

L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre désigné dans deux procédures connexes

Andrea PINNA
Docteur en Droit
Avocat de Gaulle Fleurance & Associés

François DE BÉRARD
Maître de conférences Université Paris Ouest
Avocat Darrois Villey Maillot Brochier

DÉCISION :

– CA Paris, pôle 1, chambre 1, 9 septembre 2014, *Monsieur Faisal Bin Fayyadh Al Gobain c/ S.A. Crédit Foncier de France*, RG n° 13/01333

Introduction

Les difficultés générées par la participation d'un même arbitre dans des instances arbitrales connexes ont été identifiées depuis longtemps¹, mais les nombreuses affaires portées devant les tribunaux n'ont pas encore permis de dégager des solutions prévisibles ou, à tout le moins, d'établir des directives claires, les auteurs concluant que « *tout dépendra en réalité des circonstances de chaque espèce* »². L'objectif du présent article consiste à tâcher de décrire les différentes solutions qui ont été apportées à la question de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre désigné dans deux procédures connexes et de déterminer s'il existe une cohérence entre elles et s'il est possible de dégager des directives d'ordre général.

Cette réflexion générale prend appui sur l'arrêt rendu dans une affaire récente, l'affaire « *Gulf Leaders* », dans laquelle le litige portait dans un premier temps sur la validité et l'exécution d'un contrat de prêt, l'établissement financier en réclamant le remboursement et l'emprunteur en demandant la nullité alléguant que le contrat avait été obtenu par corruption. Une première sentence avait rejeté la demande en nullité, constaté la créance de l'établissement financier et ordonné le paiement.

1. V. par ex. C. Raymond, « Des connaissances personnelles de l'arbitre à son information privilégiée », *Rev. arb.* 1991.3.

2. Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n° 732.

Un premier recours en annulation contre cette sentence fondé sur la violation de l'ordre public international a été rejeté par la Cour d'appel de Paris³. Une deuxième instance, dont la connexité avec la première ne faisait pas de doute, portait sur l'engagement de caution, l'établissement financier agissant contre le garant, une sentence partielle ayant finalement reconnu la validité de cet engagement.

Dans l'instance contre la caution deux des trois arbitres (celui désigné par l'établissement financier et le président) avaient aussi siégé dans la première procédure qui a statué sur la validité et l'exécution du contrat de prêt. C'est donc à l'occasion du recours en annulation contre cette sentence que la question a été posée à la Cour d'appel.

C'est sur la prétendue constitution irrégulière du second tribunal arbitral que s'articulait principalement le recours en annulation en prenant appui sur le fait que le président du tribunal arbitral avait siégé dans les deux procédures en exprimant de surcroît des « *préventions* » à l'égard de la caution au cours de l'instruction de la première affaire.

Le recours a été rejeté par la Cour d'appel de Paris par un arrêt du 9 septembre 2014⁴ qui s'est exprimé par un attendu de principe énonçant une règle en la matière : « *Le fait qu'un arbitre, fût-ce le président du tribunal arbitral, siège dans deux instances parallèles n'est pas, par lui-même, de nature à faire raisonnablement douter de son indépendance et de son impartialité, à moins que la décision rendue dans l'une des affaires constitue un préjugé défavorable à l'égard d'une partie dans l'autre instance ; qu'il n'en va ainsi, toutefois, que si l'appréciation portée par l'arbitre dans la première procédure sur un ensemble indissociable de fait et de droit entraîne logiquement certaines conséquences sur les questions à trancher dans la seconde* ».

L'arrêt reprend une jurisprudence constante⁵ qui a établi le principe selon lequel le fait d'avoir participé à une procédure connexe antérieure n'est pas en soi un motif de récusation de l'arbitre ou d'annulation de la sentence pour défaut d'indépendance ou d'impartialité, en réservant l'exception fondée sur l'existence de ce que la Cour désignée par « *préjugé* » et qui a encore des contours flous.

La Cour s'est ensuite employée à aborder, pour les rejeter, deux griefs de préjugé, l'un que l'on pourrait qualifier d'objectif et l'autre de subjectif. D'un point de vue objectif, la caution a allégué que les appréciations du tribunal dans la première affaire l'ont nécessairement « *influencé* » lors de la seconde. Ce grief a été rejeté au motif qu'il s'agissait « *d'allégations générales* » et que la seconde affaire « *portait sur des questions distinctes* ».

D'un point de vue subjectif le grief de la caution concernait les propos tenus par le président du tribunal en réponse à l'information de la caution de son impossibilité de témoigner au cours de l'instruction de la première instance. Ce

3. CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 4 mars 2014, *Gulf Leaders for Management and Services Holding Company c/ S.A. Crédit Foncier de France*, RG n° 12/17681.

4. CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 9 septembre 2014, *Monsieur Faisal Bin Fayyadh Al Gobain c/ S.A. Crédit Foncier de France*, RG n° 13/01333.

