitimement savoir qu'un dossier avait été confié à un des bureaux de son cabinet qui compte plus de 2200 avocats²²⁴ ? Cela revient à exiger de l'arbitre qu'il passe plus de temps à investiguer pour éviter tout conflit d'intérêt plutôt que d'effectuer sa mission arbitrale²²⁵. T. CLAY en vient même à la conclusion que ce renforcement pousserait les avocats à refuser des missions arbitrales par peur de se faire récuser ou de voir leur sentence annulée, tant les probabilités de conflits d'intérêts sont grandes²²⁶.

73. Un des moyens à la portée des arbitres pour s'assurer qu'un collègue n'a pas travaillé pour une des parties impliquées dans l'arbitrage est la procédure interne aux firmes d'avocats privées de *conflict checks*²²⁷. Cette procédure permet aux avocats de prendre connaissance des éventuels conflits d'intérêts. Mais ces *conflict checks*, contiennent leurs propres standards qui n'atteignent pas spécialement ceux de l'indépendance et de l'impartialité et ne sont donc pas opposables au juge²²⁸. De plus, le fonctionnement des *conflict checks* n'est souvent pas suffisamment performant pour détecter la naissance d'un nouveau conflit d'intérêt qui interviendrait en cours de procédure²²⁹. Son efficacité se limite au stade de la désignation²³⁰. Il ressortirait de la responsabilité des cabinets d'avocats d'améliorer leurs systèmes internes de détection pour éviter toute surprise²³¹. Or le cabinet

²²² B. LE BARS et J. JUVENAL, *op. cit.*, p. 2437.

²²³ T. CLAY, note sous C.A. Paris (1^{er} Ch. civ), 12 février 2009, *op. cit.*, p. 190.

²²⁴ *Ibid.*, p. 200.

²²⁵ *Ibid.*, p. 198.

²²⁶ *Ibid.*, p. 200.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ A. CRIVELLARO, « Does the arbitrator's failure to disclose conflicts of interest fatally lead to annulment of the award ? The approach of the European State Courts », *Arbitration Brief*, vol. 4. Issue 1, 2014, p. 139.

²³⁰ *Ibid.*, p. 139.

²³¹ T. CLAY, note sous C.A. Paris (1^{er} Ch. civ), 12 février 2009, *op. cit.*, p. 200.

d'avocats n'est pas partie au contrat arbitral, conclu personnellement entre l'arbitre et les parties²³². Au mieux, le recours au *conflict checks* constituerait un moyen pour l'arbitre de prouver sa bonne foi²³³.

74. Si S. JARVIN est lié structurellement au cabinet *Jones Day* par son statut d'avocat dit *of counsel* et que ce statut témoigne *a priori* d'une situation de dépendance, il y a toutefois lieu de se pencher sur ce que revêt réellement cette position. Elle a pour principal avantage de permettre à un juriste d'exercer sa mission que lui confie le cabinet d'avocats de façon indépendante. L'avocat bénéficie d'une certaine autonomie et n'est pas intéressé par les bénéfices de l'entreprise à la différence d'un associé²³⁴. La difficulté survient du fait qu'il n'y a pas de traduction française de cette notion. Elle peut désigner à la fois un consultant, un ancien avocat collaborateur, mais qui n'est pas un associé ou en encore un ancien avocat associé²³⁵. Sur ce point, la cour d'appel de Reims considère que le degré d'association au sein du cabinet est indifférent²³⁶.

75. L'extension de la liste des conflits d'intérêts présente également une autre difficulté. Les parties ont désormais plus de motifs d'annulation à leur disposition. Le risque est qu'une partie, pressentant une sentence défavorable, saute sur n'importe quel prétexte pour déstabiliser l'arbitre²³⁷. Après la reddition de la sentence, les vannes de contestation sont également plus nombreuses. Le risque des manœuvres dilatoires et la mauvaise foi des parties est donc plus grand. En effet, on ne peut écarter l'hypothèse d'une partie qui garde sous sa manche un motif de récusation et si d'aventure elle succomberait à l'instance, le transformerait en un motif d'annulation de la sentence. Cette hypothèse se posait dans l'affaire *Tecnimont*. Certains motifs n'avaient pas été soulevés devant la CCI par la société *Avax* alors qu'ils auraient pu l'être. La question était de savoir si la partie peut ensuite invoquer ce motif pour annuler la sentence devant le juge de recours. La doctrine considère que l'absence de contestation devant le juge de récusation emporte renonciation d'invoquer le fait devant le juge d'annulation²³⁸.

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.*, p. 201.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Ibid.*, p. 201.

²³⁶ CA Reims, 2 novembre 2011, n°10/02888, p. 8 : <http://www.ohada.com/content/newsletters/1334/Arret-Avax-Tecnimont-CApp-Reims-2-novembre-2011.pdf>.

²³⁷ T. CLAY, note sous C.A. Paris (1^{er} Ch. civ), 12 février 2009, *op. cit.*, p. 196.

²³⁸ *Ibid.*, p. 194.

La justification de ce raisonnement est d'ordre contractuel. Les parties ont en effet choisi de se soumettre au règlement d'arbitrage de la CCI qui contient l'obligation d'invoquer un motif d'irrégularité dès qu'une partie en a connaissance²³⁹. Adopter une position différente reviendrait à nier le règlement d'arbitrage et par conséquent le contrat lui-même²⁴⁰. La cour d'appel de Paris ne s'est malheureusement pas prononcée sur cette question. Par contre, la décision de la CCI qui rejette la demande en récusation pour tardiveté ne lie pas le juge d'annulation: en ce qui concerne ces faits, les parties sont en droit de les soulever à nouveau pour appuyer leur action en annulation²⁴¹. La Haute juridiction administrative a malheureusement semé le trouble lorsqu'elle a énoncé que : « *la quasi-totalité des faits dénoncés figurait dans la requête en récusation déposée devant le Cour d'arbitrage de la CCI* »²⁴². Pris à la lettre, cela signifierait que la décision de la cour d'arbitrage lierait le juge d'annulation. La cour d'appel de Reims amenée à trancher la question de la recevabilité du recours en annulation s'est elle fondée sur le fait qu'*Avax* avait pris le soin de réserver ses droits vis-à-vis des faits qu'elle n'avait pas soulevés devant le centre d'arbitrage, pour recevoir l'action²⁴³. Selon la doctrine, cette technique ne devrait pourtant pas avoir pour effet de faire échec à la renonciation au droit d'invoquer un fait qui découle de l'inaction de la partie succombante²⁴⁴.

76. Tout ceci prouve que l'attitude d'une partie tout au long de la procédure d'arbitrage entre en ligne de compte lors de l'appréciation d'un litige. Certains commentateurs constatent le retour en force de la bonne foi en justice contractuelle et dans la sphère commerciale internationale de manière générale²⁴⁵. Son rôle est de nuancer le *pacta sunt servanda*, la liberté contractuelle des parties²⁴⁶. Si l'arbitrage a pour avantages la liberté et l'autonomie, la bonne foi viendra elle remettre les pendules à l'heure en cadrant les dérives des parties ou de l'arbitre. Dans le cas d'espèce, S. JARVIN avait fait preuve d'honnêteté en révélant d'emblée les faits dont il avait connaissance et avait même reconnu dans sa

²³⁹ *Ibid.*, p. 194.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2010, Pan., p. 2939.

²⁴³ S. MENETREY, *op. cit.*, p. 453.

²⁴⁴ T. CLAY, note sous C.A. Paris (1^{er} Ch. civ), 12 février 2009, *op. cit.*, p. 194.

²⁴⁵ D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *op. cit.*, p. 647 ; D. COHEN, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance » in *Le Bicentenaire du code civil 1804-2004 un passé un présent un avenir*, Paris, Dalloz, 2004

²⁴⁶ D. COHEN, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », *ibid.*, p. 525.

déclaration les désagréments qu'ils pouvaient susciter à l'égard de la société *Avax*²⁴⁷. S'il avait dissimulé ces faits, on aurait par contre relevé sa mauvaise foi²⁴⁸.

77. Une dernière question se pose dans l'affaire *Tecnimont*. C'est celle de la confusion entre la mission d'avocat et la mission d'arbitre. S. JARVIN n'était-il pas capable de faire la part des choses entre ses fonctions d'avocats et celles d'arbitre?

Sur ce point, la jurisprudence belge peut être citée. Un arbitrage d'investissements opposait la République de Pologne à la société *Eureko BV*. La demanderesse invoquait le manque d'indépendance de l'arbitre qui entretenait des relations professionnelles avec le cabinet d'avocats *Sidley Austin Brown and Wood* qui avait pour cliente la société *Eureko BV*. Elle avait engagé une procédure en récusation devant le Tribunal de première instance de Bruxelles qui avait déclaré sa demande non fondée. Elle fit alors appel de la décision auprès de la cour d'appel de Bruxelles. Celle dernière confirma la décision du TPI et jugea que la relation d'intérêts était sans pertinence car «*en tant qu'arbitre, M.S. a sa propre intégrité professionnelle qui, lorsqu'il est arbitre peut être considérée comme plus importante que les sensibilités et les buts qu'il poursuit en tant qu'avocat, et qu'il peut partager avec les membres du cabinet Sidley Austin Brown and Wood*»²⁴⁹. En d'autres termes, la cour entend distinguer la mission d'arbitre de celle d'avocat qui n'appelle pas les mêmes enjeux. La jurisprudence belge apparaît plus nuancée et pragmatique que la jurisprudence française en ce qu'elle considère que le lien de dépendance ne permet pas de douter de la capacité de l'arbitre à aborder le fond de l'affaire sans parti pris.

4.1.10. Limites à l'obligation de révélation

78. A l'issue de toutes ces affaires, force est de constater qu'il est délicat de fixer des critères objectifs pour apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Cependant, il existe des limites certaines à l'obligation de révélation qui n'est pas absolue. Certains liens ne doivent pas être révélés.

²⁴⁷ S. JARVIN s'était exprimé à propos des éléments révélés : «*je n'exclus pas qu'une partie puisse voir dans cette situation une incompatibilité avec l'exigence d'indépendance* », CA Paris, 12 février 2009, n°07/22164.

²⁴⁸ B. LE BARS et J. JUVENAL, *op. cit.*, p. 2438.

²⁴⁹ CA Paris, 12 février 2009, n°07/22164.

4.1.10.1. La notoriété

79. La première limite comprend les faits qui sont notoires²⁵⁰. La notoriété se définit généralement par ce qui est connu d'un très grand nombre de personnes et qui n'est pas contesté²⁵¹. La difficulté en jurisprudence est de déterminer ce qui est ou n'est pas notoire.

80. Un arrêt de la cour d'appel de Colmar²⁵² illustre cette première limite. Il s'agissait d'un arbitrage dans le domaine commercial qui opposait des sociétés exploitantes de supermarchés à la coopérative *Système U EST*. Au cours de l'instance arbitrale, les sociétés exploitantes ont saisi le juge d'appui en référé parce qu'elles venaient d'apprendre que le conseil de *Système U* appartenait au cabinet d'avocat auquel l'arbitre président était associé. Elles entendaient récuser l'arbitre car elles estimaient que «*cette appartenance était susceptible de porter atteinte à l'indépendance objective et apparente que l'arbitre doit présenter*»²⁵³. Selon les demanderesses, l'arbitre aurait dû révéler cette appartenance. Leur demande fut toutefois rejetée par le juge d'appui car les requérantes n'avaient pas introduit cette demande en temps utile, c'est-à-dire avant la mise en délibéré. Ils forment ensuite un appel en nullité auprès de la cour de Colmar qui les déboute également. Devant cette cour, les sociétés prétendent n'avoir eu fortuitement connaissance de cette cause de récusation qu'après la mise en délibéré de l'arbitrage. Il ressort toutefois des éléments soumis à la cause qu'elles savaient pertinemment que le conseil de *Système U* appartenait au cabinet international en question et ce, bien avant la désignation du président arbitre. Leur avocate avait déjà eu affaire au conseil de *Système U* en 2006, les parties ne pouvaient dès lors l'ignorer. Ces liens notoires, connus de tous, ne devaient pas faire l'objet d'une révélation de la part de l'arbitre²⁵⁴.

81. Un autre arrêt rendu cette fois par le Tribunal Fédéral Suisse²⁵⁵ est également éclairant. Il s'agissait d'un recours en annulation introduit à l'encontre d'une sentence arbitrale qui avait été délivrée par le Tribunal Arbitral Sportif basé à Lausanne. Le différend

²⁵⁰ E. KLEIMAN, *op. cit.*, p. 31.

