

Journal du Droit International

Clunet

Paraissant tous les trois mois

Janvier-Février-Mars 2018
n° 1/2018

Directeur : Jean-Michel JACQUET
Fondé en 1874 par Édouard CLUNET

Continué par André PRUDHOMME (de 1923 à 1948),
Berthold GOLDMAN (de 1950 à 1993) et Philippe KAHN (de 1985 à 2002).

Sous le haut patronage de :

J.-D. BREDIN, J. DEHAUSSY,
J. LEMONTEY, M. LONG,
J. VASSOGNE, S. ROZES, P. WEIL

**Journal publié avec le
concours de la CNUDCI**

nationalité, lorsque le défunt a choisi sa loi nationale pour régir sa succession (art. 6 et 7). Dans le domaine des successions, les juridictions de l'État de situation des biens ne sont donc compétentes, pour protéger au partage d'un immeuble, qu'à titre subsidiaire, lorsque le défunt réside dans un État tiers au moment de son décès (art. 10).

D'autre part, et depuis l'entrée en vigueur du règlement Bruxelles I bis, qui écarte de son champ d'application non seulement les « régimes matrimoniaux » (comme le règlement Bruxelles I) mais également, et c'est une nouveauté, « les régimes patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, sont réputés avoir des effets comparables au mariage » (art. 1^{er}, § 2, *ss a*), la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux d'un couple marié ou uni par un partenariat enregistré ne sont pas appréhendés par le droit européen, comme pour les concubins, mais par le droit commun, lequel repose sur une extension à l'ordre international de l'article 1070 du Code de procédure civile et, à titre subsidiaire, sur les articles 14 et 15 du Code civil. En principe, le juge français aux affaires familiales, désigné en droit interne pour connaître de l'action en partage d'une indivision entre personnes liées par un pacte civil de solidarité (COJ, art. L. 213-3, 1^{er}) ou entre époux (COJ, art. L. 213-3, 2^o) (V., admettant cette compétence en l'absence de séparation des époux, le partage étant provoqué par le créancier personnel d'un indivisaire, *Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 2017, n° 15-28.34-i, Sté Metelmann & Co GmbH c/ Epx Attia : JurisData n° 2017-010371 ; Bull. civ. à paraître ; Procédures 2017, comm. 199, M. Douchy-Oudot ; JCP N 2017, 1282, note L. Mauger-Vielpeau ; D. 2017, p. 2012, note N. Pierre et S. Pierre-Maurice ; D. actualité, 21 juin 2017, obs. M. Kebir ; AJ fam. 2017, p. 487, obs. J. Casey ; RTD civ. 2017, p. 620, obs. J. Hauser), est internationalement compétent lorsque se trouve en France la résidence de la famille et, en cas de résidence séparée, la résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs ; ou la résidence de l'époux défendeur ; ou, en cas de demande conjointe, la résidence de l'un des époux. Le lieu de situation de l'immeuble est, on le voit, dénué de pertinence. Il ne joue un rôle que lorsqu'aucun des critères de l'article 1070 n'est réalisé en France et que la compétence internationale du juge français résulte des privilèges de juridiction. En ce cas, le juge français n'admet sa compétence que pour partager des immeubles situés en France et la refuse, corrélativement, si les immeubles sont situés à l'étranger (*Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1970, Weiss, préc.*). La solution rejoint alors celle de l'arrêt commenté.*

En toute hypothèse, l'entrée en vigueur, à compter du 29 janvier 2019, des règlements du 24 juin 2016 relatifs pour l'un aux régimes matrimoniaux et, pour l'autre, aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, n'inversera pas la tendance. Lorsque la liquidation du régime matrimonial fait suite au décès de l'un des époux ou de l'un des partenaires, les juridictions compétentes sont celles qui ont été saisies des questions successorales (art. 4). Lorsque les questions de régime matrimonial ou d'effets patrimoniaux sont en relation avec une affaire de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage ou, le cas échéant, de dissolution ou d'annulation d'un partenariat enregistré, les juridictions compétentes pour cette affaire peuvent, à certaines conditions, être compétentes pour les questions patrimoniales (art. 5). Les juridictions de l'État membre du lieu de situation d'un immeuble ne seront compétentes pour statuer sur une demande

en partage dans aucune de ces deux hypothèses. En dehors même d'une succession ou d'une dissolution de la relation, elles ne seront compétentes pour statuer sur un bien immobilier qu'à titre infiniment subsidiaire, lorsqu'aucun des différents chefs de compétence énoncés par ailleurs ne désigne les juridictions d'un État membre (art. 10).

En définitive, l'interprétation autonome des concepts du droit de l'Union, à laquelle se rallie de façon tout à fait louable la Cour de cassation dans l'arrêt commenté, n'implique nullement l'uniformité des solutions retenues par les divers instruments européens.