5. V. par ex. TGI Paris, Ord. Réf., 13 janvier 1986, *SETEC c/ SICCA*, Rev. arb. 1987.63, note P. Bellet, CA Paris, 1^{re} Ch. C, 14 octobre 1993, *Ben Nasser et autre c/ BNP et Crédit Lyonnais*, Rev. arb. 1994, 381, note P. Bellet ; JDI 1994.446, note E. Loquin ; CA Paris, 1^{re} Ch. C, 12 janvier 1996, *Gouvernement de l'État du Qatar c/ Creighton Ltd*, Rev. arb. 1996.428. En doctrine, M. Henry, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'article à la lumière de la jurisprudence récente », Rev. arb. 1999, 193, spéc. n°s 21 et s.

grief a été rejeté au motif que les propos « *objectifs et mesurés* » du président du tribunal arbitral dans la première instance n'étaient pas de nature à faire naître dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de celui-ci dans la seconde procédure.

Cette affaire permet de mettre en lumière un des critères de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre qui siège dans deux procédures connexes qui est l'absence de « *préjugé* » à la fois objectivement et subjectivement (I). Ce critère de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre est propre aux procédures connexes et se distingue de deux circonstances qui en sont indépendantes, à savoir la question du « *courant d'affaires* » empêchant un même arbitre d'être nommé à répétition par une même partie, y compris dans des procédures qui ne sont pas connexes, et la question de la « *issue conflict* » visant le cas dans lequel un arbitre a déjà pris position (dans ses écrits ou dans une sentence) sur une question de droit qui se pose dans la procédure où il siège.

Il existe un autre élément qui est pris en compte par la jurisprudence, plus ancienne, et qui n'est pas nécessairement lié au critère précité, et consiste dans l'existence d'un avantage d'un arbitre sur les autres dans la connaissance du dossier dû à sa participation dans une première instance connexe avec la seconde, ce qui peut être indépendant de tout préjugé. Ce critère se fonde donc sur l'existence d'un déséquilibre entre les membres du tribunal arbitral, ce qui naturellement ne peut concerner les tribunaux composés d'un arbitre unique (II).

Jusqu'à présent, la jurisprudence a donné peu de directives permettant d'identifier un préjugé et une supériorité d'information conduisant à une constitution irrégulière du tribunal arbitral.

I. Le critère du « *préjugé* »

Il apparaît à l'analyse de la jurisprudence que la condition de « *préjugé* » pourrait être entendue dans deux acceptions différentes. D'une part, le terme pourrait être entendu au sens propre (« avoir un préjugé contre quelqu'un ») ce qui appelle un jugement de valeur subjectif. D'autre part, dans une acception juridique (« avoir déjà décidé dans un sens favorable à l'une des parties »), l'analyse est objective et ne se réfère pas aux parties, le préjugé ayant davantage trait à des questions de fait ou de droit qui se posent dans l'instance arbitrale.

Le grief avancé dans l'affaire « *Gulf Leaders* » portait sur les deux volets. Alors que le préjugé subjectif (A) ne présente pas de particularités selon qu'il se vérifie dans la même instance ou dans des procédures distinctes, mais connexes, le préjugé objectif (B) est propre à l'existence de procédures parallèles connexes et c'est à son sujet que les difficultés les plus complexes se présentent.

A. Le préjugé subjectif

Il est parfois reproché à l'arbitre dans le cadre de la procédure de s'être exprimé en de termes défavorables ou bien d'avoir montré une sympathie pour une des parties. C'est bien ce qui l'auteur du recours en annulation reprochait à

l'un des arbitres. Un tel doute serait de nature à faire naître un doute légitime sur l'indépendance et l'impartialité de ce dernier. On sait que ce grief a été rejeté, la Cour ayant considéré que les propos étaient « *objectifs et mesurés* ».

Le fait que les propos attribués à l'arbitre avaient en l'occurrence été exprimés lors d'une procédure différente mais connexe ne change pas l'appréciation de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre. L'appréciation de la Cour d'appel n'aurait pas été différente si ces mêmes propos avaient été exprimés au cours de la même instance arbitrale ou bien en dehors de toute instance.

La jurisprudence française a par exemple eu l'occasion de sanctionner des propos non mesurés d'un arbitre dans le cadre de l'instance par l'annulation de la sentence pour irrégularité de la constitution du tribunal arbitral⁶.

Il en résulte que l'arbitre soit appelé à statuer dans deux procédures connexes n'est pas une circonstance de nature à modifier l'appréciation de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre pour préjugé subjectif. Une particularité se remarque en revanche lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'un préjugé objectif.