²⁵¹ Définition du dictionnaire Larousse.

²⁵² CA Colmar, 8 février 2011, *Rev. arb.*, 2011, Issue 3, p. 724.

²⁵³ CA Colmar, 8 février 2011, *Rev. arb.*, 2011, Issue 3, p. 725.

²⁵⁴ S. MENETREY, *op. cit.*, p. 459.

²⁵⁵ Tribunal Fédéral Suisse, 20 mars 2008, ATF, 4A_506/2007, disponible sur <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>.

opposait un organisateur suisse de matchs de football à la Fédération Turque de football. Le tribunal constitué conformément aux règles internes du TAS débouta l'organisateur suisse qui entendit critiquer cette condamnation auprès du Tribunal Fédéral Suisse. L'organisateur alléguait la partialité de l'arbitre au motif que son avocat avait découvert postérieurement à la sentence la circonstance que le président du tribunal ainsi que l'avocat et l'arbitre désigné par le défendeur étaient tous membres d'une même association sportive. Ces liens associatifs n'avaient pas fait l'objet d'une révélation par les membres du tribunal. Devaient-ils être révélés? Le Tribunal Fédéral estima que cette appartenance n'est «*pas propre en soi à fonder une demande de récusation de la formation et elle n'obligeait pas non plus les arbitres membres de l'Association à faire état de cette affiliation dans leurs déclarations respectives*»²⁵⁶.

82. Cet arrêt a ceci d'inédit qu'il fait référence pour la première fois aux *IBA guidelines* pour étayer sa motivation²⁵⁷. Les liens existant entre les arbitres eux-mêmes et ceux entre arbitre et conseil dans le cadre d'une association professionnelle et sociale se trouvent dans la liste verte des lignes directrices²⁵⁸. Aux termes de celles-ci, un tel rapport ne doit pas être révélé et ne constitue pas davantage un élément discriminant²⁵⁹. Après avoir vanté les bienfaits de ces lignes directrices et reconnu son caractère de *soft law*, le Tribunal s'appuie clairement sur celles-ci pour motiver sa décision²⁶⁰.

83. D'un point de vue procédural et, tout comme dans l'arrêt *Système U*, la question de la connaissance des faits par les parties s'est posée. Le Tribunal Fédéral doute de la découverte soi-disant fortuite de l'organisation au sujet de l'appartenance. Pour justifier sa décision, le Tribunal se lance dans une description minutieuse des éléments témoignant du caractère accessible de l'information. Elle relève entre autres le caractère ordinaire du litige relatif à un contentieux commercial où les parties sont sur un même pied d'égalité qu'elle oppose aux arbitrages purement sportifs qui ont d'habitude lieu devant le TAS, mais qui mettent en scène de façon déséquilibrée un simple sportif à une puissante fédération

²⁵⁶ Tribunal Fédéral Suisse, 20 mars 2008, *ATF*, 4A_506/2007, cons. 3.3.2.2, §3.

²⁵⁷ A. RIGOZZI, « Chronique de jurisprudence 3/7/2008- Application des IBA Guidelines On Conflicts of Interests devant le tribunal fédéral et la spécificité de l'arbitrage sportif », *Gaz. Pal.*, 2008, n°185, p. 8.

²⁵⁸ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2014, Green List, 4.3.1 : « *The arbitrator has a relationship with another arbitrator, or with the counsel for one of the parties, through membership in the same professional association, or social or charitable organisation, or through a social media network* ».

²⁵⁹ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2014, Part II: Practical Application of the General Standards, §7 ; E. KLEIMAN, *op. cit.*, p. 31 ; A. RIGOZZI, *op. cit.*, p. 8.

²⁶⁰ A. RIGOZZI, *ibid.*

internationale sportive²⁶¹. Dans les conditions du cas d'espèce, le Tribunal estime qu'il est justifié d'attendre de l'organisation qu'elle investigue un minimum. Il ajoute que le site internet du TAS est accessible au public et contient de nombreuses informations sur son fonctionnement et ses arbitres et notamment le fait que l'arbitre président est président de l'association sportive en question²⁶². Le Tribunal Fédéral estime donc l'information notoire, circonstance qui fait échec au devoir de révélation. Plus encore, le Tribunal estime que, si la circonstance n'était pas connue de la partie, elle aurait à tout le moins dû l'être²⁶³. Enfin, l'organisation ne l'ayant pas soulevé en temps utile, elle est présumée y avoir renoncé.

Cette règle d'origine jurisprudentielle est expressément consacrée à l'article R.34 du Code du TAS qui dispose que «la récusation doit être requise dans les sept jours de la connaissance de la cause de récusation»²⁶⁴. Tout ceci constitue aux termes de la juridiction suisse une application du principe de bonne foi à la procédure arbitrale²⁶⁵. Ne pas soulever immédiatement le fait peut constituer, selon le Tribunal, une manœuvre abusive tenant à différer intentionnellement la cause de récusation dans l'hypothèse où les choses tourneraient mal²⁶⁶. Cette référence à la bonne foi avait déjà été évoquée dans l'affaire *Tecnimont*. Elle a trait également à la loyauté procédurale qui se développe dans le monde de l'arbitrage en réplique aux manœuvres purement processuelles qui déstabilisent la sérénité de la justice²⁶⁷. La doctrine parle de dégradations des mœurs pour décrire ce phénomène²⁶⁸. En France, c'est l'article 1466 nouveau de code de procédure civile qui consacre ce principe de loyauté²⁶⁹ : «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». Le principe de loyauté procédurale vient dans une certaine mesure tempérer l'impératif d'indépendance, ce qui est positif²⁷⁰.

²⁶¹ Tribunal Fédéral Suisse, 20 mars 2008, *ATF*, 4A_506/2007, cons. 3.2.

²⁶² Tribunal Fédéral Suisse, 20 mars 2008, *ATF*, 4A_506/2007, cons. 3.2.

²⁶³ Tribunal Fédéral Suisse, 20 mars 2008, *ATF*, 4A_506/2007, cons. 3.2.

²⁶⁴ Code du TAS, R.34.

²⁶⁵ Tribunal Fédéral Suisse, 20 mars 2008, *ATF*, 4A_506/2007, cons. 3.1.2.

²⁶⁶ Tribunal Fédéral Suisse, 20 mars 2008, *ATF*, 4A_506/2007, cons. 3.1.2.

²⁶⁷ D. COHEN, «Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *op. cit.*, p. 647 à 652.

²⁶⁸ *Ibid.*, pp. 648 et 649.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 650.

²⁷⁰ *Ibid.*

4.1.10. 2. Liens intellectuels et « Issue conflicts »

84. Nous avons vu dans les arrêts qui précèdent que la jurisprudence française est sévère lorsqu'elle constate un courant d'affaires entre un arbitre et une partie ou un conseil. Les liens économiques sont appréciés strictement. D'autres types de liens peuvent toutefois se nouer entre ces acteurs. Les arbitres qu'ils soient avocats, anciens avocats ou professeurs d'université participent à des colloques pour réfléchir sur des questions de droit et écrivent ensemble des articles publiés dans les revues juridiques. Toutes ces participations et activités créent inévitablement des liens scientifiques. Il y a de fortes chances qu'un arbitre ait déjà rencontré un avocat au cours d'un colloque et qu'ils se retrouvent tous deux acteurs d'une procédure d'arbitrage. Ces liens doivent-ils être révélés afin que les parties puissent apprécier les qualités de l'arbitre? Créent-ils des doutes dans l'esprit des parties? Les activités scientifiques ne tombent pas sous le joug de la révélation. En France, il a été jugé dans l'arrêt *Sobriror*²⁷¹ que l'appartenance de deux arbitres à un comité scientifique d'une revue juridique n'interférait pas avec la fonction d'arbitre²⁷².

85. En ce qui concerne la prise de position antérieure sur une question de droit, la Cour de cassation a tranché la question dans l'arrêt *Papillon* du 29 juin 2011²⁷³. La société panaméenne *PGC* dont le QG se situait dans l'Ohio aux USA avait conclu divers contrats marketing avec le comité de pub *Golan* qui agissait sous la présidence de la République Arabe de Syrie. Suite à un différent survenu entre les parties, *PGC* saisit le tribunal arbitral afin de condamner *Golan* et la RAS. Sa demande en annulation fut rejetée, le tribunal s'estimant incompétent pour juger de la RAS et déclarant une partie des demandes prescrites. Un recours en annulation de cette sentence fut ensuite introduit par *PGC* auprès de la Cour d'appel de Paris. Un des moyens soutenu à la cause par *PGC* était que le président-arbitre n'avait pas révélé avoir écrit deux articles de presse concernant le conflit géopolitique israélo-palestinien, ce qui faisait, à son sens, douter de l'indépendance et de l'impartialité de ce dernier. Il expliquait que le contenu des articles dénigrant Israël et les USA indiquaient que le président arbitre soutenait clairement la cause syrienne. La cour d'appel rejeta la demande en annulation de *PGC*, un pourvoi en cassation est introduit par *PGC*. La Cour de cassation estima que la cour d'appel avait correctement jugé lorsqu'après avoir énoncé que « la société

²⁷¹ CA Paris, 1er juillet 2011, n° 10/10402.

²⁷² PH. PINSOLLE, « Obligation de révélation et issue conflicts », note sous CA Paris 10 mars 2011, *LPA*, 14/11/2011, n°226, pp. 10 et 11.

²⁷³ Cass., 29 juin 2011, n° 09-17.346, *Sté Papillon Group Corporation*, inédit.

panaméenne impliquée dans un litige relatif à un contrat de marketing n'est en rien concerné par le conflit israëlo-palestinien, à propos duquel M X avait écrit deux articles de presse concernant la situation géopolitique de la région, sans se révéler être un zélateur de la cause syrienne », elle déduit qu'aucun manque d'indépendance n'est démontré. La Cour de cassation reprend à son compte ce raisonnement et estime qu'il n'y a pas lieu d'analyser le contenu des articles contrairement à ce que soutenait PGC dans son moyen en cassation. Le moyen n'est pas accueilli.

86. Il résulte de cet arrêt qu'une prise de position politique dans un article constitue une exception objective à l'obligation de révélation²⁷⁴. La Cour exige une démonstration plus élevée de l'impact de ces positions doctrinales antérieures sur le jugement de l'arbitre²⁷⁵. Il s'agit en réalité d'une question d'impartialité objective²⁷⁶. On évalue ici la capacité pour un arbitre d'aborder une question de droit sans parti pris²⁷⁷.

4.1.10.3. Cercle restreint, contexte et rareté

87. Le troisième point consiste à se demander s'il n'y a pas lieu de tenir compte du contexte de l'arbitrage et de ses spécificités pour apprécier l'indépendance et l'impartialité. Il y a des arbitrages techniques et corporatifs qui impliquent nécessairement une répétition dans la désignation des arbitres vu le nombre restreint d'arbitres spécialisés et disponibles. Les parties ou les conseils sont contraints de recourir aux mêmes arbitres et les juridictions font preuve de plus de souplesse dans l'appréciation de l'indépendance et de l'impartialité.

88. La Suisse adopte cette approche nuancée et souple. Dans l'arrêt *Football* commenté ci-avant²⁷⁸, lorsque le Tribunal fédéral analyse l'argument relatif à la composition irrégulière du TAS, elle commence par rappeler qu'un tribunal arbitral doit présenter les mêmes garanties qu'un tribunal étatique et que les mêmes règles doivent s'appliquer indistinctement²⁷⁹. Il nuance ensuite directement son propos en ajoutant qu'il « *convient toutefois de tenir compte des spécificités de l'arbitrage, et singulièrement de l'arbitrage*

²⁷⁴ PH. PINSOLLE, *op. cit.*, p. 11 ; M. HENRY, « Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils : de la suggestion aux électrochocs », *op. cit.*, p. 2.

²⁷⁵ E. KLEIMAN, *op. cit.*, p. 33.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 33 *in fine* ; V. *supra*, n° 20 et 21.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ V. *supra*, n° 81

²⁷⁹ A. RIGOZZI, *op. cit.*, p. 7.

international, lors de l'examen des circonstances de cas concret »²⁸⁰. Le Tribunal suisse laisse supposer qu'une analyse plus souple et plus circonstanciée se justifie par le contexte de l'arbitrage international²⁸¹. Il est en effet constant en Suisse que la jurisprudence tient compte du «*cercle restreint de l'arbitrage international où les rencontres sont fréquentes*»²⁸² lorsqu'elle apprécie les garanties fondamentales d'indépendance et d'impartialité.

