

NOTE DE JURISPRUDENCE

Par Bertrand MOREAU,
Avocat au barreau de Paris, Président du Comité d'arbitrage de L'AFA

DE L'OBLIGATION D'INDEPENDANCE A L'OBLIGATION DE REVELATION

Cassation 1^{ère} Civile, 10 octobre 2012, n° 11-20299

« LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique pris en ses diverses branches :

Vu l'article 1484, 2°, du code de procédure civile dans sa rédaction antérieure à celle issue du décret du 13 janvier 2011 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Tecso s'est vue confier l'exécution de diverses prestations pour la réalisation d'un réseau de gaz, vapeur et eaux d'une usine de production d'électricité par la société Neoelectra Group, qui a résilié le contrat à la suite de difficultés en cours d'exécution ; que la société Tecso ayant mis en oeuvre la clause compromissoire, le tribunal arbitral, composé notamment de M. X..., a, par sentence du 4 juin 2009, condamné la société Neoelectra Group à payer diverses sommes à celle-là ; que la société Tecso a formé un recours en annulation de la sentence arbitrale ;

Attendu que, pour dire que M. X... a privé la société Tecso de l'exercice de son droit de récusation en ne révélant pas qu'il avait ou avait eu des liens d'intérêt avec le cabinet d'avocats Freshfields, dont le conseil de la société Neoelectra Group était collaborateur, et annuler la sentence arbitrale, l'arrêt retient, en premier lieu, que M. X... n'a pas révélé qu'il avait été " of counsel " de février 1989 à octobre 2000 dans le cabinet d'avocats Freshfields et, en second lieu, que depuis l'année 2000, il lui avait donné des consultations juridiques à deux ou trois reprises ;

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 ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, »

Note :

Par cet arrêt déjà annoncé par l'arrêt du 4 juillet 2012 (numéro 11-19624), la Cour de Cassation semble avoir achevé sa réflexion sur l'obligation de révélation et le faire dans un esprit pragmatique qui débarrasse l'arbitrage d'une fragilité injustifiée que pouvaient subir les sentences arbitrales.

Le décret de 1980 (article 1452 CPC ancien) avait instauré l'obligation pour l'arbitre « *qui supposait en sa personne une cause de récusation* » d'en informer les parties et il ne pouvait accepter cette mission qu'avec l'accord de toutes les parties.

Pendant quelques années cependant, les « *causes de récusation* » sont demeurées calquées sur celles des magistrats (article 341 CPC) et ce n'est qu'à la fin des années 1990, que devant l'importance croissante de l'arbitrage dans un monde économique difficile que l'exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre a pris son autonomie (Le devoir d'indépendance de l'arbitre. Thèse de Marc Henry. Litec 1996).

Les conflits d'intérêts sont dès lors apparus comme le critère de l'indépendance à l'égard des exigences propres au milieu commercial ou financier des arbitrages : conflits d'intérêts en premier lieu avec une partie au litige ou le groupe dont elle fait partie, avec le conseil d'une partie ou le cabinet auquel il participe, ou avec un autre arbitre, le tout sauf lien considéré comme notoire ou simplement scientifique.

La jurisprudence s'est montrée de plus en plus exigeante au point que certains ont pu estimer que l'obligation de révélation avait substitué le devoir d'indépendance et d'impartialité (T. Clay. L'arbitre 2001 Dalloz La disparition de l'obligation d'indépendance de l'arbitre au profit de l'obligation de révélation. Rev. arb. 2009.190. « Liberté, égalité, efficacité : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage ». Rev. Trim. Lexisnexis.Jurisclasseur 2012, deuxième trimestre, page 282).

Cette tendance est exprimée dans l'arrêt du 1^{er} février 2012 (numéro 11-11084) qui a sanctionné en lui-même le manquement à l'obligation de révélation de la façon suivante :

« Attendu que pour rejeter le recours en annulation, l'arrêt retient que la circonstance à la supposer établie, que le président du tribunal ait été appelé à défendre les intérêts de la société E dans diverses instances judiciaires ne pouvait permettre de retenir à son encontre un manquement à l'impartialité, dès lors que la société E n'était ni partie au litige, ni en opposition d'intérêts avec la société Z, de sorte que la composition du tribunal arbitral était régulière ».

« Qu'en statuant ainsi, alors que la circonstance que Monsieur X ait été le conseil de la société E n'était pas contestée et qu'il appartenait à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toutes circonstances susceptibles d'être regardées comme affectant son impartialité afin de permettre à la partie d'exercer, à bref délai, s'il y a lieu, son droit de récusation, la cour d'appel a violé le texte sus-visé ».

De nombreux praticiens, et certains auteurs, s'étaient cependant inquiétés de cette application automatique de l'obligation de révélation. Le Professeur Cohen (Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts, Rev. arb. 2011.611) a souligné que cette exigence avait pour conséquence la fragilisation des sentences par la « découverte » postérieurement à leur prononcé de « liens » invoqués dès lors pour provoquer une annulation de sentence :

« Or, un arbitre ne peut ni venir de la planète Mars, ni être choisi dans les pages jaunes. Les parties (ou leurs avocats) ne sauraient être obligées de ne s'adresser qu'à des personnes, qui pour être indépendantes, ou prétendues telles, ne devraient qu'être sans expérience ni compétence spécifique, sans connaissance des milieux de l'arbitrage, des cabinets d'avocats ou de certains milieux économiques ou juridiques » (Rev. arb. 2011, p. 644, n° 61).

Marc Henry, ensuite de sa thèse consacrée à l'indépendance de l'arbitre, par une série d'articles aux titres expressifs « *L'indépendance de l'arbitre ou le mythe d'Icare* » (LPA 21 juillet 2009, p. 4) ; « *Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente : de la rigueur à l'excès* » (LPA 21 février 2011, p. 17) a exprimé l'émoi des praticiens devant cette rigueur et

s'est encore exprimé récemment sous l'arrêt Technimont de la Cour de Reims du 2 novembre 2011 (Rev. arb. 2012.112) en soulignant que l'obligation de révélation était un moyen de vérifier l'indépendance, et ne constituait pas une fin en soi.

Dès lors, on comprend que l'arrêt du 10 octobre 2012 marque une évolution notable en ce qu'il ne subordonne pas le non-respect de l'obligation de révélation par la nullité automatique de la sentence, mais encore faut-il que les éléments non révélés soient « *de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité* » de l'arbitre.

L'arbitrage eut été sinon en danger et l'arbitre voué à une vie d'ermite incompatible avec la bonne exécution de sa mission qui doit participer de la vie économique.

On peut ainsi penser que l'évolution de la question est presque parvenue à son terme en faisant de l'institution d'arbitrage, du juge d'appui ou du juge du contrôle l'arbitre de l'incidence de ces circonstances invoquées quant à l'indépendance et à l'impartialité de l'arbitre au regard de l'éthique, mais aussi des circonstances de chaque espèce.

La matière sera ainsi toujours soumise à appréciation, mais il ne peut en être autrement sauf à tomber dans des excès préjudiciables à l'arbitrage.