

Comment vérifier l'indépendance de vos arbitres ?



Béatrice CASTELLANE, Animatrice des débats, Avocate, AMCO, Cabinet Castellane

L'existence d'un doute avéré au regard de l'indépendance d'un arbitre au sein du tribunal arbitral peut conduire à la remise en cause de votre sentence arbitrale et c'est dommage si elle vous satisfait ! Il convient donc d'être vigilant dès la désignation des arbitres en vérifiant notamment ce qui est de notoriété publique à leur sujet et ce qu'ils ont pu révéler dans leur déclaration d'indépendance conformément à leur « obligation de révélation ». Dans quels cas faudra-t-il réagir ? « Les nouveaux défis des fonctions d'arbitre » : tel était le thème du séminaire organisé par ICC France le 5 juillet 2012. Les nombreuses questions et apports de la salle ont montré l'intérêt que suscite ce sujet très actuel et concret.

Dans ses propos introductifs, François Georges, *Délégué général d'ICC France*, a rappelé que la Chambre internationale d'arbitrage d'ICC représente environ 55% du marché de l'arbitrage international et qu'au cours de l'année 2011, 800 nouvelles demandes provenant de 140 pays et impliquant 2.300 parties sont parvenues à la Cour internationale. Le portefeuille des litiges en cours représente un volume de près de 100 milliards USD. Face à l'importance de ce mode de règlement des litiges, les institutions arbitrales effectuent un travail très important en amont afin de garantir aux parties un procès équitable, c'est-à-dire des juges impartiaux. La vérification de leur indépendance à l'égard de toutes les parties est l'un des garde-fous contre la partialité. Les institutions arbitrales ont à cœur de répondre aux exigences légitimes de transparence exprimées par les usagers de l'arbitrage. Toutefois la sérénité des arbitres étant indispensable au déroulement d'un procès juste, il ne faut pas risquer de les fragiliser dans leur fonction. La nouvelle ampleur des contentieux arbitraux conduit les institutions et les professionnels à s'auto-réguler pour sécuriser les sentences dans un contexte désormais élargi. Ce fut la synthèse pertinente de Carole Malinvaud, Présidente de la Commission Arbitrage d'ICC

France et Avocate, Cabinet Gide Loyrette Nouel.

La nécessité d'un contrôle approfondi par les parties de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres

La première position développée, et soutenue par Jean-Claude Najjar, Directeur juridique de *General Electric France*, est celle de la nécessité d'une transparence absolue des arbitres par le biais de l'abondance des déclarations de fait afin de gagner la plus grande confiance des parties. En effet, le risque d'annulation d'une sentence pour vice de constitution du tribunal en raison d'un défaut d'indépendance d'un des arbitres allonge la durée des procédures. Or, le temps c'est de l'argent, et aujourd'hui le coût de l'arbitrage est devenu problématique, d'autant qu'un nombre croissant d'entreprises introduisent aujourd'hui des clauses de médiation précédant l'arbitrage pour tenter de régler le litige en dehors d'un tribunal arbitral. Pour cet utilisateur de l'arbitrage, il semble donc utile que soient révélées le plus d'informations possible pour une meilleure sécurité juridique.

Toute la question est de savoir dans quels cas vous pourrez vous inquiéter d'un risque de partialité de vos arbitres. Dans trois cas explicités

par Benoît Le Bars, Avocat, Cabinet *Lazareff Le Bars*: le cas du rapport de subordination, la présence d'intérêts communs (courant d'affaires, dépôt commun d'un brevet entre un arbitre et une partie par exemple), l'existence de liens personnels, familiaux ou amicaux.

S'agissant des liens professionnels, au regard de la jurisprudence française récente, il appartient par exemple à l'arbitre qui serait membre d'un cabinet d'avocat mondial d'effectuer un sérieux «*conflict check jusqu'au dernier recoin de l'empire*» selon Jean-Claude Najjar. Une telle recherche constitue en effet une apparence d'indépendance et d'impartialité. Autrement dit, l'arbitre se voit imposer maintenant, en plus du devoir de révéler des informations qui, selon lui, pourraient aux yeux des parties entraîner l'existence d'un doute quant à son indépendance, une obligation d'investigation.

Laurent Jaeger, Avocat, Cabinet *Orrick Rambaud Martel*, a brillamment synthétisé ce qui lui semble constituer le nouveau sens du devoir de révélation de l'arbitre : l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre ne serait plus un simple moyen de vérifier son indépendance, elle semble devenue une fin en soi. L'arbitre doit révéler plus que ce qui est susceptible d'affecter son

indépendance, c'est ce qu'exige la Cour internationale d'arbitrage d'ICC et qui fait de l'obligation de révélation un instrument précis de vérification et de mesure de l'indépendance. Il existe maintenant une sorte de présomption de manque d'indépendance face à une absence de révélation, une sorte de renversement de la charge de la preuve.