Au sein même du particularisme de l'arbitrage international, elle reconnaît les aspects encore plus spécifiques des arbitrages sportifs dont le cercle est encore plus restreint. En effet, le TAS impose ses listes fermées aux parties qui n'ont d'autres choix que de se « servir » de ces listes. Il convient de tenir compte de ces spécificités même si le Tribunal ajoute prudemment «*qu'elles ne justifient pas en soi de se montrer moins exigeant en matière d'arbitrage sportif qu'en matière d'arbitrage commercial* »²⁸³. Un auteur est d'avis que ces listes fermées devraient justifier une appréciation plus stricte dans l'appréciation de l'indépendance²⁸⁴.

89. Dans cette affaire, le recourant dénonçait le caractère systématique des désignations dans le milieu sportif avançant des arrangements entre les membres de l'Association sportive dont les arbitres et le conseil faisaient partie. Il faisait état du fait que huit membres de cette association qui compte seulement vingt-six membres figuraient sur la liste du TAS et expliquait que dans le cadre des procédures arbitrales de l'institution, les avocats affiliés à cette association nommaient systématiquement un arbitre faisant partie lui aussi de l'association²⁸⁵. Le requérant concluait au caractère opaque et secret de l'association dont les membres se favoriseraient entre eux²⁸⁶. Toutes ces allégations furent rapidement écartées par le Tribunal qui estimait qu'elles n'étaient pas suffisamment démontrées²⁸⁷. Le Tribunal exige que pour douter de l'indépendance des personnes affiliées à cette association, la partie doit apporter la preuve que ces arbitres tranchent systématiquement en faveur de la partie dont le conseil appartient également à l'association²⁸⁸. Comme le soulève A. RIGOZZI, il

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² *Ibid.* ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 372.

²⁸³ Tribunal Fédéral Suisse, 20 mars 2008, *ATF*, 4A_506/2007, cons. 3.1.1 ; A. RIGOZZI, *op. cit.*, p. 7

²⁸⁴ A. RIGOZZI, *op. cit.*, p. 7.

²⁸⁵ Tribunal Fédéral Suisse, 20 mars 2008, *ATF*, 4A_506/2007, cons. 3.3.1.

²⁸⁶ Tribunal Fédéral Suisse, 20 mars 2008, *ATF*, 4A_506/2007, cons. 3.3.1 et 3.3.2.2 §4.

²⁸⁷ Tribunal Fédéral Suisse, 20 mars 2008, *ATF*, 4A_506/2007, cons. 3.3.2.1.

²⁸⁸ Tribunal Fédéral Suisse, 20 mars 2008, *ATF*, 4A_506/2007 ; A. RIGOZZI, *op. cit.*, p. 8.

est excessif de vouloir faire porter une telle charge sur les épaules des parties. Au sein du TAS, les arbitres d'une formation ne peuvent pas rédiger d'opinions dissidentes, il n'est donc pas possible d'établir pour qui l'arbitre a tranché. D'autant plus que le délibéré est secret au sein du TAS²⁸⁹.

Au sujet des désignations répétées, les lignes directrices de l'IBA doivent à nouveau être citées. Le point 3.1.3 de la liste orange qui a trait aux désignations systématiques comporte une exception relative aux domaines qui n'offrent qu'un petit groupe d'arbitres spécialisés. Dans ce cas, «*if in such fields it is the custom and practice for parties to frequently appoint the same arbitrator in different cases, no disclosure of this fact is required, where all parties in the arbitration should be familiar with such custom and practice*»²⁹⁰. Le contentieux sportif est visé au même titre que le contentieux maritime et celui des *commodities*²⁹¹. La singularité de ces contentieux justifie selon les lignes directrices que la désignation systématique ne soit pas révélée.

90. Si on admet de tempérer l'exigence de la révélation et celle d'indépendance dans le cadre d'arbitrages spécialisés, pourquoi ne pas adopter la même attitude vis-à-vis des avocats, des juristes et des professeurs qui sont également des spécialistes²⁹² ?

On se rappelle sur ce point l'affaire *Cts Allaire*. L'arbitre était un professeur respecté mais la Cour n'a pas entendu faire preuve de souplesse. Au contraire, elle a même consacré de façon catégorique que l'obligation de révélation s'étendait à la relation qui unissait cet arbitre à l'avocat. La qualité de professeur n'y changeait rien, ce qui était regrettable²⁹³. Ces éléments de contexte et de notoriété auraient dû à tout le moins tempérer la rigueur de la sanction²⁹⁴.

T. CLAY estime quant à lui qu'il est important que les liens entre arbitres et avocats soient révélés et que c'est notamment le cas pour les magistrats français²⁹⁵. Plusieurs éléments expliquent la réticence dont font preuve les arbitres internationaux à ce sujet. La pratique

²⁸⁹ A. RIGOZZI, *ibid.*, p. 8.

²⁹⁰ IBA Guidelines On Conflicts of Interest in International Arbitration, Orange List, 3.1.3, Exception, fn. 5.

²⁹¹ IBA Guidelines On Conflicts of Interest in International Arbitration, Orange List, 3.1.3, Exception, fn. 5.

²⁹² D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *op. cit.*, p. 644.

²⁹³ E. KLEIMAN, *op. cit.*, p. 29.

²⁹⁴ D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *op. cit.*, p. 644.

²⁹⁵ T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *op. cit.*, p. 2939.

démontre que ce sont les avocats qui choisissent les arbitres non pas les parties²⁹⁶ et qu'ils se tournent systématiquement vers les mêmes arbitres. Ce sont toujours les mêmes acteurs qui sont en jeu. Mais à partir du moment où on exige la révélation de tels liens, les parties désormais informées, exprimeront peut-être le désir de se tourner vers un nouvel arbitre. De nouveaux acteurs entrent en scène, ce qui n'arrange forcément les anciens²⁹⁷. La tendance qu'ont les acteurs de l'arbitrage à se tenir les uns les autres à l'image d'une corporation est souvent dénoncée²⁹⁸. Ils préservent leurs intérêts est c'est ce que l'organisation sportive dénonçait vis-à-vis de l'association sportive et la liste imposée par le TAS.

91. L'arrêt *Mytilineos*²⁹⁹ vient également tempérer l'obligation de révélation. La société grecque *Mytilineos* avait été condamnée par une sentence arbitrale rendue par un tribunal *ad hoc* suivant les règles de la CNUDCI. Elle découvrit après la sentence que l'arbitre qu'elle avait elle même choisi, avait été désigné à plusieurs reprises par la partie adverse dans d'autres procédures d'arbitrage dont certaines étaient concomitantes à la présente instance. La cour d'appel de Paris est alors saisie d'un recours en annulation par *Mytilineos* dont l'unique moyen est tiré du défaut d'indépendance. La cour rejette le moyen. Elle estime que la fréquence des désignations constitue un élément objectif auquel peuvent s'ajouter d'autres éléments comme le contexte. Dans le cas d'espèce, la partie adverse était roumaine, ses choix étaient limités quant aux arbitres roumains présentant les compétences professionnelles suffisantes dans un pays en voie de transition³⁰⁰. D'autres éléments sont venus tempérer la fréquence³⁰¹, la cour a dès lors estimé qu'il n'y avait pas eu de manquement de la part de l'arbitre.

4.1.11. Rationalisation

92. L'arrêt *Tecso* rendu par la cour d'appel de Paris s'inscrivait dans une tendance jurisprudentielle qui étendait considérablement la portée de l'obligation de révélation et déduisait automatiquement un défaut d'indépendance du non respect de celle-ci. Cet arrêt fut

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ CA Paris, 17 février 2005, *Rev. arb.*, 2005, n°3, p. 716, note M. HENRY.

³⁰⁰ CA Paris, 29 janvier 2004, *Rev. arb.* 2005, n°3, p. 709, note M. HENRY.

³⁰¹ M. HENRY, note sous CA Paris, 29 janvier 2004, *op. cit.*, pp. 734 et 735.

cependant cassé par la Cour de cassation dont les considérants comportent de précieux enseignements³⁰². L'arrêt vient mettre un peu d'ordre et clarifie la portée des principes.

93. L'attendu de la Cour de cassation mérite d'être cité: «*Attendu qu'en se déterminant par ces seuls motifs sans expliquer en quoi ces éléments étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité de M.X... et à son indépendance, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la décision, en violation du texte susvisé*». Certains soutiennent que la formulation de cet attendu n'est pas innocente³⁰³. La Cour condamne précisément le manque de motivation de la cour d'appel qui ne l'a pas mis «*en mesure d'exercer son contrôle sur la décision*» et de ce constat, la cour conclut à la violation de l'article 1484 2°, actuellement 1492 2° du code de procédure civile, relatif à l'annulation d'une sentence arbitrale pour constitution irrégulière du tribunal.

Dorénavant, lorsque les juridictions de fond apprécieront un moyen tiré de la constitution irrégulière d'un tribunal arbitral, elles devront faire preuve de rigueur quant aux motifs de leur décision³⁰⁴. Elles devront expliquer en quoi ces éléments sont de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable³⁰⁵. La Cour condamne explicitement l'automatisme et la confusion entre défaut de révélation et défaut d'indépendance³⁰⁶. A nouveau, ce n'est pas l'obligation elle-même qui est remise en cause, mais sa mise en œuvre³⁰⁷. Certains auteurs dégagent de cet attendu une conséquence relative à la charge de la preuve³⁰⁸. Les parties devront désormais démontrer que l'élément non révélé a eu pour incidence de créer en elles un doute concernant les qualités d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre³⁰⁹. D'autres précisent que c'est bien au juge du fond dans son appréciation souveraine qui ultimement évaluera l'incidence de éléments avancés par les parties sur les qualités de l'arbitre, dans le sens où ce juge n'est pas lié par les allégations des parties³¹⁰.

³⁰² CH. JARROSSON, «A 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, n°1, p. 130.

³⁰³ *Ibid.*, p. 132

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 131.

³⁰⁶ *Ibid.* ; PH. HEINTZ et G. VIEIRA da COSTA CERQUIERA, « Vers une rationalisation de l'obligation de révélation de l'arbitre en droit français », *ASA Bull.*, 2013, vol. 31, n°2, pp. 456 et 457.

³⁰⁷ PH. HEINTZ et G. VIEIRA da COSTA CERQUIERA, *op. cit.* p. 448.

³⁰⁸ CH. JARROSSON, *op. cit.*, p. 131.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 131.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 453.

94. Il se déduit de tout ceci qu'on ne se contentera plus de faits strictement objectifs pour conclure à l'absence d'indépendance, mais qu'il faudra aller plus loin dans la réflexion³¹¹. Il convient toutefois de nuancer. Concernant certains conflits d'intérêts, il semble qu'une démonstration plus élaborée s'avérerait redondante³¹². Par exemple, les conflits d'intérêts qui font état d'un courant d'affaires ne devraient pas faire l'objet de plus amples explications car ils sont déjà rationalisés et démontrés via ce standard³¹³. Les juges qui constateront l'existence d'un courant d'affaires non révélé pourront légitimement déduire un doute raisonnable quant à l'indépendance de l'arbitre sans plus de débats³¹⁴. Pour le reste, c'est-à-dire, les situations qui n'ont pas été rationalisées et qui sont moins claires, là il faudra apporter la preuve concrète d'un lien de causalité entre l'élément non révélé et le doute raisonnable³¹⁵. Cela permettra par exemple de faire échec aux moyens superficiels tels qu'être «amis sur Facebook» dont il était question dans l'affaire *Tecso*³¹⁶.

Un auteur a bien résumé cette approche en commentant que : «l'obligation de révélation d'un événement donné doit être tempéré par l'élément subjectif de son incidence raisonnable sur l'indépendance de l'arbitre»³¹⁷. Les juridictions françaises s'étaient quelques fois adonnées à une telle analyse et la doctrine s'en réjouissait³¹⁸. C'était notamment le cas lorsqu'on a étudié les limites à l'obligation de révélation³¹⁹ qui se justifiaient précisément par l'absence d'incidence réelle sur le jugement de l'arbitre³²⁰. En ce sens, certains auteurs ont même été jusqu'à suggérer de s'inspirer de la technique anglaise dite du «*real danger test*»³²¹ qui exige la démonstration d'un grief subi par une des parties et qui consiste à prouver que le défaut ou l'imprécision de la révélation a eu une incidence sur l'impartialité de l'arbitre³²².