VALÉRIE PARISOT

Mots-Clés : Règl. Bruxelles I, art. 22 et 25 - Compétence exclusive « en matière de droits réels immobiliers »

6 Arbitrage. – Recours en annulation de la sentence arbitrale. – Irrégularité de la composition du tribunal arbitral. – Déclaration d'indépendance du président du tribunal arbitral. – Arbitre désigné dans une procédure d'arbitrage concernant la société mère d'une partie. – Acte de mission.

Ayant relevé que les articles de presse parus sur cet arbitrage, à ne pas les supposer notoires, étaient aisément accessibles et que la partie, nonobstant la déclaration d'indépendance, avait reconnu dans l'acte de mission que la constitution du tribunal arbitral était régulière et qu'elle n'avait aucune objection à l'encontre des arbitres, la cour d'appel, qui en a déduit qu'elle était réputée avoir renoncé au moyen pris du défaut d'indépendance et d'impartialité, a exactement décidé que le recours en annulation tiré de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral ne pouvait être accueilli.

Cass. 1^{re} civ. – 15 juin 2017. – n° 16-17.108. – République de Guinée Équatoriale / Orange Middle East and Africa. – M^{me} Batut (président). – SCP Ortscheidt, SCP Spinosi et Sureau, Avocat. – JurisData n° 2017-011562.

(...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 22 septembre 2015), que la République de Guinée Équatoriale a conclu un protocole transactionnel stipulant une convention d'arbitrage avec la société France cables et radio, devenue Orange Middle East and Africa (la société), actionnaire avec elle d'une société de télécommunications ; que cette dernière a saisi la Chambre de commerce internationale (la CCI) d'une demande d'arbitrage ;

Sur le moyen unique, pris en ses première et troisième branches, ci-après annexé :

Attendu que ces griefs ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;
Sur la deuxième branche du moyen :

Attendu que la République Équatoriale de Guinée fait grief à l'arrêt de rejeter le recours en annulation contre la sentence, alors, selon le moyen, que, le recours en annulation d'une sentence arbitrale est ouvert si le tribunal a été irrégulièrement constitué ; que l'arbitre doit révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité ; qu'il n'existe aucune obligation spécifique pour les parties de se renseigner sur les arbitres, dès lors que les renseigne-

ments qui leur ont été fournis par l'arbitre ou d'autres parties à l'instance ne sont pas de nature à créer un doute sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre : qu'en l'espèce, il est constant que M. X... président du tribunal arbitral, avait indiqué dans sa déclaration du 14 juillet 2013 n'avoir rien à révéler de nature à mettre en cause son indépendance ou susciter un doute raisonnable sur son impartialité : que le 21 août 2013, le conseil de la société France cables et radio a pris l'initiative d'informer les avocats de la République de Guinée Equatoriale que M. X... avait, en réalité, été désigné arbitre dans une affaire concernant la société Orange, ayant donné lieu à une sentence en 2007, mais qu'il s'agissait de marchés différents et de types de contrats sans rapports avec la présente procédure arbitrale, de sorte que l'indépendance et l'impartialité de M. X... n'étaient pas douteuses : qu'en jugeant pourtant que la République de Guinée Equatoriale aurait dû soulever d'éventuelles objections dans le délai de trente jours à compter du 21 août 2013, prévu à l'article 14 du règlement CCI et qu'à défaut elle était supposée y avoir renoncé, quand elle n'était pourtant pas tenue de procéder à des investigations particulières à la suite des informations communiquées le 21 août 2013 et que ce n'est qu'à l'occasion d'une ordonnance de procédure du 24 janvier 2014, qui lui avait semblé partielle, que la République de Guinée Equatoriale a découvert les circonstances précises de ce précédent arbitrage et en particulier qu'il avait porté sur le même sujet et que la presse espagnole s'était fait l'écho du caractère exagérément favorable à la société Orange de la sentence rendue, de sorte qu'en saisissant le 25 janvier 2014 le secrétariat de

la CCI, la République de Guinée Equatoriale a bien agi dans le délai de trente jours prévu dans le règlement CCI, la cour d'appel a violé les articles 1456 et 1520, 2^o, du code de procédure civile :