B. Le préjugé objectif

Le préjugé objectif correspond au cas principalement visé par l'affaire et celui qui en réalité pose le plus de difficultés. C'est un cas qui de prime abord semble visé par les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international de 2004. Fait en effet partie de la Liste Rouge, susceptible de renonciation, le fait pour l'arbitre d'être déjà « *intervenu dans le litige* » (article 2.1.2) et de la Liste Orange le fait que l'arbitre « *siège actuellement, ou a siégé au cours des trois dernières années, comme arbitre dans une autre procédure arbitrale liée à l'arbitrage, à laquelle une des parties ou une affiliée d'une des parties était partie* » (article 3.1.5).

La jurisprudence ne semble s'attacher à ces règles en posant le principe de possibilité pour l'arbitre de siéger dans des instances connexes. D'un point de vue formel il est possible, comme l'a fait le Tribunal Fédéral suisse⁷, de distinguer la situation sur laquelle porte la présente réflexion de celles envisagées par les Lignes Directrices de l'IBA car, d'une part, le litige est seulement connexe et n'est pas le même litige, comme le laisse entendre l'article 2.1.2 et, d'autre part, ce sont souvent les deux parties qui sont concernées et non pas une seule d'entre elles.

Le droit français autorise en principe la participation d'un arbitre à une instance connexe à laquelle où il a déjà siégé à moins que « *la décision rendue dans l'une des affaires constitue un préjugé défavorable à l'égard d'une partie dans l'autre instance* ». Le sens précis de l'exception n'est pas très clair et la jurisprudence rendue jusqu'à présent ne permet pas de déterminer précisément ce qui révèle du domaine du principe et du domaine de l'exception. Les précédents jurisprudentiels laissent tout de même entendre que le domaine de l'interdiction serait particulièrement étroit.

6. CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 21 février 2012, *Etat du Cameroun c/ SPRL Projet Pilote Garoube*, Rev. arb. 2012.587, note Ch. Jarrosson.

7. TF, 10 juin 2010, 4A_458/2009, *Adrian Mutu c/ Chelsea Football Club Limited*, Bull. ASA 2010.520, spéc. 529.

L'arrêt du 9 septembre 2014 indique le cas où le préjugé objectif serait caractérisé en précisant « *qu'il n'en va ainsi [lorsque] l'appréciation portée par l'arbitre dans la première procédure sur un ensemble indissociable de fait et de droit entraîne logiquement certaines conséquences sur les questions à trancher dans la seconde* ». Pour tâcher de comprendre le sens de la formule, il nous semble qu'il faille exclure du domaine de l'interdiction les questions de fait et de droit sur lesquelles l'arbitre n'a pas ou plus de pouvoir décisionnel. Sont principalement visées les hypothèses où la décision rendue en premier par l'arbitre ne laissera aucune marge de manœuvre dans la nouvelle instance, l'arbitre étant tenu de respecter l'autorité de la chose jugée⁸ ou l'effet de la première décision qui s'imposera. Ayant épuisé son pouvoir de juger – en d'autres termes ne pouvant pas rejurer – certaines questions dans la seconde procédure, on pourrait difficilement reprocher à l'arbitre d'avoir un « préjugé » concernant ces questions, l'arbitre étant obligé d'appliquer la solution précédemment rendue.

Le préjugé ne saurait concerner que les questions de fait ou de droit que l'arbitre est en mesure de juger, celles donc où l'arbitre conserve une marge de manœuvre. Mais celle-ci n'exclut-elle pas par nature tout préjugé, sauf l'hypothèse très rare de l'existence d'un *obiter dictum* dans la première sentence concernant le litige objet de l'instance parallèle.

Le droit suisse adopte une formule qui semble confirmer cette analyse : « *le fait qu'un magistrat a déjà agi dans une cause peut éveiller un soupçon de partialité. Le cumul des fonctions n'est alors admissible que si le magistrat, en participant à des décisions antérieures relatives à la même affaire, n'a pas déjà pris position au sujet de certaines questions de manière telle qu'il ne semble plus qu'à l'avenir exempt de préjugés et que, par conséquent, le sort du procès paraît déjà scellé. [...] Il n'en va pas autrement dans le domaine de l'arbitrage* »⁹.

Compris ainsi, le préjugé objectif devient un cas d'école et l'exception réduite à un domaine très étroit. C'est pour cette raison que tous les arrêts qui ont eu à se pencher sur un reproche de préjugé objectif d'un arbitre ont rejeté le recours en écartant l'existence d'un quelconque préjugé¹⁰.

L'approche de la jurisprudence concernant les juges étatiques, à l'aune des conditions d'impartialité posées par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ne semble pas différer considérablement de cette approche en considérant que le fait pour un même juge de statuer sur des litiges connexes, voire sur le même litige, n'est pas en principe contraire au droit à un tribunal indépendant et impartial. Cela a été jugé lorsqu'étaient en question des litiges analogues et voisins sur le fond¹¹. Cela a aussi été jugé lorsque le même juge est appelé à statuer sur le fond d'une affaire dans laquelle il a ordonné préalablement une mesure provisoire¹². La seule exception est le cas dans lequel

8. Attaché à toute sentence arbitrale dès qu'elle est rendue, cf. article 1484 CPC.

9. TF, 10 juin 2010, préc.

10. Outre la jurisprudence citée, TGI Paris Ord. Réf., 26 mai 1997, *Origny c/ Mouret*, inédite, citée par M. Henry, art. préc.