³¹¹ PH. HEINTZ et G. VIEIRA da COSTA CERQUIERA, *op. cit.*, p. 458.

³¹² *Ibid.*, p. 459.

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ *Ibid.* p. 460.

³¹⁶ PH. JARROSSON, *op. cit.*, p. 131.

³¹⁷ E. KLEIMAN, *op. cit.*, p. 29.

³¹⁸ S. MENETREY, *op. cit.*, pp. 459 à 461.

³¹⁹ *V. supra*, n° 78 et suiv.

³²⁰ CA Paris, 29 janvier 2004, *Rev. arb.* 2005, n° 3, p. 709, note M. HENRY.

³²¹ *V. infra*, n° 95.

³²² E. KLEIMAN, *op. cit.*, p. 29 ; S. MENETREY, *op. cit.*, pp. 462 et 463.

5. Le droit anglais et le « Real danger Test »

95. Avant d'analyser le standard anglais appliqué en jurisprudence, il convient de faire un petit détour théorique sur la législation en vigueur en droit anglais concernant l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre.

5.1. L'Arbitration Act

96. La plupart des systèmes juridiques du *Common Law* s'inspirent directement de l'article 12 (2) de l'UNCITRAL Model Law qui dispose que: «*an arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence...*».

En droit anglais, la règle est fortement influencée par ce modèle³²³ et se trouve consacrée dans l'*Arbitration Act* de 1996 à l'article 24 (1) a) qui a trait aux causes de récusation de l'arbitre. Cet article dispose «*a party to arbitral proceedings may apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality*». On retrouve la référence aux doutes justifiés du Model Law. La seule différence est qu'il n'y a, dans la loi anglaise, pas de référence à la notion d'indépendance. Le Comité des travaux préparatoires de l'*Arbitration Act* 1996 a en effet préféré ne pas intégrer le concept d'indépendance dans son texte légal³²⁴. L'Angleterre a une préférence pour la notion d'impartialité et crée une hiérarchie entre les deux concepts, l'indépendance venant au second plan³²⁵.

97. Lors de la rédaction de la loi, le Comité a justifié son choix de supprimer la référence à l'indépendance par le fait que le droit anglais conçoit parfaitement qu'un arbitre soit impartial bien que pas totalement indépendant³²⁶. Les rédacteurs ont notamment pris comme exemple des *barristers* rassemblés au sein des *chambers* qui se retrouvent souvent acteurs dans la même procédure d'arbitrage, cette dépendance ne les empêche pas d'être

³²³ LORD STEYN, «England: The independence and/or Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration», *ICC Bull.*, 2007 *special supplement*, p. 91.

³²⁴ DAC Report, 1996, §§101-102.

³²⁵ PH. SARRAILHE, « Chronique de jurisprudence étrangère – L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre devant les juges anglais », *Rev. arb.* 2001, n°1, p. 216

³²⁶ *Ibid.*, p. 218.

impartiaux³²⁷. Plus loin dans le *report*, le comité explique que le manque d'indépendance peut éventuellement constituer une circonstance créant un doute justifié concernant l'impartialité de l'arbitre³²⁸. Il a donc été jugé superflu de l'incorporer dans la loi, l'impartialité englobant l'indépendance³²⁹.

Enfin, le Comité estime qu'inclure l'indépendance dans son texte aurait pour conséquence négative d'ouvrir la porte à d'innombrables moyens invoquant des connections indirectes pour critiquer l'impartialité de l'arbitre³³⁰. Cette mise en garde n'est pas dénuée de pertinence si on se rappelle les difficultés éprouvées par la jurisprudence française lorsque les parties invoquaient n'importe quel lien de dépendance afin d'annuler la sentence arbitrale³³¹.

5.2. *Laker Airways Inc. v. FLS Aerospace Ltd*

98. Comment cette loi est appliquée dans la jurisprudence anglaise? A ce propos, l'arrêt *Laker airways v. FLS Aerospace Ltd*³³² est intéressant en ce qu'il énonce les principes directeurs à suivre lors de l'appréciation de l'impartialité de l'arbitre. Il s'agit d'un litige commercial entre la compagnie aérienne américaine *Laker* et la compagnie d'entretien d'avions *FLS*. La résolution du différend fut soumis à l'arbitrage en raison d'une clause IATA incorporée dans le contrat et un incident survint lors de la désignation des arbitres constituant le tribunal arbitral. Alors que *Laker* avait déjà désigné *Mr Sullivan*, *FLS* désigna *Mr Burnton*. Les deux arbitres étaient *barristers* au sein de la même *Chamber*, *Mr Sullivan* ayant intégré cette dernière récemment. *Laker* s'inquiéta de cette situation et demanda la résignation de *Mr. Burnton*. La *commercial court* rejeta la demande de *Laker*. Même si ce dernier n'intervint pas à la cause, le LORD JUSTICE RIX estima bon d'approfondir la question, le litige touchant à une question fondamentale pour l'administration de la justice anglaise³³³.

La question est de savoir si l'appartenance de deux arbitres *barristers* à la même *chamber* constitue une circonstance susceptible de faire naître des doutes justifiés quant à leur impartialité au sens de l'article 24 (1) a) de *l'Arbitration Act*.

³²⁷ DAC Report, 1996, § 102.

³²⁸ DAC Report, 1996, § 101.

³²⁹ DAC Report, 1996, § 101.

³³⁰ DAC Report, 1996, § 102.

³³¹ V. *supra*, n° 68.

³³² *Laker Airways Inc. v. FLS Aerospace Ltd*, 1999, 2 Lloyd's Rep, 45-54.

³³³ 1999, 2 Lloyd's Rep, 48.

99. Dans son *report*, J. RIX énonce trois principes directeurs en matière d'impartialité. Le premier est l'*actual bias* qui entraîne inévitablement la récusation de l'arbitre. Le second correspond à l'adage *nemo iudex in sua causa*³³⁴. Ce principe qui exige qu'un juge ne peut être partie à sa propre cause, a été consacré depuis longue date dans l'arrêt anglais *Dimes*³³⁵. Il s'agit de «liens directs entre l'arbitre et l'une des parties, d'ordre pécuniaire, mais aussi de quelque autre nature, ayant pour effet de lier les deux protagonistes de manière si étroite que leurs intérêts se confondent et que l'arbitre est alors juge et partie»³³⁶. Ce principe est universel et est d'ailleurs repris dans la *Non-Waivable Red List* des *IBA guidelines*³³⁷. Ils donnent lieu à une récusation automatique sans qu'il ne soit besoin de prouver une partialité avérée, cette dernière étant présumée de droit³³⁸.

Enfin, le troisième principe correspond à l'*appearance of bias*³³⁹. Il tire son fondement de l'expression anglaise «*Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done*»³⁴⁰. L'arbitre ne doit pas seulement être impartial, il doit aussi apparaître comme tel. L'impartialité objective est comme en France condamnée. Contrairement aux deux premiers principes, il n'y a, ici, plus de présomption ni d'automatisme : les liens visés ici étant indirects, il faut mesurer s'ils sont susceptibles de créer cette apparence de partialité³⁴¹. L'appréciation de cette dernière donne lieu à l'application d'un test appelé *Gough Test* consacré dans l'arrêt *Regina v. Gough*³⁴² qui concernait l'impartialité d'un juge étatique. J. RIX confirme dans l'arrêt *Laker* ici commenté que cette règle s'applique également aux arbitres. Il n'y a en effet pas lieu de faire une distinction entre le juge et l'arbitre, les principes doivent s'appliquer pareillement³⁴³. Ce test est également appelé *Real danger test*. Il consiste à se demander si la circonstance est susceptible de créer un réel danger de partialité «*in the sense that he might unfairly regard*

³³⁴ 1999, 2 *Lloyd's Rep*, 48.

³³⁵ *Dimes v. Proprietors of the Grand Junction canal and Others*, (1852) 3 *HL Cas* 759.

³³⁶ PH. SARRAILHE, *op. cit.*, p. 221.

³³⁷ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2014, Non-Waivable Red List.

³³⁸ PH. SARRAILHE, *op. cit.*, pp. 221 et 222.

³³⁹ 1999, 2 *Lloyd's Rep*, 48-49.

³⁴⁰ *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, 1924 1 *K.B.* 256, 259.

³⁴¹ PH. SARRAILHE, *op. cit.*, p. 223.

³⁴² *Regina v. Gough*, (1993) *A.C.* 646.

³⁴³ 1999, 2 *Lloyd's Rep*, 49.

with favour or disfavour the case of a party to the issue under consideration by him »³⁴⁴. Le qualificatif « réel » signifiant ici réelle possibilité, non dépourvue de substance³⁴⁵.

100. En appliquant le test dans l'arrêt *Laker*, le juge confirme que ce test est compatible avec l'article 24 (1) a) de l'*Arbitration Act*³⁴⁶. On en déduit que pour apprécier l'apparence d'impartialité, il faut se demander si la circonstance crée un doute justifié par le danger réel en termes d'impartialité. Les liens qui sont *a priori* injustifiés ou déraisonnables pourraient se justifier en application du *real danger test*. Comme le dit J. RIX dans son *report*, un doute injustifié ne suffit pas: «*it is not enough honestly to say that one has lost confidence in the arbitrator's impartiality*»³⁴⁷.

Appliqué au cas d'espèce, la question est de savoir si l'appartenance des arbitres à la même *Chamber* constitue une circonstance créant à elle seule un doute justifié.

Laker avançait plusieurs arguments pour prouver son doute quant à l'impartialité de *Mr Burnton*. Il évoquait au premier chef qu'aux USA, son pays d'origine, il était pour lui impensable que deux avocats d'une même *firm* puissent intervenir dans la même affaire. Il estimait qu'il y avait là un conflit d'intérêt dans leurs devoirs respectifs. *Laker* s'inquiétait également du fait que l'agencement des *chambers* présentait un risque de laisser s'échapper des informations confidentielles. Il estimait en effet que la proximité physique entre les *barristers* qui n'étaient séparés que par des « *chinese walls* » posait problème. Enfin, il avançait que les liens familiaux entre *Mr Burnton* et *Mr Sullivan* allaient influencer le jugement de *Mr Burnton*³⁴⁸.

Dans son jugement, J. RIX rappelle que les causes de récusation d'un arbitre se trouvent à l'article 24 de l'*Arbitration Act*. Il dit ensuite clairement que ce n'est pas la partialité avérée de *Mr Burnton* dont il est question ici mais bien son apparence et qu'il y a dès lors lieu d'appliquer l'article 24 (1) a). En application de cet article, le demandeur doit démontrer que l'organisation des *chambers* fait naître un doute justifié quant à l'impartialité

³⁴⁴ *Regina v. Gough* (1993) A.C. 670.

³⁴⁵ PH. SARRAILHE, *op. cit.*, p. 223.

³⁴⁶ 1999, 2 *Lloyd's Rep.*, 49.

³⁴⁷ *Laker Airways Inc. v. FLS Aerospace Ltd.*, (1999) 2 *Lloyds Rep.*, 48.

³⁴⁸ 1999, 2 *Lloyd's Rep.*, 47.

de *Burnton* parce qu'il y a un réel danger de dispersion d'informations confidentielles³⁴⁹. RIX conclut que *Laker* n'a pas démontré un tel danger, sa demande est rejetée³⁵⁰.

Pour arriver à cette conclusion, J. RIX relève plusieurs éléments propres aux *barristers*. Il relève tout d'abord que ces derniers sont des avocats indépendants, qui travaillent pour leur propre compte. Ils ne partagent ni les coûts ni les profits, ils n'ont donc pas d'intérêt financier commun. Il leur est d'ailleurs interdit de former des partenariats entre eux précisément pour garantir leur indépendance. La seule chose qu'ils partagent est le lieu de travail : les bureaux, les bibliothèques... Le juge ajoute qu'il s'agit d'une institution ancestrale unique au système anglais. S'il était interdit aux *barristers* de pouvoir agir l'un contre l'autre au cours d'une même procédure, cela aurait pour effet pervers de limiter l'accès à la justice. De plus, il s'avère que *Burnton* et *Sullivan* se connaissaient à peine, ils ne travaillaient pas dans le même building, la formule « *learned friends* » dans leurs échanges de lettres ne constituant qu'une formule de politesse utilisée entre *barristers*³⁵¹.