Mais attendu que l'arrêt constate que si, dans sa déclaration d'indépendance en date du 14 juillet 2013, le président du tribunal arbitral a indiqué n'avoir à révéler aucun fait ou circonstance de nature à remettre en cause son indépendance ou à susciter un doute raisonnable dans l'esprit des parties relativement à son impartialité, le conseil de la société a, par lettre du 21 août suivant, informé la République de Guinée Equatoriale de ce que le président avait été désigné plusieurs années auparavant par la CCI dans une procédure d'arbitrage sans rapport avec celle en cours, mais impliquant sa société mère ; qu'ayant relevé que les articles de presse parus sur cet arbitrage, à ne pas les supposer notoires, étaient aisément accessibles et que la République de Guinée Equatoriale, nonobstant l'information reçue, avait reconnu dans l'acte de mission du 24 octobre 2013 que la constitution du tribunal arbitral était régulière et qu'elle n'avait aucune objection à l'encontre des arbitres, la cour d'appel, qui en a déduit qu'elle était réputée avoir renoncé au moyen pris du défaut d'indépendance et d'impartialité, a exactement décidé que le recours en annulation tiré de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral ne pouvait être accueilli ; que le moyen, qui s'attaque à des motifs surabondants de l'arrêt, est inopérant ;
 PAR CES MOTIFS :
 REJETTE le pourvoi ;
 (...)

NOTE. – 1. Dans cette affaire la République de Guinée avait demandé à la cour d'appel de Paris l'annulation d'une sentence CCI rendue par un tribunal arbitral qu'elle estimait irrégulièrement constitué. En l'espèce, le président du tribunal arbitral nommé par la cour d'arbitrage de la CCI avait déjà été désigné arbitre dans une affaire concernant Orange, la société mère de la défenderesse, mais n'avait pas révélé ce fait lors de sa déclaration d'indépendance. Pourtant, ceci était connu au moment de la signature sans réserve de l'acte de mission par les parties, ce qui avait conduit la cour d'appel (*CA Paris, 22 sept. 2015, Rev. arb. 2015, p. 1222*) à considérer que le moyen d'annulation de la sentence tenant à la constitution irrégulière du tribunal arbitral (*CPC, art. 1520-2^o*) était irrecevable. La cour a estimé que la République de Guinée y avait renoncé en introduisant tardivement (c'est-à-dire hors le délai de 30 jours après la connaissance des faits prévus par l'article 14(2) du règlement d'arbitrage de la

CCI) une demande de récusation devant la cour d'arbitrage de la CCI (V. D. Bensaude, *Chronique de jurisprudence de droit de l'arbitrage* : *Gaz. Pal.* 7 nov. 2017, p. 30).

2. Le 15 juin 2017, la Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel, avec cette précision que le moyen de cassation à l'encontre des motifs surabondants de l'arrêt d'appel sur le délai de la demande en récusation devant la cour d'arbitrage de la CCI est inopérant. En l'occurrence, la deuxième branche du moyen de cassation reprochait à la cour d'appel une violation des articles 1456 et 1520-2° du Code de procédure civile quant au caractère tardif de la récusation contre le président du tribunal effectuée par la République de Guinée devant la cour d'arbitrage.

3. La République Équatoriale de Guinée rappelait que le président du tribunal arbitral avait indiqué dans sa déclaration d'indépendance du 14 juillet 2013 n'avoir rien à révéler de nature à mettre celle-ci en doute, mais que le 21 août 2013, le conseil de son adversaire, la société Orange Middle East and Africa, avait pris l'initiative d'informer que le président avait déjà été désigné arbitre dans une affaire impliquant la société Orange. Cette affaire, qui avait pris fin par une sentence rendue en 2007, concernait des marchés différents et des types de contrats sans rapport avec la présente procédure de sorte que, de l'avis de la société Orange Middle East and Africa, l'indépendance et l'impartialité du président n'était pas douteuse.

4. Après avoir signé l'acte de mission le 24 octobre 2013, comprenant l'acceptation d'une clause selon laquelle les parties reconnaissent la régularité de la constitution du tribunal arbitral (« les parties reconnaissent que le tribunal arbitral a été régulièrement constitué et qu'elles n'ont, à la date de la signature, aucune objection à l'encontre des arbitres »), la République de Guinée Équatoriale introduisait néanmoins une requête en récusation le 25 janvier 2014 devant la Cour d'arbitrage de la CCI. Cette demande est rejetée le 27 février 2014. Afin d'éviter l'irrecevabilité de son moyen d'annulation de la sentence pour irrégularité de la constitution du tribunal arbitral en raison du manque d'indépendance du président du tribunal arbitral, la République de Guinée Équatoriale avait entrepris de démontrer qu'elle n'avait pu présenter sa demande en récusation avant janvier 2014. Elle expliquait que ce n'est qu'après avoir mené une enquête déclenchée par la lecture le 24 janvier 2014 d'une ordonnance de procédure rendue par le tribunal arbitral que la partialité du président lui était apparue. Cette enquête lui aurait révélé les circonstances précises de l'arbitrage où la société Orange était partie. Cette procédure arbitrale avait donné lieu à la perception d'honoraires très élevés, la partialité de la sentence de 2007 avait été dénoncée dans l'opinion dissidente émise par un coarbitre et la presse espagnole s'était faite l'écho du caractère exagérément favorable à Orange de cette sentence.