11. V. par ex. Cass. civ. 2^e, 4 décembre 2003, Bull. civ. n° 361, pourvoi n° 01-16420 : « *le fait que cette formation ait déjà statué entre les mêmes parties dans des litiges analogues ou voisins, ne constituait pas une circonstance qui permette objectivement de suspecter l'impartialité de cette juridiction* ».

12. Cass. A.P., 6 novembre 1998, Bull. AP, n° 4, pourvoi n° 95-11006 : « *la circonstance qu'un magistrat statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement* ».

le magistrat qui statue sur le fond a eu préalablement l'occasion d'accorder dans la même affaire une provision au motif que l'obligation n'était pas sérieusement contestable¹³.

II. Le critère du déséquilibre entre les membres du tribunal arbitral

Il vient d'être exposé que, somme toute, les risques d'atteinte effective à l'impartialité d'un arbitre en raison de l'existence d'un éventuel *préjugé* tiré de la participation de l'arbitre à un précédent arbitrage ou dans un arbitrage parallèle connexe sont limités, voire même inexistants.

Dans ce premier cas, la question de l'impartialité de l'arbitre s'apprécie vis-à-vis de l'une des parties à l'arbitrage, par le biais du critère du *préjugé*.

Dans l'hypothèse d'un arbitre présent dans deux tribunaux arbitraux saisis de litiges connexes, comme ce fût le cas dans les deux tribunaux arbitraux de l'affaire *Gulf Leaders*, la question de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre, c'est-à-dire son absence de parti pris, se pose également à l'égard des autres arbitres formant le second tribunal arbitral.

Au fond une telle interrogation se trouve enfouie dans le secret du délibéré arbitral.

L'arbitre qui participait à la première instance arbitrale connexe détient-il une connaissance particulière du droit et/ou des faits de l'affaire de nature à lui donner un avantage, à lui permettre d'influencer ses co-arbitres ?

Le fait qu'un arbitre détienne une connaissance supérieure, plus approfondie de l'affaire est-il susceptible de créer chez lui un risque de partialité constitutif d'une atteinte aux droits fondamentaux des parties dans l'arbitrage ?

En l'espèce, le demandeur en annulation mettait en cause l'influence que pouvait exercer sur la propre opinion de l'arbitre sa participation aux deux instances arbitrales. Il ne semble pas, à la lecture de l'arrêt commenté, qu'un grief ait été tiré de l'influence que pouvait exercer cet arbitre sur les autres membres du second tribunal arbitral, en sorte que la Cour n'apporte pas de précision sur le sujet.

Cependant, cette décision est également l'occasion de déterminer si l'existence d'un déséquilibre entre les co-arbitres, tiré de la participation de l'un d'entre eux à différents arbitrages connexes, peut constituer une atteinte à l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral (A) et, le cas échéant, à quelle(s) condition(s) (B).

A. Le déséquilibre entre les arbitres, entendu comme une atteinte à l'indépendance et l'impartialité du tribunal

La question posée ici consiste à identifier les situations dans lesquelles un déséquilibre de connaissance entre les arbitres d'un même tribunal peut constituer

13. Cass. A.P., 6 novembre 1998, Bull. AP, n° 5, pourvoi n° 94-17709, affaire *Bord Na Mona* : « lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation ».

une disparité telle entre ses membres qu'elle atteindrait la capacité de ce tribunal arbitral à juger de façon impartiale les faits qui lui sont soumis.

Le sujet n'est pas de stigmatiser n'importe quel déséquilibre, lequel existe naturellement au sein d'un tribunal arbitral collégial, tant l'exigence d'impartialité d'un tribunal, quelle que soit sa nature, ne peut être effectivement garantie que si elle est équilibrée, afin d'éviter une instrumentalisation déloyale de la question par les parties, et de placer le juge dans un climat de confiance¹⁴.

Aussi, le point est de caractériser une situation qui, au plan juridique, constitue une atteinte effective aux droits fondamentaux des parties à l'arbitrage.

Un auteur a, déjà, identifié cette question comme étant une source potentielle d'atteinte à l'impartialité d'un tribunal lorsqu'un arbitre détiendrait une « *information privilégiée sur la cause* » en raison de sa participation à une instance connexe¹⁵.

Si l'on s'en tient à l'exigence de l'apparence d'impartialité du tribunal arbitral, l'idée suggérée est que la présence du même arbitre dans plusieurs instances connexes soulève un risque tant au regard des rapports qu'il entretient avec ses co-arbitres, mais également au regard de son indépendance, au sens juridique du terme, à l'égard de la seconde affaire.