M. RIX explique également qu'il n'y a pas à proprement parler de conflit d'intérêt comme le défend *Laker*. Il s'agit plus d'un *conflict of duties* entre la fonction d'avocat qui est de défendre son client et la fonction d'arbitre qui est de trancher un litige de façon impartiale. Il n'y a conflit d'intérêt que si une même personne défend deux parties différentes ayant des intérêts contradictoires ou encore dans l'hypothèse où cette personne a un intérêt propre en conflit avec l'intérêt de son client³⁵². Tel serait le cas si les arbitres étaient avocats dans la même *law firm* ou s'ils étaient employés, salariés, par la même organisation. Aux yeux de J. RIX, cette situation doit être distinguée de celle des *chambers*³⁵³. Il semble donc que des liens entretenus entre deux *lawyers* au sein d'un même cabinet d'avocats pourraient quant à eux constituer un conflit d'intérêt susceptible de créer un doute justifié en application du *real danger test*.

101. En conclusion, à la suite de cet arrêt, on perçoit bien l'approche anglaise qui estime qu'un lien de dépendance n'empêche par l'arbitre d'être impartial. Cette solution est rendue possible par l'application d'un test qui permet de tenir compte des circonstances de

³⁴⁹ 1999, 2 *Lloyd's Rep*, 53.

³⁵⁰ 1999, 2 *Lloyd's Rep*, 53.

³⁵¹ 1999, 2 *Lloyd's Rep*, 53.

³⁵² 1999, 2 *Lloyd's Rep*, 52.

³⁵³ 1999, 2 *Lloyd's Rep*, 52.

l'espèce. Ce standard permet d'apprécier les liens lâches et indirects de façon plus nuancée en appréciant leur incidence substantielle sur le jugement de l'arbitre. Il permet d'éviter que de tels liens de dépendance fassent l'objet d'une sanction disproportionnée. Si cette technique était d'application en France, il semble que les liens éloignés succomberaient au *test* et permettrait de faire échec aux motifs injustifiés invoqués par les parties.

102. La cour d'appel de Paris s'est aussi prononcée sur l'appartenance des deux *barristers* à la même *chamber* dont l'un était président arbitre à l'instance et l'autre était conseil d'une des parties. Il s'agissait d'un arbitrage rendu sous l'égide de la *LCIA*³⁵⁴. Elle a également conclu que la spécialisation des *chambers* ne créait pas de liens professionnels impliquant des intérêts communs ou une dépendance économique entre les *barristers*³⁵⁵. Elle établit également une supériorité de l'impartialité sur l'indépendance. Cette solution est raisonnable et accueillie en doctrine³⁵⁶.

5.3. *AT&T Corp. and Lucent Technologies Inc. v. Saudi Cable Company*

103. L'obligation de révélation n'est pas consacrée en droit positif anglais³⁵⁷. Un des rares arrêts qui aborde la question est l'affaire *AT&T Corp. and Lucent Technologies Inc. v. Saudi Cable Company*. Le litige opposait les sociétés américaines *AT&T* et *Lucent Technologies* à la société *Saudi Cable*. L'arbitrage avait lieu sous l'égide de l'institution CCI. Cet arbitrage est intéressant en ce qu'il aborde la question de l'obligation de révélation relativement méconnue en droit anglais³⁵⁸. Le demandeur invoquait la dissimulation d'informations suspectes³⁵⁹ par le président arbitre, l'avocat Y. FORTIERS³⁶⁰. Le manque de transparence était donc dénoncé. *AT&T* découvrit cet élément durant la procédure et engagea alors une procédure en récusation auprès de la Cour d'arbitrage. Sa demande fut rejetée. *AT&T* introduisit une procédure devant les juridictions anglaises contre la sentence partielle qui la condamnait à payer des dommages et intérêts et pour la récusation de l'arbitre³⁶¹.

³⁵⁴ LORD STEYN, *op. cit.*, pp. 97 et 98.

³⁵⁵ CA Paris 29 juin 1991, n°1024.

³⁵⁶ PH. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 585.

³⁵⁷ J. LEW, L. MISTELIS, S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, p. 265.

³⁵⁸ PH. SARRAILHE, *op. cit.*, p. 217.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 219.

³⁶⁰ S. LUTTRELL, « Australia Adopts the "Real Danger" Test for Arbitrator Bias », *Arb. Int.*, 2010, vol. 24, Issue 4, p. 629.

³⁶¹ PH. SARRAILHE, *op. cit.*, p. 213 ; S. LUTTRELL, *ibid.*, p. 630.

Deux reproches étaient faits à l'arbitre président. Premièrement, le CV qu'il avait présenté aux parties était lacunaire en ce que sa qualité d'administrateur de la société *Nortel*, société concurrente de *AT&T*, n'y figurait pas ou ... plus. La CCI avait quant à elle une version du CV contenant cette information. Ensuite, il était reproché à l'arbitre président de ne pas avoir rempli correctement la déclaration d'indépendance³⁶², conformément au règlement de la CCI. Il n'avait pas coché la case du formulaire d'indépendance CCI qui a pour but d'attirer l'attention sur une circonstance ou un fait « de nature à mettre en cause mon indépendance dans l'esprit de l'une des quelconque parties »³⁶³. Le fait que l'arbitre n'avait pas jugé bon de faire état dans sa déclaration de son mandat d'administrateur conjugué à l'omission du mandat dans son CV, laissait planer le doute ...³⁶⁴

104. La *High court* et la *Court of Appeal* n'ont malheureusement pas analysé la question sur le plan de l'indépendance, mais comme à leur habitude, sur le plan de l'impartialité³⁶⁵. Elle a alors tenté de déterminer, comme dans l'arrêt *Laker* si, en ayant égard aux circonstances de l'espèce, il y avait un danger réel de partialité. La *High Court* a repris plusieurs éléments pour motiver son raisonnement. Le mandat d'administrateur est un mandat non exécutif et ne représentait pas l'essentiel de l'activité professionnelle du président³⁶⁶. Aussi, ce dernier ne détenait que quelques actions et non pas une participation au capital de la société *Nortel*, ce qui aurait entraîné une récusation automatique conformément à la jurisprudence anglaise³⁶⁷. Ensuite, la *High court* se justifia par une référence aux spécificités du droit de l'arbitrage. Elle fit référence au fait que les arbitres sont des juristes choisis pour leur expérience hautement reconnue en la matière ainsi que leur capacité à faire abstraction de considérations extérieures à leur mission³⁶⁸. Elle fait également référence au fait que les arbitres sont choisis pour leur expertise dans un domaine, ici le domaine des affaires³⁶⁹. Ce contexte justifie qu'il se crée d'inévitables liens d'affaires entre un arbitre spécialisé et le

³⁶² L. CRAIG, W. PARK, J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York, Oceana Publications, Inc, 1990, p. 225.

³⁶³ Règlement d'arbitrage de la CCI, art. 2.7.

³⁶⁴ PH. SARRAILHE, *op. cit.*, p. 220.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 221.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 224.

³⁶⁷ *Dimes v. Proprietors of the Grand Junction Canal and Others*, (1852) 3 *HL Cas* 759.

³⁶⁸ PH. SARRAILHE, *op. cit.*, p. 224.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 224.

monde des affaires. Liens dont il faut tenir compte selon elle. Ces éléments pris ensemble ne démontrent pas qu'il existe un danger réel de perversion de l'impartialité de l'arbitre³⁷⁰.

Comme le soulève justement PH. SARRAILHE, il est pour le moins surprenant que la *High Court* ne reprend pas le caractère suspect du CV dans son évaluation du *real danger*³⁷¹. De même, la non révélation n'aurait-elle pas pu, comme en droit français, être reprise au titre des éléments objectifs susceptibles de faire naître un doute justifié ?

Les juridictions anglaises ne se sont donc pas aventurées sur le terrain secondaire de l'indépendance étant donné qu'il n'y avait pas de partialité et qu'en droit anglais, c'est elle qui compte³⁷². La *commercial court* estime que la décision relative à la notion d'indépendance qui est propre à la CCI est définitive et qu'elle ne peut en connaître³⁷³.

105. Il faut souligner que la CCI consacre dans son règlement l'obligation de révélation. De plus, il est établi que la non divulgation d'un élément pertinent pour les parties, constitue à lui seul un moyen valable d'annulation de la sentence³⁷⁴. *AT&T* n'était-il dès lors pas fondé à invoquer le défaut de révélation comme circonstance objective justifiant une violation de l'article 2.7 du règlement CCI qui consacre cette obligation, prenant comme base légale l'article 23 de l'*Arbitration Act* de 1950 ? Cet article sanctionne le comportement d'un arbitre pour toute inconduite procédurale par la récusation de cet arbitre et l'annulation de la sentence. Le non respect du règlement CCI concernant la révélation aurait pu constituer une telle inconduite. La *Commercial court* a dit qu'elle n'était pas compétente pour connaître de ce grief car la décision de la CCI a un caractère définitif³⁷⁵. La cour d'appel a elle estimé qu'elle était compétente³⁷⁶ pour apprécier l'indépendance malgré la décision de la CCI sur la question, mais a jugé qu'il était inutile de le faire si on avait déjà conclu à l'absence de partialité³⁷⁷.

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² *Ibid.*, p. 226.

³⁷³ *Ibid.*, p. 214.

³⁷⁴ L. CRAIG, W. PARK, J. PAULSSON, *op. cit.*, 223.

³⁷⁵ PH. SARRAILHE, *op. cit.*, p. 214.

³⁷⁶ *Pro* LORD STEYN, *op. cit.*, pp. 95 et 96 qui explique que la règle 24 de *Arbitration Act* est d'ordre public, les parties ne peuvent transiger sur l'impartialité de l'arbitre et les cours anglaises pourront toujours apprécier l'impartialité et juger en sens contraire d'une institution d'arbitrage.

³⁷⁷ PH. SARRAILHE, *op. cit.*, pp. 215 -216.

5.4. « *The real possibility Standard* »

106. La jurisprudence anglaise en matière d'arbitrage a été récemment modifiée sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme³⁷⁸. En effet, suite à un arrêt de la CEDH, le *Gough test* a dû être ajusté pour se conformer aux exigences de la Cour Strasbourgeoise. Cette dernière apprécie le respect de l'exigence d'impartialité et d'indépendance d'un tribunal contenue à l'article 6 de la Convention selon un critère objectif³⁷⁹. Du temps du *Gough test*, le danger réel de partialité était apprécié par la Cour qui personnifiait l'homme raisonnable³⁸⁰. La Cour constituait la première balise d'objectivité³⁸¹. Le test qui est maintenant appliqué a été consacré dans l'arrêt *Magill v. Porter*³⁸². L'objectivité résulte désormais de la référence au « *fair-minded and informed observer* »³⁸³ et le test n'est plus celui du danger réel mais du « *real possibility Standard* ». En synthèse, la question se formule comme ceci : « (...) *whether the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased* »³⁸⁴.

107. Dans l'*Arbitration Act*, la section 68 permet aux parties d'attaquer la sentence arbitrale au motif d'irrégularités substantielles qui auraient vicié le tribunal, la procédure ou la sentence³⁸⁵. Le point (2) (a) correspond au motif de non respect par l'arbitre de s'être conformé à la section 33 de l'*Act*. Cette dernière dispose que l'arbitre doit agir « *fairly and impartially between the parties* »³⁸⁶. Cependant, il est rare qu'une sentence arbitrale soit annulée sur cette base, la section 73 (1) de l'*Act* n'en facilitant pas l'application³⁸⁷. Cette dernière s'intitule « *Loss of right to object* ». Si une partie a connaissance d'une cause d'objection, elle doit l'invoquer le plus tôt possible au cours de la procédure. Si elle ne réagit pas promptement, elle est présumée y avoir renoncé et n'est plus fondée à s'opposer³⁸⁸. Cette disposition est une balise contre la mauvaise foi des parties qui, dans l'anticipation d'une

³⁷⁸ LORD STEYN, *op. cit.*, p. 93.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 94.

³⁸⁰ S. LUTTRELL, *op. cit.*, p. 627 ; PH. SARRAILHE, *op. cit.*, p. 223.

³⁸¹ S. LUTTRELL, *ibid.*, p. 627.

³⁸² *Magill v. Porter*, (2001) UKHL 67.

³⁸³ LORD STEYN, *op. cit.*, p. 94.

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ L. EPSTEIN, « Arbitrator independence and Bias : The View of a Corporate In-House Counsel », *ICC. Bull.*, 2007 *special supplement*, p. 59.

³⁸⁶ Arbitration Act of 1996, section 33.

³⁸⁷ L. EPSTEIN, *op. cit.*, p. 61.