5. La cour d'appel avait répondu, qu'à supposer que de telles informations ne puissent être regardées comme notoires dès la nomination du président dont le nom figure expressément dans ces articles de presse en ligne datés de juillet 2010 et février 2011, celles-ci étaient aisément accessibles à compter du 21 août 2013 dans le délai prévu par le règlement d'arbitrage de la CCI (art. 14) pour introduire une récusation, dès lors que l'attention de la République de Guinée

Équatoriale avait été attirée par l'autre partie sur l'existence de ce précédent arbitrage. Pour la cour d'appel, la République avait exercé tardivement son droit de récusation au cours de l'arbitrage et était, par voie de conséquence, réputée avoir renoncé au moyen tiré du défaut d'indépendance ou d'impartialité d'un membre du tribunal arbitral, peu important que la demande de récusation ait fait l'objet de la part de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, d'une décision de rejet et non d'irrecevabilité.

6. Au soutien de l'irrecevabilité opposée au moyen d'annulation fondé sur l'article 1520-2° du CPC de la République de Guinée Équatoriale, l'arrêt de la cour d'appel avait en effet mobilisé le règlement d'arbitrage de la CCI : « suivant l'article 14 (2) du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, la demande de récusation doit être soumise par une partie, à peine de forclusion, soit dans les trente jours suivant la réception par celle-ci de la notification de la nomination ou de la confirmation de l'arbitre, soit dans les trente jours suivant la date à laquelle la partie introduisant la récusation a été informée des faits et circonstances qu'elle invoque à l'appui de sa demande de récusation si cette date est postérieure à la réception de la notification susvisée ». Elle suivait en cela l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire dite « Tecnimont » du 25 juin 2014 qui avait étendu à la contestation de la sentence le respect des délais pour introduire une récusation devant l'institution d'arbitrage en jugeant que la partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'exercer, dans le délai prévu par le règlement d'arbitrage applicable, son droit de récusation en se fondant sur toute circonstance de nature à mettre en cause l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre, est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir devant le juge de l'annulation (*Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2014 : Rev. arb. 2015, p. 85, note J.-J. Arnaldez et A. Mezghani*).

7. Si elle rejette le pourvoi de la République de Guinée Équatoriale, la Cour de cassation le fait avec la motivation suivante « la cour d'appel, qui en a déduit qu'elle était réputée avoir renoncé au moyen pris du défaut d'indépendance et d'impartialité, a exactement décidé que le recours en annulation tiré de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral ne pouvait être accueilli ; que **le moyen, qui s'attaque à des motifs surabondants de l'arrêt est inopérant** ». Cela traduit l'approbation de la Cour de cassation à la solution donnée par la cour d'appel sur l'irrecevabilité du moyen d'annulation de la République de Guinée Équatoriale, mais pas pour tous les motifs que celle-ci a employés au soutien de cette solution. La Cour de cassation ne retient pas l'article 14 du règlement CCI invoqué par la cour d'appel, ni les déductions de la cour d'appel selon lesquelles les informations de presse étaient accessibles à la République de Guinée dans les trente jours de cette information. De même, la Cour de cassation omet toute référence à la conclusion de la cour d'appel selon laquelle la République de Guinée Équatoriale avait exercé tardivement son droit de récusation devant la cour d'arbitrage de la CCI. Ces motifs de l'arrêt de la cour d'appel sont les « motifs surabondants » visés par l'arrêt de la Cour de cassation.

8. La Cour de cassation juge que les seuls motifs qui justifient la décision de la cour d'appel sont les constatations dans l'arrêt attaqué selon lesquelles si, dans sa déclaration d'indépendance, le président du tribunal arbitral avait indiqué n'avoir aucune révélation à faire, le conseil de la société Orange Middle East and Africa avait informé la République de Guinée Équatoriale des fonctions exercées

par le président dans une procédure arbitrale antérieure impliquant la société mère de sa cliente, ainsi que de l'existence des articles de presse sur cette procédure. Ces informations, « à ne pas les supposer notoires » dit la cour d'appel, auraient pu être aisément découvertes par la République de Guinée.