Or une telle situation n'est pas un cas d'école. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de sanctionner la situation dans laquelle un arbitre a effectivement exercé une influence au sein d'un second tribunal en raison des connaissances acquises dans une procédure parallèle. Pour la Cour de cassation, une telle situation constitue une violation des droits de la défense conduisant à déclarer la sentence étrangère contraire à l'ordre public international français, faute d'impartialité de l'un des arbitres du tribunal¹⁶.

Le principe selon lequel la participation d'un arbitre à plusieurs tribunaux saisis d'instances connexes puisse constituer une atteinte à son impartialité étant acquis, reste alors à déterminer les conditions dans lesquelles le déséquilibre entre les arbitres peut constituer un vice dans la constitution du tribunal arbitral.

B. Les conditions du déséquilibre entre les arbitres

L'on peut admettre que le déséquilibre d'informations connues et partagées entre les arbitres d'un même tribunal arbitral soulève un risque de méconnaissance des principes d'indépendance et d'impartialité.

Il va de soi, pour autant, qu'un tel déséquilibre ne saurait *per se* conduire à remettre en cause la régularité de la procédure arbitrale, par exemple lors du recours en annulation.

Est-il dès lors possible d'identifier les circonstances ou les conditions dans lesquelles un tel déséquilibre constitue une atteinte aux garanties fondamentales de la procédure ?

Sans qu'il se soit prononcé sur ce sujet, l'arrêt *Gulf Leaders* ouvre des pistes, utilement complétées par la jurisprudence antérieure. L'analyse de cette jurisprudence nous conduit à constater qu'un déséquilibre entre les membres du tribunal arbitral

14. L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010, spéc. n° 166.

15. C. Raymond, article précité.

16. Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1998, *Société Excelsior Film c/ société UGC-PH*, Rev. arb. 1999.255, note Ph. Fouchard.

ne peut être susceptible de remettre en cause l'indépendance et l'impartialité du tribunal qu'aux conditions, d'une part, qu'un des arbitres détienne des informations pertinentes, et, d'autre part, qu'il en fasse un usage déloyal.

Si l'on s'en tient, d'abord, à la lecture de l'arrêt, la difficulté de la participation d'un ou plusieurs arbitres à des instances arbitrales connexes survient, indique la Cour : « *si l'appréciation portée par l'arbitre dans la première procédure sur un ensemble indissociable de fait et de droit entraîne logiquement certaines conséquences sur les questions à trancher dans la seconde* ».

Dans le cadre de procédures parallèles ou connexes, pour qu'un arbitre puisse exercer une quelconque influence sur les autres membres du second tribunal arbitral, encore faut-il qu'il ait eu l'occasion d'apprécier au cours de la première instance un certain nombre d'éléments de fait et de droit de nature à avoir effectivement des conséquences sur la seconde. C'est le caractère pertinent, ou privilégié pour reprendre une terminologie financière déjà utilisée¹⁷, de l'information détenue par l'un des membres du tribunal arbitral.

À défaut d'une telle appréciation sur des éléments utiles à la seconde procédure, on imagine mal comment la participation d'un arbitre à deux instances connexes pourrait le placer dans une situation de supériorité à l'égard des autres arbitres du second tribunal¹⁸.

Il n'est pas certain, par exemple, qu'en l'espèce le fait pour le président du premier tribunal arbitral d'avoir connu des débats et des questions de droit relatifs à la validité du contrat principal soit de nature à lui conférer le pouvoir d'influencer les autres arbitres saisis de l'engagement de caution.

On admettra, en revanche, que tel sera le cas lorsque l'arbitre s'est prononcé, une première fois, par un *obiter dictum* sur tout ou partie de la question soulevée dans le second arbitrage. De fait, il n'est pas contestable dans cette situation que ce que l'arbitre aura décidé une première fois sur les faits ou sur le droit lui conférera un pouvoir d'influence sur ses co-arbitres du second tribunal¹⁹.

De la même façon, on a pu relever le défaut d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre présent dans la formation appelée à statuer sur le recours formé contre une sentence rendue par un premier tribunal arbitral dans lequel il siégeait déjà²⁰. Ici encore, l'arbitre a eu une première fois l'occasion d'apprécier un « *ensemble indissociable de fait et de droit* » de nature à lui permettre d'influencer les arbitres saisis du recours.

On observera, au demeurant, que dans des hypothèses similaires concernant l'indépendance du juge étatique la jurisprudence judiciaire statue également en ce sens²¹.

La rareté de la jurisprudence et le caractère exceptionnel des cas dans lesquels elle a été amenée à se prononcer invitent cependant à manier un tel grief avec parcimonie.

17. C. Raymond, article précité.

18. Admettant pourtant qu'une telle situation constitue une cause de récusation, TGI Paris, 2 mars 2012, *SAS CSF c/ SARL LAMOTTE DISTRIBUTION*, Rev. arb. 2013.183, note crit. J. Ortscheidt.