³⁸⁸ *Ibid.*

sentence défavorable, gardent sous le bras leur droit d'objection comme deuxième chance³⁸⁹. L'une des rares possibilités pour les parties serait dès lors de justifier leur méconnaissance par le défaut de révélation de l'arbitre d'une circonstance créant une apparence de partialité³⁹⁰.

108. On l'a dit, en droit anglais, le devoir de révélation n'est pas formellement consacré. Le comité de rédaction n'a pas incorporé l'article 12 (1) du Model Law³⁹¹. Quand à la jurisprudence, elle est en pleine évolution, se limitant globalement à exprimer le souhait que l'arbitre révèle toute circonstance faisant naître une possibilité de partialité comme nous l'avons vu dans l'affaire *AT&T*. Dans cette affaire, le juge POTTER s'en remet à la bonne foi de l'arbitre qui est, selon lui, le mieux placé pour juger ce qui doit faire l'objet d'une révélation³⁹².

6. Droit américain

6.1. Federal Arbitration Act

109. En droit américain c'est le *Federal Arbitration Act* qui constitue la référence en matière d'arbitrage. Il a pour caractéristique originale de ne pas prévoir une procédure de récusation de l'arbitre au moment de sa désignation. Le seul moyen qui existe pour critiquer l'impartialité est la procédure en annulation de la sentence réglée par l'article 10 (a) du *FAA*. Les juridictions américaines justifient cette spécificité par le souci d'éviter d'alourdir le déroulement de l'instance arbitrale en laissant s'installer des procédures parallèles qui nuiraient considérablement à l'efficacité du système³⁹³. Ceci étant dit, c'est précisément l'efficacité du système qui est mis en branle par l'absence d'une telle procédure dans l'hypothèse où la partie triomphe dans sa demande en annulation³⁹⁴. Cette approche diffère du droit anglais³⁹⁵ et du droit français qui organisent des procédures en récusation³⁹⁶.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ *Ibid.*, pp. 62 et 63.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 62.

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ *Ibid.*, p. 64.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ V. *supra*, n° 23 et suiv.

Les causes d'annulation d'une sentence arbitrale sont énoncées au point (a) qui dispose qu'une sentence peut être annulée : « *where there was evident partiality or corruptions in the arbitrator, or either of them* ». Les fondements sont donc strictement limités aux manquements les plus graves tels que la fraude, la corruption ou la partialité évidente³⁹⁷. Mis à part les deux premiers cas extrêmes de fraude et de corruption, la partialité évidente constitue le standard pour apprécier les vertus de l'arbitre³⁹⁸.

6.2. « *The evident partiality Standard* »

110. Les juridictions américaines considèrent que ce standard est plus strict que l'apparence de partialité et moins strict que la partialité effective et se situe donc entre ces deux seuils³⁹⁹. De plus, les cours considèrent qu'il y a lieu d'appliquer un standard plus strict aux arbitres qu'aux juges car contrairement à la justice étatique, il n'y a pas de second degré d'appel⁴⁰⁰. Dans la jurisprudence des cours du *Second Circuit* s'est dégagée la formule qui résume le standard applicable : « *when a reasonable person would have to conclude that an arbitrator was partial to one party to the arbitration* »⁴⁰¹. Il y a donc, comme en droit anglais, une garantie d'objectivité incarnée par le tiers raisonnable. Cette référence n'est pas sans rappeler l'*informed and reasonable third person* des *IBA guidelines*. Il se dessine une sorte de consensus, d'alignement sur ce critère, ce qui justifie d'autant plus les critiques doctrinales envers la référence malheureuse d'une fraction de la jurisprudence française qui s'en remettait parfois *aux yeux des parties* lorsqu'elle évaluait l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre⁴⁰².

6.3. *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*

111. A l'image du droit anglais, l'obligation de révélation ne fait pas l'objet d'une disposition légale en droit américain. Par contre, la jurisprudence l'a consacrée de façon catégorique dans le fameux arrêt *Commonwealth Coatings Corp. V. Continental Casualty Co*⁴⁰³ rendu par la *Supreme Court* des Etats-Unis⁴⁰⁴.

³⁹⁷ R. DE VIETRI et K. DHARMANANDA, « Impartiality and the issue of Repeat Arbitrators », *Journ. Int. Arb.*, 2011, p. 191.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ L. EPSTEIN, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁰⁰ *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Cas. Co.*, 393 U.S. 145 (1968).

⁴⁰¹ *Morelite Constr. Corp. v. New York City Dist. Council Carpenters Ben Funds*, 748 F 2d , 84 (1984).

⁴⁰² S. MENETREY, *op. cit.*, p. 458 ; V. *supra*, n°45.

⁴⁰³ *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Cas. Co.*, 393 U.S. 145 (1968).

⁴⁰⁴ R. DE VIETRI et K. DHARMANANDA, *op. cit.*, p. 191 ; L. EPSTEIN, *op. cit.*, p. 66.

L'affaire *Commonwealth* s'amorce par le défaut de la part du président arbitre d'avoir révélé avoir entretenu dans le passé des relations d'affaires avec l'entrepreneur *Continental Casualty*. De ce constat, *Commonwealth* introduit une demande en annulation de la sentence. La Cour Suprême jugea que l'arbitre devait non seulement être impartial, mais également apparaître comme tel et que le défaut de révélation de l'arbitre président de cette circonstance avait entaché son apparence d'impartialité.

Ce qui est étonnant c'est que la Cour Suprême a considéré que le défaut de révélation constituait une circonstance qui en soi portait atteinte à l'apparence d'impartialité, sans tenir compte des autres circonstances concrètes de l'espèce. En effet, avant d'arriver à cette conclusion, la Cour dénie toute la liste de faits qui auraient pu pourtant l'amener à nuancer son propos comme à son habitude. Par exemple, le conseil de la partie avait exprimé que s'il avait eu connaissance d'une telle relation, il n'aurait pas remis en cause l'impartialité de l'arbitre. Ou encore, qu'il ne s'agissait apparemment pas d'une omission volontaire, que la relation d'affaire était sporadique et enfin qu'il n'y avait aucune preuve qu'il ne s'était pas conduit de manière juste et impartiale⁴⁰⁵.

112. Cette solution est suivie par les juridictions inférieures. Dans l'affaire *Applied Industrial Materials*⁴⁰⁶, il fut jugé que le défaut de révélation indiquait une partialité manifeste dans le chef de l'arbitre⁴⁰⁷, ce qui justifiait l'annulation de la sentence. La *district court* qui devait connaître de cette affaire s'était entre autres référée aux *IBA Guidelines* pour étayer sa motivation. En appel, la *Second Circuit Court* se conforma à la solution adoptée par la *district court*, mais elle se fonda quant à elle sur le *FFA* et l'arrêt *Commonwealth* de la *US Supreme Court*⁴⁰⁸. Il semble donc que les juridictions américaines adoptent un standard plus strict qu'en droit international quand il s'agit d'apprécier les conséquences d'un défaut de révélation. R. DE VIETRI souligne que ce raisonnement diffère de celui des *IBA Guidelines* qui dispose clairement que le défaut de révélation ne constitue pas une présomption de partialité⁴⁰⁹ et n'entraîne pas d'office une annulation de la sentence.

⁴⁰⁵ L. CRAIG, W. PARK, J. PAULSSON, *op. cit.*, pp. 225 et 226.

⁴⁰⁶ *Applied Industrial Materials Corp v. Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi, A.S.*, 492 f.3d 132 (2d Circ. 2007).

⁴⁰⁷ R. DE VIETRI et K. DHARMANANDA, *op. cit.*, p. 191.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ *Ibid.*

6.4. Les arbitres-parties

113. A l'extrémité de la proximité qui peut exister entre un arbitre et une partie, on retrouve la pratique des « arbitres-parties » ou des « arbitres non-neutres ». Cette pratique existe, mais ne fait pas l'unanimité⁴¹⁰. Elle est expressément reconnue aux Etats-Unis qui fait preuve de pragmatisme en distinguant clairement les arbitres non-neutres de l'arbitre président qui doit quant à lui présenter les garanties de neutralité⁴¹¹. Le règlement de l'*American Arbitration Association* disposait que les co-arbitres choisis par les parties ne devaient pas être neutres et ne devaient pas remplir une déclaration d'indépendance⁴¹². Seul l'arbitre président était soumis à ces exigences⁴¹³. En 2003, l'AAA a toutefois modifié son règlement en inversant la règle : les arbitres-parties doivent être indépendants et impartiaux sauf convention contraire, préservant ainsi l'autonomie des parties⁴¹⁴.

114. En matière commerciale, l'*American Bar Association* et l'AAA ont adopté ensemble le *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Dispute* en 1997⁴¹⁵. Dans sa version actuelle, le canon IX reconnaît que : « *there are certain types of tripartite arbitration in which it is expected by all parties that the two arbitrators appointed by the parties may be predisposed toward the party appointed them. Those arbitrators (...) are not to be held to the standards of neutrality and independence applicable to other arbitrators* »⁴¹⁶. A la lecture de ces règles, on constate que ces arbitres agissent comme des avocats et des mandataires vis-à-vis des parties qui les désignent ce qui jure *a priori* complètement avec les garanties d'indépendance et d'impartialité. Les défenseurs justifient cette pratique par le rôle spécifique que joue cet arbitre vis-à-vis de sa partie⁴¹⁷. En effet, lorsqu'on a abordé la neutralité⁴¹⁸ on a dit que l'arbitrage international mettait en scène des parties de nationalités et de cultures différentes. Dans cette optique, l'arbitre *ex-parte* agit quelque part comme un ambassadeur de la partie auprès du tribunal arbitral. Il doit s'assurer que le cas de sa partie est correctement présenté et expliqué aux autres intervenants et qu'il n'y ait pas de confusion et

⁴¹⁰ D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *op. cit.*, p. 635.

⁴¹¹ PH. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 590.

⁴¹² *Ibid.*, pp. 590 et 591.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 591.

⁴¹⁴ AAA Rules 2003, R-12 (b).

⁴¹⁵ Code of Ethics for Arbitrators in commercial disputes of the American Arbitration Association and the International Bar Association (AAA/IBA), 1997.

⁴¹⁶ Code of Ethics AAA/IBA, CANON IX.

⁴¹⁷ J. LEW, L. MISTELIS, S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, p. 271.

⁴¹⁸ V. *supra*, n° 19.

d'incompréhensions qui découleraient des différences culturelles⁴¹⁹. L'arbitre et la partie qui le désigne ont d'ailleurs souvent la même nationalité⁴²⁰. Toutes ces considérations participent à l'idée de confiance sous-jacente à la relation particulière qui unit un arbitre à sa partie qui cherche en lui une proximité intellectuelle⁴²¹.

Le *Code of Ethics* de l'ABA encadre et organise cette pratique. Il impose par exemple à tout arbitre de s'assurer dès la première réunion que les parties ont décidé de la neutralité ou non de l'arbitre en question⁴²². En principe, les arbitres ne peuvent communiquer avec les parties qu'en ce qui concerne la désignation de l'arbitre président, l'organisation des audiences et d'autres questions d'ordre logistiques⁴²³. Toutefois, la possibilité est reconnue aux arbitres partisans de communiquer avec leur partie au sujet de l'affaire à condition qu'ils informent les autres arbitres et l'autre partie de cette intention⁴²⁴. Cette souplesse fait cependant l'objet de nombreuses exceptions qui touchent de près ou de loin à la décision finale⁴²⁵: les délibérations doivent restées confidentielles et secrètes⁴²⁶. Ces communications *ex-parte* sont douteuses car on ne sait pas ce qui y est dit et elles risquent d'influencer le jugement de l'arbitre. Elles sont universellement prohibées si elles ont lieu après le commencement des procédures⁴²⁷. En droit anglais, est consacré un devoir de non-communication avec les parties après le début de la procédure d'arbitrage⁴²⁸.

115. La tolérance dont fait preuve le système américain est vivement critiquée en Europe⁴²⁹. Le droit français ne conçoit pas qu'un arbitre puisse jouer le rôle d'un mandataire à l'égard d'une partie car cela reviendrait à transiger sur la fonction de juger⁴³⁰. La Suisse⁴³¹ adopte une position similaire. Ils sont d'avis que la liberté contractuelle et la bonne foi ne suffisent pas à garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres désignés et il n'a pas lieu de faire de distinction car ce serait faire preuve de laxisme⁴³².

⁴¹⁹ J. LEW, L. MISTELIS, S. KRÖLL, *op. cit.*, p. 272.

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ *Ibid.*, p. 271 ; R. DE VIETRI et K. DHARMANANDA, *op. cit.*, p. 197.

⁴²² Code of Ethics AAA/IBA, CANON IX (C).

⁴²³ Code of Ethics AAA/IBA, CANON III.

⁴²⁴ Code of Ethics CANN X (C) (2) ; M. L. SMITH, *op. cit.*, p. 10.

⁴²⁵ Code of Ethics AAA/IBA, CANON X (C) 4.

⁴²⁶ M.L. SMITH, *op. cit.*, p. 11.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 16.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 5.

⁴²⁹ PH. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 592.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ D. COHEN, *op. cit.*, p. 635.

⁴³² PH. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 593.

116. L'essentiel du débat est de savoir s'il faut appliquer un autre standard à ces arbitres, qui serait plus élevé que celui applicable à l'arbitre président. Certains suggèrent l'application du standard « *manifest lack of independence* » pour conclure au manque d'indépendance et d'impartialité de ces arbitres⁴³³. Les défenseurs de cette thèse expliquent que cette pratique américaine n'a pas pour objectif de déroger ou d'amenuiser l'exigence d'impartialité et d'indépendance mais qu'elle n'est que le reflet de la volonté des parties qui renoncent à avoir un tribunal totalement impartial⁴³⁴. Le juge M. BEDJAOUI à la Cour Internationale de Justice a décrit la pratique de l'arbitre partisan comme « *a necessary evil* »⁴³⁵ : si on met la barrière trop haute, il y aura moins d'arbitres expérimentés éligibles, les acteurs commerciaux seront découragés et l'arbitrage perdra de son efficacité⁴³⁶.

6.5. The Beauty Parades of Arbitrators⁴³⁷

117. Pour terminer, nous abordons la question des *Beauty Parades*. Nous avons vu à quel point il est difficile d'appréhender l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre et la complexité que constitue l'étape préalable du choix des arbitres⁴³⁸. Aux Etats-Unis, le soin qu'accordent les avocats américains à enquêter sur les arbitres est impressionnant. Ils font des recherches minutieuses et approfondies sur les qualités des arbitres afin de proposer le meilleur panel aux parties qui font le choix final. Il n'y a, à première vue, rien de mal à s'engager dans des interviews et enquêtes afin de comparer les arbitres et de faire le meilleur choix. Les interviews et enquêtes ont pour finalité d'évaluer les connaissances de l'arbitre vis-à-vis du litige, de s'assurer de sa disponibilité et de discuter de la désignation du président arbitre. Cette pratique d'origine américaine est souvent qualifiée de « *Beauty Parades* ».

118. Il serait toutefois naïf de penser que les interviews et discussions préliminaires destinées à désigner le meilleur arbitre se limitent exclusivement à ces seules

⁴³³ R. DE VIETRI et K. DHARMANANDA, *op. cit.*, p. 199.

⁴³⁴ M.L. SMITH, *op. cit.*, p. 15.

⁴³⁵ BEDJAOUI, «The Arbitrator : One Man – Three Roles », *Journal of Intern'l Arb.*, 1988, Vol. 5 No 1, p. 7 cité par M. L. SMITH, *ibid.*, p. 14.

⁴³⁶ M. L. SMITH, *op. cit.*, p. 14.

⁴³⁷ L. STEYN, *op. cit.*, pp. 99 et 100.

⁴³⁸ V.V. VEEDER, « Strategic Management in Commencing an Arbitration », *in Arbitration Advocacy in Changing Times- ICCA Congress Series*, sous la dir. de A.-J. VAN DEN BERG, The Hague, Kluwer Law International, 2011, p. 29.

considérations⁴³⁹. Il est en effet fort possible que, ce faisant, les parties et les avocats essaient de tester les points de vue de l'arbitre quant aux questions de fond et de procédure du litige afin de déterminer le sens dans lequel il tranchera. La sélection d'un arbitre se transforme parfois en stratégies de management⁴⁴⁰. Pour éviter tout doute, il serait préférable d'exiger une révélation complète de ces interviews et enquêtes à l'autre partie et aux co-arbitres⁴⁴¹. Les parties ne préféreraient évidemment pas devoir révéler leurs *beauty parades* car cela reviendrait à offrir de nouveaux moyens de contestation à l'adversaire⁴⁴².

119. Les lignes directrices de l'IBA abordent la question de ces interviews dans la liste verte et énoncent que si elles se limitent aux considérations décrites ci-avant « *and did not address the merits or procedural aspects of the dispute, other than to provide the arbitrator with a basic understanding of the case* »⁴⁴³, elles ne doivent pas être révélées. Un auteur y voit là la plus grande faiblesse des lignes directrices⁴⁴⁴ : de tels contacts devraient être soumis à l'obligation de révélation⁴⁴⁵ et être consacrés dans la liste orange.

120. Face à ces difficultés, une attitude constructive a été adoptée par l'arbitre américain GERALD AKSEN. Ce dernier a édicté ses propres lignes directrices, « *The Aksen Rules* », adressant aux avocats et aux parties désirant entrer en contact avec lui sa manière d'aborder les interviews et les enquêtes préalables à sa désignation⁴⁴⁶. La troisième règle énonce par exemple que les rendez-vous n'auront jamais lieu autour d'un repas ou lors d'un événement impliquant tout sentiment d'hospitalité⁴⁴⁷. La règle six énonce que, dès sa désignation, il informera les co-arbitres et l'autre partie de l'existence de ces discussions ainsi que de leur contenu⁴⁴⁸. Cette démarche est la bienvenue en ce qu'elle constitue une attitude positive et participe grandement à la transparence de l'arbitrage⁴⁴⁹.

⁴³⁹ LORD STEYN, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁴⁰ V.V. VEEDER, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁴¹ LORD STEYN, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁴² V.V. VEEDER, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁴³ IBA Guidelines On Conflicts of Interest in International Arbitration 2014, Green List, 4.4.1.

⁴⁴⁴ LORD STEYN, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 99.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 100.

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ V.V. VEEDER, *op. cit.*, p. 29 ; *Ibid.*

CONCLUSION

121. Au terme de cet exposé, force est de constater la complexité que revêt l'appréciation de l'indépendance et l'impartialité. L'analyse comparée de la jurisprudence démontre que ce qui compte n'est pas seulement l'impartialité effective, mais aussi et surtout l'apparence d'impartialité. Les différents droits accordent tous de l'importance aux apparences et aux images que doit renvoyer l'arbitre. Il faut à tout prix créer un climat de confiance pour rassurer les parties face à la Justice. Dans cet optique, le simple doute suscité par une apparence de partialité suffit à ébranler cette confiance.

L'anecdote de l'avocat anglais LOUIS EPSTEIN nous donne la perspective d'un avocat d'affaires *in house* sur la question⁴⁵⁰. Il raconte que son cabinet d'avocats londonien avait été impliqué dans un arbitrage dont l'arbitre unique était un ancien juge qui siégeait dans la même *chambers* que le conseil d'une partie. Nous avons vu que la jurisprudence anglaise n'y voit pas une contrariété en termes d'impartialité. Plus étonnant dans le récit de cet avocat sont les déjeuners quotidiens que cet arbitre partageait alternativement avec les parties et qui fit finalement le choix de déjeuner qu'avec l'une d'elle. Si on se met à la place de l'adversaire, il faut avouer que ces rendez-vous font légitimement naître une apparence de parti pris dans le chef de l'arbitre. Toutefois, si le doute est permis, celui-ci ne doit pas, à lui seul, constituer une preuve de partialité. C'est ce que la casuistique nous a démontré. Accorder trop d'importance aux apparences et au simple doute conduit inévitablement à des abus. Tout est affaire de mesure et il faut espérer que le juge amené à se prononcer sur la question fasse la part des choses en fonction des circonstances de l'espèce.

122. Le problème de la question de l'indépendance et de l'impartialité est qu'elle est subjective⁴⁵¹. Les praticiens surmontent la difficulté en instillant un peu d'objectivité via l'obligation de révélation qui apporte du même coup plus de transparence au système. Il s'en suit la confusion entre défaut de révélation et défaut d'indépendance qui conduit la doctrine à suggérer l'intégration d'éléments plus subjectifs dans l'appréciation, comme les qualités personnelles et professionnelles d'un arbitre, afin de tempérer la rigueur. L'extension du contenu de l'obligation de révélation a eu pour conséquence d'augmenter les causes de

⁴⁵⁰ L. EPSTEIN, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁵¹ T. CLAY, « IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2004 French », *op. cit.*, p. 991.

récusation au profit de la partie adverse qui, de mauvaise foi, s'est parfois livrée à des manœuvres processuelles et déloyales. Le climat procédural se dégrade et les vertus d'efficacité et de rapidité de l'arbitrage sont amoindries⁴⁵². Le danger déjà dénoncé en 1989 par PH. FOUCHARD est que les acteurs commerciaux se tournent à nouveau vers le palais de justice...⁴⁵³

123. Un autre débat se dégage de la problématique des *repeat arbitrators*. Il y a d'une part ceux qui prônent la liberté contractuelle⁴⁵⁴ et d'autre part, ceux qui préconisent la réforme et la régulation de la matière⁴⁵⁵. Les premiers entendent préserver l'autonomie des parties qui est une valeur précieuse à l'arbitrage⁴⁵⁶. Ils estiment que le sacrifice de l'indépendance et de l'impartialité est contrebalancé par la confiance que les parties portent à l'arbitre. La question des arbitres partisans en droit américain illustre ce point de vue. Les parties peuvent transiger sur le caractère neutre ou non neutre de leur arbitre et il faut, à leur sens, préserver cette liberté. L'adoption de règles renforçant l'obligation de révélation a pour conséquence néfaste d'augmenter l'intervention du juge étatique dans l'arbitrage qui est une justice fondamentalement privée⁴⁵⁷. Les partisans de la réforme considèrent quant à eux qu'il s'agit là d'un discours élitiste: refuser la transparence et l'ouverture revient à limiter l'accès à de nouveaux arbitres et à préserver les privilèges. Au sujet des arbitres-parties, ils sont d'avis que la bonne foi contractuelle ne suffit pas à garantir l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Seule l'adoption de règles précises fournit des garanties suffisantes. La question de l'indépendance et de l'impartialité se révèle être un conflit de valeurs comme la plupart des questions juridiques.

La Vérité se situe peut-être entre deux mondes: celui des apparences et du réel. Au milieu on retrouverait les circonstances atténuantes ou aggravantes, le contexte, la bonne foi et la loyauté des intervenants qui font pencher la balance d'un côté ou de l'autre car, selon moi, une justice n'est légitime que si elle reconnaît les particularités et différences de chaque affaire...

⁴⁵² PH. FOUCHARD, « Où va l'arbitrage international ? », *Mc Gill Law Journ'l*, 1989, pp. 449 et 450.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 453.

⁴⁵⁴ DE VIETRI et DHARMANANDA, *op. cit.*, p. 195.

⁴⁵⁵ F.-Z. SLAOUI, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁵⁶ DE VIETRI et DHARMANANDA, *op. cit.*, p. 200.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 195.

Bibliographie

I. Législation

CEDH:

- CEDH, art. 6.

Droit américain:

- Federal Arbitration Act, art. 10 (a).

Droit anglais:

- Arbitration Act of 1996, sections 24 (1) a), 68 (2), 72, 73 (1).

Droit belge:

- Code judiciaire, art. 1676 à 1723.

Droit français:

- Code de Procédure Civile, art. 1456 al. 2, 1466, 1484, 1492.

Droit suisse:

- Concordat Intercantonal sur l'Arbitrage (CIA) du 27 août 1969, art. 18.
- Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987, art. 180.

Instruments institutionnels d'arbitrage:

- IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, adopted by resolution of the IBA Council on Saturday 22 May 2004.
- IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, adopted by resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014.
- UNCITRAL Model Law, 28 avril 1976, art. 12.
- Règlement d'arbitrage de la Cour de Commerce Internationale (CCI), 1998, art. 2.7 et 9.5.
- American Arbitration Association Rules (AAA Rules), 1998, Rules 7 and 17.

- The Code of Ethics for Arbitrators in commercial disputes of the American Arbitration Association and the International Bar Association (AAA/IBA), 1^{er} mars 2004, CANONS III, IX and X.
- Arbitrations Rules of the London Court of International Arbitration (LCIA), October 2014, Rule 5.4.
- Charte d'éthique du Conseil National des Barreaux (CNB) octobre 2011, art. 3.
- Règlement d'arbitrage du Centre belge pour la Pratique et l'étude de l'Arbitrage National et International (CEPANI), 1^{er} janvier 2013, art. 14.
- Code du Tribunal Arbitral Sportif (TAS), R.34.