9. L'arrêt commenté autorise encore à comprendre que l'article 1456 du Code de procédure civile invoqué par la République de Guinée Équatoriale au soutien de son pourvoi, selon lequel toute difficulté sur le maintien de l'arbitre doit être tranchée par le juge d'appui dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux, est inopérant pour critiquer une décision du juge de l'annulation de la sentence au sujet de la récusation. Ce moyen de cassation faisait écho à l'arrêt « Tecnimont » précédemment cité du 25 juin 2014 dont les commentateurs avaient souligné la convergence entre le délai de trente jours du règlement CCI pour la récusation et le délai d'un mois du droit commun de l'arbitrage prévu à l'article 1456 du CPC (*Th. Clay : Cah. arb. 2014, p. 547 ; D. 2014, 1985, obs. S. Bollée et D. 2014, p. 1981, note B. le Bars ; JCP G 2014, 977, note C. Nourissat ; JCP G 2014, 1455, obs. Ch. Seraglini*). L'article 1456 du Code de procédure civile n'est d'aucune utilité à partir du moment où les remarques de la cour d'appel sur le délai de la requête en récusation devant l'institution d'arbitrage n'ont pas d'intérêt pour la solution.

10. Dans l'affaire commentée, comme d'ailleurs dans l'affaire « Tecnimont », le sens de la décision de la cour d'arbitrage de la CCI, tel que rapporté dans l'arrêt de la cour d'appel est équivoque. S'agissait-il d'une irrecevabilité de la demande de récusation au motif que l'article 14 al. 2 du règlement prévoit que la demande est formée dans les trente jours à peine de forclusion, ou bien d'un rejet de la demande car non fondée ? La cour d'appel ne s'est pas embarrassée d'une telle question. Elle avait repris le principe du délai de trente jours du Règlement CCI (*art. 11, al. 4*) pour en conclure que le 24 janvier 2014, lorsque la République de Guinée Equatoriale saisit la cour d'arbitrage de la CCI d'une demande de récusation, elle est hors délai puisque son attention avait été attirée sur la question éventuelle dès août 2013.

11. Une doctrine forte avait souligné que la forclusion édictée en matière de récusation par les règlements d'arbitrage ne peut être opposée « au plaideur qui s'attaque à la partialité ou au défaut d'indépendance d'un arbitre, après le prononcé de la sentence, car cette forclusion est de toute évidence, faite pour empêcher les manœuvres ayant pour objet de retarder ce prononcé, et, une fois la sentence rendue, cette raison disparaît » (*P. Bellet : Rev. arb. 1992, p. 568*). Seuls deux commentateurs de l'arrêt « Tecnimont » (*J.-J. Arnaldez et A. Mezghani, note préc. : Rev. arb. 2015, p. 85*) ont relevé que le juge de l'annulation n'est pas un juge de la récusation. Le juge de l'annulation est juge de la régularité de la sentence qui lui est déférée. L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ne doivent compter à ses yeux que pour s'assurer que les garanties d'une justice équitable ont été respectées.

12. Dans le dernier soubresaut de la saga « Tecnimont », le professeur Loquin a remarqué que la position de la Cour de cassation du 25 juin 2014 avait l'inconvénient significatif de contraindre la partie intéressée à multiplier les demandes de récusation en cours d'arbitrage au fur et à mesure des éléments qui sont portées à sa connaissance si elle veut échapper à l'irrecevabilité de sa critique

ultérieure contre la sentence (*E. Loquin, note sous CA Paris, 12 avr. 2016 : Rev. arb. 2017, p. 234*). Or, pour faire jouer la règle de l'estoppel, le juge de l'annulation doit s'assurer, au vu des circonstances de l'espèce, que la partie qui soulève le moyen de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral, n'agit pas de manière déloyale alors qu'elle est restée passive durant la procédure arbitrale. C'est le comportement sur l'ensemble de l'arbitrage qui est apprécié. Et c'est de cette manière que la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel dans l'affaire commentée. En effet, il résulte des constatations portées par la cour d'appel que la République de Guinée n'avait pu sérieusement attendre janvier 2014 avant d'agir alors qu'elle connaissait tout depuis août 2013. Point n'était besoin pour cela de discourir sur le délai du règlement d'arbitrage. En ne reprenant pas les motifs de la cour d'appel sur le délai de récusation du règlement d'arbitrage, la Cour de cassation semble avoir pris conscience des conséquences impliquées par la distinction entre instance d'annulation et instance de récusation.

13. Quelles sont les incidences pratiques de cet arrêt ? Même si les motifs sont simplement taxés de « *surabondants* », on peut sérieusement se demander si, en réalité, la Cour de cassation ne remet pas en cause sa jurisprudence du 25 juin 2014 (concernant l'affaire dite « *Tecnimont* » citée ci-dessus) dans laquelle elle avait estimé qu'une partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'exercer son droit de récusation dans le délai prévu par le Règlement d'arbitrage applicable, est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir devant le juge de l'annulation. Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation fait tout de même fi des conditions de récusation d'un arbitre posées par le règlement d'arbitrage d'une institution. Elle change le focus et ne retient dans la motivation de la cour d'appel que le comportement des parties au cours de l'arbitrage pour déterminer si les parties ont renoncé à contester l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre, indépendamment donc des délais de recours d'un règlement d'arbitrage.