19. Affaire *Setec c/ Siccapp* précitée.

20. TGI Paris, 29 juin 1989, Rev. arb. 1990.506.

21. Par ex. Cass. civ. 2^e, 5 mai 1993, Bull. civ. II, n° 159, pourvoi n° 91-19099, aux termes duquel la Cour de cassation décide, au visa de l'article 6§1 de la CEDH, que : « *Attendu que le juge des tutelles ne peut faire partie de la formation du tribunal de grande instance qui connaît du recours exercé contre la décision [d'ouverture de la tutelle] qu'il a rendue* ».

En outre, pour qu'il puisse être utilement invoqué, les parties doivent être en mesure de démontrer l'existence de ce déséquilibre entre les membres du tribunal arbitral, lequel, on l'a dit, risque fort d'apparaître lors de la phase secrète du délibéré arbitral.

Dans l'arrêt *Excelsior* précité, la jurisprudence fournit l'illustration rare d'un cas où ce déséquilibre était porté à la connaissance des parties par sa révélation dans la sentence arbitrale du second tribunal.

Or cet arrêt a, également, conduit la Cour de cassation à préciser les conditions dans lesquelles la participation d'un arbitre à plusieurs instances arbitrales connexes pouvait constituer un déséquilibre portant atteinte aux droits de la défense de chacune des parties.

En l'espèce, l'arbitre qui siégeait dans les deux procédures avait communiqué au second tribunal arbitral des informations fausses qu'il tirait de sa participation au premier tribunal arbitral, lesquelles étaient susceptibles d'influencer les arbitres du second tribunal.

Un tel comportement caractérise, selon la Cour de cassation, une attitude déloyale de l'arbitre qui rompt l'égalité entre les parties, et constitue une violation des droits de la défense²².

Il faut déduire de cette solution que l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral sont remises en cause lorsque l'arbitre participant ou ayant participé à une instance arbitrale connexe fait un usage déloyal à l'égard de ses co-arbitres des connaissances qu'il tient de sa participation aux différentes instances. Dans un tel cas, le déséquilibre patent entre les membres du tribunal arbitral remet en cause l'indépendance et l'impartialité du tribunal lui-même. Il est vrai, comme le relevait le commentateur, que la fraude n'est alors plus très loin²³.

Pour autant, l'usage déloyal d'une information dans l'objectif d'influencer le délibéré des autres membres suppose, comme cela a été souligné, que l'information en question soit pertinente.

C'est pourquoi, en l'état actuel de la jurisprudence, le critère du déséquilibre entre les membres d'un tribunal arbitral doit pouvoir effectivement être invoqué pour remettre en cause l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre s'il est avéré, de façon cumulative, que cet arbitre avait acquis lors de la première instance des informations spécifiques de fait et de droit déterminantes pour la seconde instance et s'il est démontré, en outre, qu'il en a fait un usage déloyal, en les déformant par exemple, au cours de la seconde procédure.

Il résulte que la jurisprudence française n'est pas hostile par principe à la participation du même arbitre dans des procédures connexes et qu'elle ne prononce des sanctions que dans des cas tout à fait particuliers. La raison peut être recherchée dans le fait qu'il en va souvent de la bonne administration de la justice qu'un même tribunal arbitral puisse connaître de litiges connexes qui souvent forment un tout difficilement dissociable et le fait que le morcellement du litige est parfois dû à la seule stipulation de conventions d'arbitrages incompatibles

22. On observera que le fait, à l'inverse, de cacher des informations essentielles obtenues dans la première procédure et le refus de soumettre aux débats contradictoires ces informations pourrait tout autant constituer un usage déloyal de sa connaissance par l'arbitre, reste, en ce cas, à être en mesure d'établir la réalité de cette connaissance.

23. Note Ph. Fouchard sous l'arrêt *Excelsior*, précité.

(par exemple par la désignation de centre d'arbitrage ou de sièges d'arbitrages²⁴ différents) qui rendent impossible la jonction des procédures dans une seule et même procédure.

Extraits de la décision

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 1 — Chambre 1

ARRÊT DU 9 SEPTEMBRE 2014

Numéro d'inscription au répertoire général : 13-01333

Décision déférée à la Cour : Recours en annulation d'une sentence du 15 novembre 2012 rendue par le tribunal arbitral de Paris composé de MM. X. et Y., arbitres, et de M. Z., président

DEMANDEUR AU RECOURS :

Monsieur Faisal Bin Fayyadh AL GOBAIN [...]

DÉFENDERESSE AU RECOURS :

S.A. CRÉDIT FONCIER DE FRANCE [...]

[...]