II. Doctrine

- ANCEL (J.-P.), « L'arbitrage international en France (Principes et système), *Arch. Phil. droit*, t. 52, L'arbitrage, Paris, Dalloz, 2009, pp. 197-212.
- CLAY (T.), « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2010, Pan., pp. 2933-2946.
- CLAY (T.), note sous CA Paris (1^{er} ch. civ.), 12 février 2009, *Rev. arb.*, 2009, n°1, pp. 190-205.
- CLAY (T.), « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable », in *L'impartialité du juge et de l'arbitre- Etude de droit comparé*, sous la dir. de VAN COMPERNOLLE (J.) et TARZIA (G.), Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.199-237.
- CLAY (T.), « Qui sont les arbitres internationaux ? », in *Les arbitres internationaux- Colloque du 4 février 2005*, Paris, Société de législation comparée, 2005.
- CLAY (T.), « IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2004 French », *Rev. arb.*, 2004, Issue 4, pp. 991-1015.
- CLAY (T.), *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001.
- COHEN (D.), « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.*, 2011, pp. 613 à 652.
- COHEN (D.), « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance » in *Le Bicentenaire du code civil 1804-2004 un passé un présent un avenir*, Paris, Dalloz, 2004.

- CRAIG (L.), PARK (W.), PAULSSON (J.), *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York, Oceana Publications, Inc, 1990.
- CRIVELLARO (A.), « Does the arbitrator's failure to disclose conflicts of interest fatally lead to annulment of the award ? The approach of the European State Courts », *Arbitration Brief*, vol. 4. Issue 1, 2014.
- DE VIETRI (R.) et DHARMANANDA (K.), « Impartiality and the issue of Repeat Arbitrators », *Journ. Int. Arb.*, 2011.
- EPSTEIN (L.), « Arbitrator independence and Bias : The View of a Corporate In-House Counsel », *ICC. Bull*, 2007 *special supplement*, pp. 55-75.
- FONTAINE (M.), « Impartialité et indépendance de l'arbitre », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, coll. CEPANI 15, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 620 à 630.
- FOUCHARD (PH.), « Où va l'arbitrage international ? », *Mc Gill Law Journ'l*, 1989, pp. 435-453.
- GAILLARD (E.), note sous Cass., 6 décembre 2001, *Rev. arb.* 2003, n°4, pp. 1240-1247.
- GIOVANNINI (T.), « Arbitres et institutions d'arbitrage : conflit d'intérêts », *RDAI*, 2002, pp. 629-641, n°6.
- GRANDJEAN (PH.), note sous CA Paris, 28 octobre 1999, *Rev. arb.*, 2000, n°2, pp. 307-312.
- HASCHER (D.), « Independence and Impartiality of Arbitrators : 3 issues », *Am. U. Int'l. L. Rev.*, 2012, vol. 27, Issue 4, pp. 789-807.
- HEINTZ (PH.) et VIEIRA da COSTA CERQUIERA (G.), « Vers une rationalisation de l'obligation de révélation de l'arbitre en droit français », *ASA Bull.*, 2013, vol. 31, n°2, pp. 448-461.
- HENRY (M.), « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente : de la rigueur à l'excès », note sous CA Paris, 9 septembre 2010, *LPA*, 21 février 2011, p. 6, *Chronique de l'arbitrage* n°7, pp. 10-14.
- HENRY (M.), « Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils : de la suggestion aux électrochocs », note sous CA Paris 10 mars 2011, *Cah. arb.*, 1 juillet 2011, n°3, p. 787.
- HENRY (M.), « Portée du devoir d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre », note sous Cour Suprême de Suède, 19 décembre 2007, *LPA*, 3 octobre 2008, n°199, *Chronique de droit de l'arbitrage* n°3, pp.7-15.
- HENRY (M.), note sous CA Paris, 29 janvier 2004, *Rev. arb.*, 2005, n°3, pp. 720-736

- HENRY (M.), « Le devoir d'indépendance de l'arbitre », Paris, L.G.D.J, 2001.
- HENRY (M.), « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. arb.*, 1999, n°2, pp. 193-224.
- JARROSSON (CH.), « A propos de l'obligation de révélation : une leçon de méthode de la Cour de cassation », note sous Cass. (1^{er} ch. civ.), 10 octobre 2012, *Rev. arb.*, 2013 pp. 130-137, n°1.
- KAISSI (T.), « Le laxisme des juridictions belges en matière d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre », note sous Bruxelles, 29 octobre 2007, *LPA*, 2008, pp. 14-22.
- KENDALL (J.), « Barristers, Independence and Disclosure », *Arb. Int.*, 1992, vol. 8, Issue 3, pp. 287-299.
- KEUTGEN (G.), « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit belge », in *L'impartialité du juge et de l'arbitre – Etude de droit comparé*, sous la dir. de VAN COMPERNOLLE (J.), TARZIA (G.), Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 275 à 297.
- KEUTGEN (G.), « Propos sur le statut de l'arbitre », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 921 à 952.
- KLEIMAN (E.), « Arbitrage et conflits d'intérêts : une année mouvementée », *JCP*, 2011, Suppl. au n°52, pp. 25-33.
- LE BARS (B.) et JUVENAL (J.), « La révélation d'un courant d'affaires : comment apprécier l'indépendance de l'arbitre ? », note sous Cass., 20 octobre 2010, *JCP.*, 2010, n°1306, pp. 2434-2438.
- LEW (J.), MISTELIS (L.), KRÖLL (S.), *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 2003.
- LOQUIN (E.), « De l'obligation de transparence de l'arbitre », obs. sous Cass. (2^e ch. civ.), 6 décembre 2001, *RTD com.*, 2002, pp. 657-659.
- LORD STEYN, « England : The independence and/or Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration », *ICC Bull.*, 2007 *special supplement*, pp. 91-100.
- LUTTRELL (S.), « Australia Adopts the “Real Danger” Test for Arbitrator Bias », *Arb. Int.*, 2010, vol. 26, Issue 4, pp. 625-632.
- MATRAY (D.) et VAN DEN BERG (A.-J.), « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre », in *L'arbitre : pouvoirs et statuts*, Actes du Colloque du CEPANI du 28 mars 2003, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 85-162.
- MENETREY (S.), « Conflits d'intérêts et contrôle de l'impartialité de l'arbitre », in *L'arbitre et le juge étatique – Etudes de droit comparé à la mémoire de Giuseppe*

Tarzia, sous la dir. de SALETTI (A), VAN COMPERNOLLE (J.) et VAN DROOGHENBROECK (J.-F.), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 447 à 463.

- MORELLE (J.L.), « La vérité - L'obligation d'indépendance de l'arbitre se double-t-elle d'une obligation générale d'impartialité, d'objectivité, de neutralité et de révélation ? », in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, coll. CEPANI 15, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 612 à 618.
- PINSOLLE (PH.), « Obligation de révélation et issue conflicts », note sous CA Paris 10 mars 2011, *LPA*, 14/11/2011, pp. 9-11, n°226.
- POUDRET (J.-F.) et BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- RACINE (J.-B.), « Propos sur l'efficacité des sentences arbitrales en droit français après la réforme du 13 janvier 2011 », in *L'arbitre et le juge étatique – Etudes de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, sous la dir. de SALETTI (A), VAN COMPERNOLLE (J.), et VAN DROOGHENBROECK (J.-F.), Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 433 à 445.
- RIGOZZI (A.), « Chronique de jurisprudence 3/7/2008- Application des IBA Guidelines On Conflicts of Interests devant le tribunal fédéral et la spécificité de l'arbitrage sportif », *Gaz. Pal.*, 2008, pp. 6-15, n°185.
- SARRAILHE (PH.), « Chronique de jurisprudence étrangère- L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre devant les juges anglais », *Rev. arb.*, 2001, n°1.
- SLAOUI (F.-Z.), « The rising issue of Repeat arbitrators : a call for clarification », *Arb. Int'l.*, 2009, vol. 25, n°1.
- SMITH (M.L.), « Impartiality of the party-appointed arbitrators », *Arbitration*, 1992, vol. 58, Issue 1, pp. 30-42.
- TERRE (F.), « Independence and Arbitrators », *ICC Bull.*, 2007 special supplement, pp. 101-106.
- VEEDER (V.V.), « Strategic Management in Commencing an Arbitration », in *Arbitration Advocacy in Changing Times- ICCA Congress Series*, sous la dir. de VAN DEN BERG (A.-J.), The Hague, Kluwer Law International, 2011, pp. 27-34.

III. Jurisprudence

CrEDH

- CEDH 28 juin 1984 (Campbell and Fell c. Royaume-Uni), *Serie A*, n°46 §76.

Belgique :

- Cass., 12 mars 1992, *Pas.*, I, 1992, p. 624, n°365
- Bruxelles, 29 octobre 2007, *LPA*, 2008, n°60-61, p. 17, note T. KAISSI

France :

- Cass., 10 octobre 2012, *Rev. arb.*, 2012.
- Cass., 29 juin 2011, n° 09 -17.346, *Sté Papillon Group Corporation*, inédit
<https://www.lextenso.fr/lextenso/ud/urn%3AJURITEXT000024293963>
- Cass., 4 novembre 2010, *Rev. arb.*, 2009, p. 186.
- Cass., 20 octobre 2010, *JCP*, p. 2436, n°09-68.997, note B. Le BARS et J. JUVENAL.
- Cass., 20 octobre 2010, *JCP*, p. 2436, n°09-68.131, note B. Le BARS et J. JUVENAL.
- Cass., 6 décembre 2001, *Rev. arb.*, 2003, n°4, p. 1232, note E. GAILLARD.
- CA Reims, 2 novembre 2011, n°10/02888, *Avax c/ Tecnimont*
<http://www.ohada.com/content/newsletters/1334/Arret-Avax-Tecnimont-CApp-Reims-2-novembre-2011.pdf>
- CA Paris, 1er juillet 2011, n°10/10402, *Sobriror*.
- CA Paris, 10 mars 2011, RG 09/28537
https://www.lextenso.fr/lextenso/ud/urn%3ACAPARIS-09_28537
- CA Colmar, 8 février 2011, *Rev. arb.*, 2011, n°3.
- CA Paris, 9 septembre 2010, *Rev. arb. Somm.*, p. 966.
- CA Paris, 12 février 2009, n° 07/22164, *Avax c/ Tecnimont*.
- CA Paris, 17 février 2005, *Rev. arb.*, 2005, n° 3, p. 716, note M. HENRY.
- CA Paris, 29 janvier 2004, *Rev. arb.*, 2005, n° 3, p. 709, note M. HENRY.
- CA Paris, 2 avril 2003, *Rev. arb.*, 2003, n°4, p. 1233, note E. GAILLARD.

- CA Paris, 28 octobre 1999, *Rev. arb.*, 2000, n°2, p. 300, note PH. GRANDJEAN.

Suède

- Cour Suprême de Suède, 19 novembre 2007, *LPA*, p. 3, chronique de droit de l'arbitrage n°3, note M. HENRY.
- Stockholm's lower court (Tingsrätt), 21 june 2004, Case Ä 7145-04.

Suisse

- Tribunal fédéral suisse, 20 mars 2008, *ATF*, 4A_506/2007
<http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> .

UK :

- *Magill v. Porter and ASM Shipping Ltd of India*, (2002) 2 A.C. 357.
- *Regina v. Gough*, (1993) A.C. 646.
- *Dimes v. Proprietors of the Grand Junction canal and Others*, (1852) 3 HL Cas 759.
- *AT&T Corp. and Lucent Technologies Inc. c/ Saudi Cable Company*, Court of Appeal, 15 mai 2000, *Bull. ASA*, 2000, 339.
- *AT&T Corp. and Lucent Technologies Inc. c/ Saudi Cable Company*, High Court, 13 octobre 1999.
- *Laker Airways Inc. v. FLS Aerospace Ltd*, (1999) 2 Lloyds Rep. 45.

USA

- *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Cas. Co*, 393 U.S. 145 (1968).
- *Applied Industrial Materials Corp v. Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi, A.S.*, 492 f.3d 132 (2d Circ. 2007).
- *Morelite Constr. Corp. v. New York City Dist. Council Carpenters Ben. Funds*, 748 F.2d 79 (1984).

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/dt