14. Cette évolution souligne qu'une décision prise par une institution d'arbitrage en application de son règlement sur une demande de récusation prévue sans recours, peut pourtant être rediscutée devant le juge de l'annulation de la sentence. En l'espèce, la République de Guinée Équatoriale a succombé dans toutes ses demandes quelle que soit l'instance dans laquelle elle les a présentées mais l'intérêt de la décision commentée est à rechercher dans le fait que, sur le principe, on peut toujours remettre en cause devant le juge de l'annulation toute question liée à la constitution d'un tribunal arbitral, sans que le délai pour agir en récusation devant l'institution d'arbitrage n'y soit un obstacle. Les praticiens prendront donc acte de ce retournement, mais ils constatent qu'un déséquilibre juridique flagrant existe entre une décision de cour institutionnelle d'arbitrage et une décision du juge d'appui, cette dernière étant considérée jusqu'à présent par la cour suprême comme insusceptible de recours (en dernier lieu, *Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2013, n° 12-20.573 : JurisData n° 2013-004220*) contrairement à la première (*Ph. Fouchard, Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique : Rev. arb. 1987, p. 225*, soulignant que la décision de l'institution d'arbitrage n'est qu'un acte de police de

l'instance arbitrale). Comment justifier cette différence de traitement aujourd'hui ?

BÉATRICE CASTELLANE

Mots-Clés : Arbitrage - Déclaration d'indépendance

Journal of International Law

Clunet

January – February – March 2018

N°1/2018

Equatorial Guinea v Orange Middle East and Africa, 15 June 2017¹

6 Arbitration. – Setting aside of arbitral awards. – Irregularity in the constitution of the arbitral tribunal. – Declaration of independence of the president of the arbitral tribunal. – Arbitrator appointed in an arbitration involving the parent company of a party. – Terms of Reference.

1. The Republic of Guinea sought to set aside an award of the International Chamber of Commerce (“the ICC”) before the Paris Court of Appeal on the basis of an irregularity in the constitution of the arbitral tribunal. Indeed, the president of the arbitral tribunal appointed by the Court of the ICC had previously been appointed as an arbitrator in a case involving the parent company of the defendant (Orange) but had not disclosed this when completing his declaration of independence. Nevertheless, this information was known by both parties when the terms of reference were signed with neither reserving their rights in this respect. As a result, the Court of Appeal² decided to dismiss Equatorial Guinea’s attempt to set aside the award, a challenge which was based on the irregular constitution of the arbitral tribunal³. In doing so, the Court of Appeal concluded that the Equatorial Guinea had waived its right to make such a claim by bringing it so late (according to Article 14(2) of the ICC rules, parties have 30 days to make such a claim upon discovering the relevant facts).
2. Pursuant to Articles 1456 and 1520-2 of the French Civil Procedure Rules (“FCPR”) Equatorial Guinea’s request to challenge the arbitrator’s appointment before the ICC Court of Arbitration was said to have been made out of time. On 15 June 2017, the French Supreme Court rejected Equatorial Guinea’s appeal against the Court of Appeal’s decision but added that the question of the time taken to challenge the arbitrator’s appointment before the ICC was irrelevant.
3. Equatorial Guinea argued that the president of the arbitral tribunal should have disclosed his previous appointment in his declaration of independence of 14 June 2013. However, the lawyers for Orange Middle East and Africa argued that on 21 August 2013 they informed Equatorial Guinea that the president of the tribunal had already been an arbitrator in a separate arbitration involving Orange. This arbitration, which resulted in an award being made in 2007, concerned different markets and contracts which were unrelated to the present case such that the opinion of Orange Middle East and Africa was that the independence and impartiality of the arbitrator was not an issue.
4. After the parties signed the terms of reference on 24 October 2013, which included a clause according to which the parties accepted that the arbitral tribunal was properly constituted (“*the parties accept that the arbitral tribunal is properly constituted and that they do not have, at the date of signature of the terms of reference any objections regarding any of the arbitrators*”), Equatorial Guinea sought to challenge the arbitrator’s appointment on 25 January 2014 before the ICC Court.

¹ Cass 1^{re} civ. – 15 juin 2017. – 16-17.108.

² CA Paris, 22 sept. 2015, Rev. Arb. 2015, p. 1222

³ French Civil Procedure Rules, article 1520-2°

The challenge was rejected on 27 February 2014. To circumvent arguments that it should have challenged the arbitrator sooner, Equatorial Guinea attempted to demonstrate that it could not have introduced its challenge any earlier than January 2014. On this basis, Equatorial Guinea argued that it was only after having conducted its own investigation which began after receiving a procedural order from the arbitral tribunal, that the issue of the independence of the president was apparent. According to Equatorial Guinea, this investigation revealed other circumstances relating to the previous arbitration involving Orange including that very high arbitrator fees were sought, that a co-arbitrator had produced a dissenting opinion and that the Spanish press had described the award as overly favourable to Orange.

5. The Court of Appeal stated that even if such information could be considered relevant and thus disclosable at the time of the president's nomination, such articles were easily accessible from 21 August 2013 i.e. within the delay provided by the ICC rules to challenge an arbitrator⁴ not least once Equatorial Guinea had been made aware by its adversary of the existence of the previous arbitration. Accordingly, the Court of Appeal found that Equatorial Guinea had not exercised its right to challenge the appointment of an arbitrator in good time. As a result, Equatorial Guinea was considered to have waived its right to challenge the president's appointment, irrespective of whether this issue had/ had not already been the subject of an ICC Court decision.
6. In dismissing Equatorial Guinea's arguments pursuant to Article 1520-2 of the FCPR, the Court of Appeal's relied on Article 14(2) of the ICC rules which provide that, "*For a challenge to be admissible, it must be submitted by a party either within 30 days from receipt by that party of the notification of the appointment or confirmation of the arbitrator, or within 30 days from the date when the party making the challenge was informed of the facts and circumstances on which the challenge is based if such date is subsequent to the receipt of such notification*". The Court of Appeal's ruling is consistent with the *Tecnimont* decision of 25 June 2014 which found that a party who in full knowledge of an issue relating to the independence and impartiality of an arbitrator failed to challenge the arbitrator in the timeframe provided by the relevant arbitration rules, would be considered to have waived its right to do so before the state judge in any subsequent proceedings which sought to set aside the award⁵.
7. In rejecting Equatorial Guinea's appeal, the French Supreme Court noted that, "*the Court of Appeal which considered that Equatorial Guinea had waived its right to question the independence and impartiality of the arbitrator, has correctly concluded that the action to set aside the award as a result of the improper constitution of the arbitral tribunal cannot succeed; the second ground put forward by Equatorial Guinea to challenge the award is, however, inoperable*." As a result, the French Supreme Court seems to approve the decision reached by the Court of Appeal and also dismisses the arguments of Equatorial Guinea, although not on the basis of the Court of Appeal's reasoning. Indeed, the French Supreme Court ignores all reference to the Court of Appeal's findings as to the late timing of the recusal sought by Equatorial Guinea, describing the issue of timing as simply "surplus to requirements".
8. The French Supreme Court found that although the president of the arbitral tribunal had indicated that he didn't have anything to disclose in the declaration of independence, the lawyers of Orange Middle East and Africa had informed Equatorial Guinea of the president's role during a previous arbitration involving its parent company, and also brought various press articles regarding the issue to its attention. The Court of Appeal found that this information, whether or not disclosable, could in any event have been easily discovered by Equatorial Guinea.

⁴ Article 14 ICC rules

⁵ Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2014 : Rev. Arb. 2015, p. 85, note J.-J. Arnaldez et A. Mezghani

9. The decision of the French Supreme Court leads to the conclusion that Article 1456 FCPR⁶ (which requires challenges to the appointment of an arbitrator to be raised before the state judge within one month of the revelation or discovery of the fact), does not apply when appealing against a binding decision which has already been made on this issue (e.g. by the ICC's Court) before a *juge d'appui*. This basis for setting aside the award was raised in a similar fashion in the *Tecnimont* case of 25 June 2014 according to which the delay to challenge an arbitrator's appointment in the ICC Rules was 30 days in comparison with one month under French law pursuant to Article 1456 FCPR⁷. In any event, the content of Article 1456 FCPR is of no significance if the Court of Appeal when examining the time taken to challenge the arbitrator's appointment before an arbitral institution, doesn't need to apply it to reach a solution.
10. In the present case, as in the case *Tecnimont*, the decision reached by the ICC Court is ambiguous. According to the provisions of Article 14(2) of the ICC Rules, challenges to an arbitrator's appointment must be made within 30 days of discovering facts which give rise to such a challenge. However, in the present case where the challenge was made outside this period, it was unclear whether the challenge was rejected for being out of time or because it lacked merit. The Paris Court of Appeal chose not to touch upon this question by simply citing the 30 day period provided for in the ICC Rules (Article 11(4)) to justify its conclusion that on 24 January 2014, when Equatorial Guinea sought to challenge the appointment of the arbitrator in question, it was out of time as its attention had been drawn to this very issue in August 2013.
11. Doctrine on this issue consistently highlights the fact that the time limits provided by the various arbitration rules to challenge an arbitrator's appointment, can be invoked "*if a party seeks to challenge the independence or impartiality of the arbitrator after the award is notified, as this time limit is aimed at avoiding dilatory tactics which hope to make awards disappear*"⁸. Only two authors suggest that according to *Tecnimont*⁹ a challenge to an award should be brought before a different judge to the judge before whom challenges to the independence of the arbitrator must be brought. On this basis in France, the judge with jurisdiction to deal challenges to arbitrators is not the judge who deals with challenges to awards. The independence and impartiality of the arbitrator should only count in his eyes in order to ensure that the guarantees of a fair system of justice are respected.
12. In the final act of the saga *Tecnimont* Professor Loquin noted that the position of the French Supreme Court had the significant disadvantage of requiring the interested party to multiply its challenges to arbitrators during the arbitration as and when the elements became known to it, if it wanted to avoid a later argument that its challenge was made out of time¹⁰. However, in order to rely on the rule of estoppel, the relevant state judge must ensure in view of the circumstances of the case, that the parties who seek to challenge the constitution of the arbitral tribunal, are not acting in an unfair manner having remained passive during the arbitration itself. In order to reach such a decision, the behaviour of the party throughout the arbitration must be considered. It was on this basis that the French Supreme Court approved the Court of Appeal's decision in this case. Indeed, the decision makes clear that the Court of Appeal's view was that Equatorial Guinea's inaction by waiting until January 2014 to raise an issue that it had known about since August 2013, was not justified. The time provided by the relevant arbitration rules did not even need to be taken into consideration. In choosing not to comment on the Court of Appeal's reasoning on the time for challenges to arbitrators to be made as set out in the ICC rules, the French Supreme Court seems to have taken account of