Par contrat du 10 juillet 2008 la société anonyme de droit français CRÉDIT FONCIER DE FRANCE (CFF) a consenti à la société saoudienne Gulf Leaders for Management & Services Holding Company (GULF LEADERS) un prêt pour la construction d'un hôpital à Daman (Arabie saoudite). M. FAYSAL BIN FAYYADH AL GOBAIN (le Sheikh FAYSAL), actionnaire majoritaire de l'emprunteur, s'est porté caution de ses engagements. Des différends étant survenus entre les parties relativement à l'emploi des fonds, CFF a résilié le prêt le 30 juillet 2009 et engagé devant la Chambre de commerce international deux procédures d'arbitrage, l'une contre GULF LEADERS, l'autre contre la caution. Dans la première affaire, le tribunal arbitral composé de MM. W. et Y., arbitres, et de M. Z., président, a rendu à Paris le 31 juillet 2012 une sentence qui condamnait la débitrice principale à rembourser la somme de 110 millions USD, outre intérêts, pénalités et frais. Le recours en annulation de cette sentence a été rejeté par un arrêt de cette cour du 4 mars 2014 (RG n° 1217681).

Dans la seconde affaire, le tribunal arbitral composé de MM. X. et Y., arbitres, et de M. Z., président, statuant à la majorité de ses membres, a rendu à Paris le 15 novembre 2012 une sentence partielle qui reconnaît la validité du cautionnement.

24. Cf. l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt CA Paris, 1^{re} Ch. C, 16 novembre 2006, *Société Empresa de Telecomunicaciones de Cuba SA c/ SA Telefonica Antillana et SNC Banco Nacional de Comercio Exterior*, Rev. arb. 2008.109, note M. de Boissésou. *Adde*, plus récemment l'affaire *Bioalliance*, Cass. civ. 1^{re}, 6 novembre 2013, pourvoi n° 11-17736.

Un recours en annulation a été formé par le Sheikh FAYSAL le 23 janvier 2013. Par une ordonnance du 12 juin 2014, le conseiller de la mise en état a conféré l'exequatur à la sentence contestée.

Par des conclusions signifiées le 22 juillet 2013, le recourant demande à la cour d'annuler la sentence et de condamner CFF à lui payer la somme de 50 000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile. Il invoque l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral (article 1520 2° du Code de procédure civile), la méconnaissance par les arbitres de leur mission (article 1520 3° du Code de procédure civile) et la contrariété à l'ordre public international de la reconnaissance en France de la sentence (article 1520 5° du Code de procédure civile).

Par des conclusions signifiées le 24 mars 2014, CFF demande à la cour de rejeter le recours et de condamner le Sheikh FAYSAL à lui payer la somme de 150 000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile.

SUR QUOI :

Sur le moyen d'annulation tiré de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral (article 1520 2° du Code de procédure civile) :

Le recourant expose qu'il avait formulé des objections à la désignation de M. Z. au moment de la constitution du tribunal arbitral et que sa demande de récusation a été rejetée par la cour de la Chambre de commerce international. Il soutient que M. Z. ayant précédemment présidé le tribunal arbitral qui s'est prononcé sur le contrat de prêt, son opinion s'en est trouvée influencée dans le jugement du second dossier relatif au cautionnement. Il fait spécialement valoir que le président du tribunal arbitral a exprimé des préventions à son égard au cours de l'instruction de la première affaire. Il ajoute que ce préjugé revêt une importance particulière au regard des pouvoirs dont est investi le président de la formation arbitrale.

Considérant qu'il appartient au juge de la régularité de la sentence arbitrale d'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités qui sont l'essence même de la fonction arbitrale ;

Considérant, en premier lieu, que le fait qu'un arbitre, fût-ce le président du tribunal arbitral, siège dans deux instances parallèles n'est pas, par lui-même, de nature à faire raisonnablement douter de son indépendance et de son impartialité, à moins que la décision rendue dans l'une des affaires constitue un préjugé défavorable à l'égard d'une partie dans l'autre instance ; qu'il n'en va ainsi, toutefois, que si l'appréciation portée par l'arbitre dans la première procédure sur un ensemble indissociable de fait et de droit entraîne logiquement certaines conséquences sur les questions à trancher dans la seconde ;

Considérant qu'il appartient au recourant d'explicitier les éléments de la première sentence d'où se déduirait un préjugé défavorable à son égard ; que le Sheikh FAYSAL se borne à énoncer que la décision sur la question de la résiliation du contrat de prêt liant CFF à GULF LEADERS, dont il est l'actionnaire majoritaire, a eu un impact direct sur l'affaire du cautionnement, accessoire du contrat principal, et que « *les appréciations que le tribunal arbitral s'est forgées s'agissant du Sheikh FAYSAL dans l'affaire principale ont influencé le tribunal arbitral dans l'affaire de caution* » ;