En cas d'annulation de la sentence pour faute de l'arbitre au regard de son obligation de révélation, on peut imaginer que les parties recherchent sa responsabilité. Une condamnation à payer les frais de la procédure arbitrale ayant abouti à la sentence annulée peut être prononcée.

Toutefois, tous ces éléments, s'ils sont la transcription de la jurisprudence française récente, sont à relativiser car un excès de transparence risquerait d'aboutir à des effets pervers.

A la croisée des chemins entre une demande accrue et justifiée de transparence, et l'absurdité d'un système excessif : La mise en place de repères raisonnables

C'est ce que prône la Cour internationale d'ICC par l'intermédiaire d'Emmanuel Jolivet, Conseiller général près de la Cour internationale d'arbitrage d'ICC, en indiquant « *Oui pour la révélation mais il faut quand même un certain degré de pertinence* ».

Dans la continuité de cette idée, il convient de rappeler que les arbitres doivent déclarer tout ce qui peut, dans l'esprit des parties, créer un doute quant à leur impartialité. Mais comment mener à bout la recherche du contenu de l'esprit des parties, spécialement lorsqu'elles sont d'origines culturelles



→ Laurent Jaeger, Benoît Le Bars, François Georges, Béatrice Castellane, Emmanuel Jolivet, Nathalie Meyer-Fabre, Roland Ziadé, Carole Malinvaud, Jean-Claude Najar

si différentes ? On voit bien ici la limite d'un système qui serait poussé à l'excès.

Roland Ziadé, Avocat, Cabinet *Clearly Gottfried Steen & Hamilton*, rappelle fort justement que les liens devant être révélés sont de nature structurels afin de ne pas conforter un regain de sévérité trop important. Il ne faut donc pas arriver à des comportements tel celui de cet arbitre qui, par prudence, a décidé de révéler que le père de l'une des parties était son professeur de latin au collège.

La Cour internationale d'arbitrage d'ICC a été confrontée à d'autres situations : si un arbitre découvre qu'une des filiales d'une des entreprises partie à l'instance a des actions détenues par un fond dans l'établissement duquel l'arbitre a justement un compte bancaire, doit-il déclarer ce genre d'éléments ? Clairement non.

Autre exemple : un arbitre a déclaré avoir eu pour camarade de classe à l'école maternelle le conseil d'une partie. Une telle circonstance, bien sûr, n'a pas empêché la confirmation de cet arbitre !

Exemple plus délicat et illustration encore de l'analyse au cas par cas, concernant des professeurs de droit membres du comité scientifique d'une revue se réunissant trois à

cinq fois par an avec un autre arbitre du même tribunal ou le conseil d'une partie. Cela doit-il être révélé ? La Cour internationale d'arbitrage d'ICC considère généralement que oui. Dans l'hypothèse où tous les arbitres et les conseils proviennent de pays d'une même culture juridique, cela ne remettra pas en cause l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre. En revanche, si tous les arbitres et les avocats sont européens sauf l'avocat d'une partie qui se situerait dans un pays d'Asie par exemple, la Cour préférera ne pas confirmer l'arbitre par sécurité juridique.

Le principe est donc la révélation mais l'appréciation sera fonction du degré de pertinence et d'avancement de la procédure.

Attention toutefois, comme l'indique fermement Nathalie Meyer-Fabre, Avocate, Cabinet *Meyer Fabre*, à respecter les délais pour agir. Une partie qui n'aura pas soulevé son grief en temps et en heure ne pourra plus soulever l'argument d'un vice de constitution du tribunal après le prononcé de la sentence.

Enfin, n'oublions pas que l'on attend aussi des parties à l'arbitrage qu'elles effectuent une recherche sommaire sur Internet par exemple, ce qui est rapide, très instructif et... à la portée de tous. ■

How can arbitrators' independence be verified?

Béatrice CASTELLANE, Organiser and Moderator, Attorney, Former Member of the Council of the Bar, Cabinet Castellane

The existence of justifiable doubt proved in relation to the independence of an arbitrator may lead to reconsideration of the award and it is a shame if you were satisfied with the award! One should therefore be careful when appointing arbitrators, checking their reputation and what they might disclose in their statement of independence in accordance with their "*Duty of Disclosure*". Under what circumstances must we react? "*The new challenges of an arbitrator*" was the theme of a seminar organized by ICC France on July 5, 2012. Many questions and contributions from the audience showed interest in this very current and practical subject.

In his introductory remarks, François George, Managing Director of ICC France, recalled that the International Chamber of Arbitration represents approximately 55% of the work done in international arbitration and that during the year 2011, 800 new requests from 140 countries involving 2300 parties were submitted to the International Court of Arbitration. The pending cases represent a volume of 100 billion USD. Given the importance of this mode of dispute settlement, arbitral institutions have very important work ahead of them in order to ensure a fair trial to the parties – that is to say with impartial arbitrators. Verification of arbitrators' independence from all parties is one of the safeguards against bias. Arbitral institutions do their best to respond to the legitimate requirements of transparency expressed by users of arbitration. Though the serenity of the arbitrators is essential to the conduct of a fair trial, there must be no risk of undermining their function. The new scope of arbitral disputes has led institutions and professionals to self-regulate in order to secure the awards in this newly expanded context. This was the relevant synthesis of Carole Malinvaud, President of the Arbitration Commission of ICC France and Attorney at Cabinet Gide Loyrette Nouel.

The need for a thorough inspection by the parties of the independence and impartiality of arbitrators

The first position developed and supported by Jean-Claude Najar, Director General of General Electric France, was the need for absolute transparency of arbitrators through an abundance of statements of fact in order to gain greater confidence of the parties. Indeed, the risk of annulment of an award due to an improper constitution of the arbitral tribunal due to a lack of independence of an arbitrator increases the length of the proceedings. However, time is money, and today the cost of arbitration has become problematic, especially as a growing number of companies are now introducing mediation clauses before arbitration to try and settle their dispute outside of an arbitration tribunal. For the user of arbitration, it seems therefore useful to be aware of as much information as possible for greater legal certainty. The real issue is to know in which cases you may worry about the risk of bias of your arbitrators. Benoît Le Bars, Attorney, Cabinet Lazareff Le Bars, identified three such cases: the case of subordinate relationships, the presence of common interests (current affairs, common repository of patent between an arbitrator and a party, for example), and the existence of personal relationships, familial or friendly.

Regarding professional relationships, under the recent French law, it is for example the responsibility of the arbitrator who is a member of a global law firm to conduct a serious "*conflict check until the last corner of the empire*" according to Jean-Claude Najar. Such research truly gives the appearance of independence and impartiality. In other words, the arbitrator is now responsible for an investigation, in addition to the duty to disclose information which, in his opinion, could lead to doubt of his independence in the parties' eyes.

Laurent Jaeger, Attorney, Cabinet Orrick Rambaud Martel, brilliantly summarised what seems to be the new sense of duty of the arbitrator's disclosure: the obligation of disclosure hanging over the arbitrator would no longer be a simple way to verify his or her independence; the disclosure seems to have become an end in itself. The arbitrator must disclose more than what is likely to affect his or her independence, which is required by the International Court of Arbitration and which makes the disclosure duty an accurate measurement and verification of independence. There is now a presumption of lack of independence from a lack of disclosure, a kind of reversal of the burden of proof. In case of annulment of the award of the arbitrator for misconduct in relation to his or her obligation of disclosure, one can imagine that the parties shall seek his or her responsibility. An order to pay the costs of the arbitral proceedings which resulted in the annulled award may be imposed. However, all these elements, if they are the outcome of the recent French case law, must be put into perspective because too much transparency might lead to perverse effects.

At the crossroads between increased requirement and justified transparency, and the absurdity of an excessive system: The implementation of reasonable benchmarks

This is what was advocated by the ICC International Court through Emmanuel Jolivet, General Counsel by the International Court of Arbitration, when he indicated "*Yes to disclosure, but there must be a certain degree of pertinence.*"

In line with this idea, it should be noted that arbitrators must disclose anything that, in the minds of the parties, can create doubt of their impartiality. How to conduct research on the inclinations of the parties, especially when they are of such different cultural backgrounds? Here one can see the limits of a system that would be pushed too far.

Roland Ziadé, Attorney, Office of Clearly Gottlieb Steen & Hamilton, rightly points out that relationships might be proven to be structural in nature, so as not to reinforce a renewal of excessive severity. It should therefore not reach behavior such as that of one arbitrator who, in an attempt to be prudent, disclosed that the father of one party was his Latin teacher at middle school.

The International Court of Arbitration has faced other situations: if an arbitrator finds that a subsidiary of the companies that are party to the proceedings has shares held by a fund in a bank in which the arbitrator holds an account, must he or she report such things? Clearly not.

Another example: an arbitrator declares that he was in the same kindergarten class as one of the parties. Such a circumstance, of course, has not prevented the confirmation of the arbitrator! A more delicate example and illustration of a case-by-case analysis: law professors who are on a scientific review committee and therefore are meeting three to five times a year with another arbitrator who is in the same arbitral tribunal or who is the counsel for a party. Should this be disclosed? The International Court of Arbitration generally considers that yes, this should be disclosed. In the event that all arbitrators and attorneys were to come from countries with the same legal culture, this does not call into question the independence or impartiality of the arbitrator. However, if all arbitrators and lawyers were European except the attorney for a party from an Asian country, for example, the ICC Court of Arbitration prefers not to confirm the arbitrator for legal security.

The principle is therefore the disclosure, but the assessment of the facts disclosed will depend on the degree of pertinence to and stage of the proceedings. We must be vigilant, however, as strongly indicated Nathalie Meyer-Fabre, Attorney, Cabinet Meyer Fabre, to respect deadlines for action. A party who does not raise any objection in a timely manner can no longer raise the argument of an improper constitution of the arbitral tribunal after the award has been made.

Finally, we must not forget that it is also expected that the parties in the arbitration perform a brief search on the Internet for example, which is fast, very informative and ... accessible to all.