⁶ Article 1456 of the French Code of Civil Procedure provides that it is the arbitrator's responsibility to reveal any relevant facts regarding his independence or impartiality and that any such issue should be dealt with before the person/ institution organising the arbitration or by the state judge, in the month that follows the revelation or discovery of the relevant fact

⁷ Th. Clay : Cah. arb. 2014, p. 547 ; D. 2014.1985, obs. S. Bollée et D. 2014, p. 1981, note B. le Bars ; JCP 2014, 977, note C. Nourissat ; JCP 2014, 1455, obs. Ch. Seraglini

⁸ P. Bellet : Rev. Arb. 1992, p. 568

⁹ J.J Arnaldez and A. Mezghani, previous note : Rev. arb. 2015, p. 85

¹⁰ E. loquin, note underneath CA Paris, 12 avr. 2016 : Rev. Arb. 2017, p. 234

the consequences implied by the distinction between seeking to challenge the validity of an award and challenging the independence or impartiality of an arbitrator.

13. What are the consequences of this decision? Even if the reasoning can be seen in the phrase “*overwhelmingly*”, one must seriously ask itself if, in reality, the French Supreme Court is not bringing back into question its decision reached in the *Tecnimont* case of 25 June 2014 in which it found that a party, who had full knowledge of the relevant issue but failed to exercise its right to seek to challenge the arbitrator before the relevant state court within the timeframe provided by the applicable arbitration rules, must be considered to have also waived that right before the judge who is competent in case of appeals to arbitral awards. In the present case, the French Supreme Court nevertheless, does not take into account the requirements to challenge an arbitrator set out by institutional arbitration rules. The French Supreme Court changes the focus and only retains the reasoning of the Court of Appeal regarding the behaviour of the parties during the arbitration in order to determine whether or not the parties had waived their right to challenge the independence or impartiality of an arbitrator, independently of the timeframes provided in relation to such challenges in the relevant institutional rules governing the arbitration.
14. This evolution highlights the fact that a decision taken by an arbitral institution when applying its own rules regarding challenges to arbitrator appointments (which does not provide the right to appeal against a decision issued by it in this respect), could nevertheless be challenged again before the relevant state judge. Whilst Equatorial Guinea was unsuccessful both before the arbitral institution’s court and the state courts, the significance of this decision is that one can always revive any arguments concerning challenges to an arbitrator before a state judge, without the timeframe provided by the institutional rules of the arbitration becoming an obstacle. Whilst legal practitioners will take note of this judgment, they will also undoubtedly be concerned that a flagrant inequality exists between the decisions of arbitration institutions and the decisions of state judges, with the latter being considered to date by the Supreme Court as being incapable of appeal¹¹ contrary to the position regarding decisions made by arbitral institutions¹². How can this difference in treatment be justified today?

Béatrice Castellane
Castellane Avocats
Former Member of the Council of the Bar
<http://www.cabinet-castellane-avocats.fr/en/>

Key Words: Arbitration – Declaration of independence

¹¹ Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2013, n° 12-20.573 : JurisData n° 2013-004220

¹² Ph. Fouchard, Les institutions permanentes d’arbitrage devant le juge étatique : Rev. arb. 1987, p. 225 which emphasises that decisions of arbitral institutions are only policy decisions of the arbitral institutions.