Mais considérant que ces allégations générales sont impropres à faire ressortir, dans la sentence du 31 juillet 2012, un préjugé du litige ayant donné lieu à la sentence présentement contestée, alors que la première instance arbitrale opposant le prêteur, CFF, à l'emprunteur, GULF LEADERS portait sur le bien-fondé de la résiliation du contrat de prêt, et que la seconde instance, opposant CFF au Sheikh FAYSAL, portait sur les questions distinctes de la régularité du cautionnement, et de l'existence d'une obligation de donner une caution valable ;

Considérant que le recourant soutient, en second lieu, que les conditions dans lesquelles la première affaire a été instruite ont manifesté l'altération de l'indépendance d'esprit de M. Z. à son égard ; qu'il expose que n'étant pas venu témoigner à Paris pour des raisons médicales tenant à la fracture d'un doigt, un débat avait eu lieu devant le tribunal au sujet de son offre d'être entendu à Bahreïn ; qu'à cette occasion, le président s'était exprimé en ces termes : *« Je me suis personnellement intéressé à la pathologie de l'auriculaire gauche. Apparemment, c'est une fracture qui peut être douloureuse ; la guérison prend quatre à six semaines. Cela n'empêche pas apparemment de prendre l'avion. Si le Sheikh FAYSAL décide de ne pas prendre l'avion, c'est sa responsabilité. Nous estimons que, après six semaines, il doit être en mesure de venir témoigner ici, à Paris, si effectivement il souhaite témoigner »* ;

Considérant que de tels propos, objectifs et mesurés, n'étaient pas de nature à faire naître dans l'esprit du recourant un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de M. Z. dans la seconde procédure ; que le Sheikh FAYSAL ne peut pas davantage laisser entendre qu'un sentiment de prévention du président du tribunal arbitral à son égard serait démontré par la circonstance que son témoignage n'ait pas été sollicité dans la seconde affaire, alors qu'étant partie à cette instance, il lui était loisible de comparaître en cette qualité, et d'être entendu s'il le souhaitait ;

Considérant que le premier moyen doit donc être écarté ;

Sur le moyen d'annulation tiré de la méconnaissance par les arbitres de leur mission (article 520 3° du Code de procédure civile) :

Le recourant soutient que le tribunal arbitral, en écartant l'application des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, a méconnu sa mission, d'une part, par refus d'application du droit français choisi par les parties, d'autre part, par usurpation des pouvoirs d'amiable compositeur.

Considérant que le tribunal arbitral a été saisi sur le fondement de la clause compromissoire stipulée par le contrat de cautionnement du 10 juillet 2008 ; que l'article 13 de cette convention prévoyait l'application du droit français à la garantie ;

Considérant que le Sheikh FAYSAL a soutenu au cours de l'instance arbitrale que l'acte de cautionnement était nul dès lors que les mentions manuscrites exigées par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation n'y avaient pas été apposées par lui mais par son conseil ;

Considérant que pour déclarer le contrat valable, le tribunal arbitral, statuant à la majorité, a recherché, d'une part, le champ d'application de ces dispositions dans l'ordre international au regard des règles françaises de conflit de lois, puis estimé, en interprétant les clauses du contrat les unes par rapport aux autres, qu'en acceptant que les formules manuscrites soient apposées par le conseil de

la caution, la commune intention des parties avait été d'écarter l'application des dispositions précitées du Code de la consommation ;

Considérant que les arbitres, en fondant leur raisonnement sur les règles du droit international privé français, ainsi que sur les principes établis dans le Code civil pour l'interprétation des contrats, se sont conformés à leur mission de juger le litige en droit et par application de la loi française ;

Considérant que sous couvert de méconnaissance par les arbitres de leur mission, le moyen invite la cour à une révision au fond de la sentence interdite au juge de l'annulation ; qu'il ne peut qu'être écarté ;

Sur le moyen d'annulation tiré de la violation de l'ordre public international (article 1520 5° du Code de procédure civile) :

Le recourant soutient que l'exécution en France d'une sentence qui donne effet à un engagement de caution dépourvu de la mention manuscrite exigée par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation est contraire à l'ordre public international.

Considérant que l'article L. 341-2 du Code de la consommation dispose : « *Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : "En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même"* ; que suivant l'article L. 341-3 du même code : « *Lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante* » : « *En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X...* ».

Considérant que ces textes édictent des normes dont la méconnaissance par une sentence internationale, à la supposer établie, n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international ; que le moyen doit donc être écarté ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté ;

Sur l'article 700 du Code de procédure civile :

Considérant que le Sheikh FAYSAL, qui succombe, ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile ; qu'il sera condamné sur ce fondement à payer la somme de 100 000 euros à CFF ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le recours en annulation de la sentence rendue entre les parties le 15 novembre 2012. Condamne M. FAYSAL BIN FAYYADH AL GOBAIN aux dépens qui seront recouverts conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de procédure civile. Condamne M. FAYSAL BIN FAYYADH AL GOBAIN à payer à la SA CRÉDIT FONCIER DE FRANCE la somme de 100 000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile.