

Revue de droit du contentieux et de la Guerre Economique *Lawfare Law Review*

N° 1.
Juillet 2020

**MIRAGE (Montpellier Institut de Recherche
Appliquée au droit de la Guerre Economique)**

Centre de Droit de la Consommation et du Marché
UMR 5815 « Dynamique du droit »

Faculté de droit et science politique
Université de Montpellier

<http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



DYNAMIQUES
DU DROIT
UMR 5815



**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE
ECONOMIQUE
JUILLET 2020, N° 1**

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

La présente revue a été rédigée, sous la direction de Daniel Mainguy (Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier), par :

Aurélien BAYLE, doctorante, Sacha BRUNNER Doctorant, Alice CALDUMBIDE, Doctorante, Mathilde CAYOT, Maître de conférences à l'université de Montpellier Paul Valéry, Mélanie CESCUT-PUORE, ATER à l'Université de Montpellier, Eloy CLEMENT, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Equipe de recherche en droit pénal), Lise CHATAIN, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Centre du droit de l'entreprise), Malo DEPINCE Maître de conférence à l'université de Montpellier, Gwennaelle DONADIEU, doctorante, Camille DUTHEIL, doctorante, Océane MAGNE, Doctorante, Eugénie PLANE, ATER à l'Université de Montpellier, Bruno SIAU Maître de conférences à l'université de Montpellier (Laboratoire de droit social), Jean.-Charles. TEISSEDER, avocat.

Parmi les étudiants de la Promotion « Doria » 2019-2020 du M2 Droit Privé Economique, ont participé Kévin FAVRE, Maël GAUTIER, Adrien HURTADO, Romain ICART, Anthony LEPERE, Judith. QUIDU-TUDELA.

ISBN : en cours

Publié en ligne le 15 juin 2020 sur <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)



***TEUTATES** [toetâtês]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ».

♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).

7. Les diligences de l'arbitre avocat d'affaires (Cass. civ. 1^{ère}, 3 oct. 2019, n°18-15756, *AVME*, obligation de révélation de l'arbitre avocat d'affaires). Les avocats d'affaires sont les premiers promoteurs de l'arbitrage, interne et surtout international, comme ils sont les maîtres du contentieux économique, des montages juridiques complexes et, au final, d'une certaine forme de maîtrise d'une justice alternative, faite de négociation, de recours à la médiation (conventionnelle) et bien entendu à l'arbitrage, c'est-à-dire de méthodes faisant prévaloir l'efficacité matérielle sur l'efficacité formelle. Ils sont regroupés en associations professionnelles diverses, internes ou internationales, participent à des conférences, rédigent des publications, et sont organisés en « firmes », parfois de taille impressionnante, souvent constituées en réseau.

Le revers de cette médaille est à trouver dans la pratique de l'arbitrage, mais que l'on pourrait étendre à celle de la médiation, voire à la pratique nouvelle de l'avocat enquêteur ou de l'avocat expert dans les procédures de compliance (cf. *supra*, n°2), notamment au temps de la constitution d'un tribunal arbitral où un tel avocat d'affaires est désigné comme arbitre par une partie, c'est-à-dire au stade de l'exécution de son obligation de révélation de tout fait qui serait ou pourrait être, dans l'esprit des parties, de nature à créer un doute raisonnable quant à son indépendance et son impartialité.

Au titre des ces faits, viennent, en premier, la participation du cabinet dans lequel il évolue, à quelque titre que ce soit, dans un dossier touchant directement ou indirectement les parties (une filiale, une société sœur ou cousine, la société mère, disons le « groupe »), alors même que cette participation, majeure, importante ou discrète pourrait être ignorée de l'arbitre pare qu'elle relève d'une autre équipe, d'un autre pays.

De ce point de vue, la jurisprudence a considérablement évolué. Sans revenir sur l'ensemble du sujet, deux séries d'arrêts ont permis de circonscrire l'objet des révélations que l'arbitre doit réaliser et donc des recherches, internes, qu'il doit effectuer.

Etant entendu que l'obligation de révélation n'est pas une longue confession, il résulte que seuls les faits pertinents doivent être révélés, c'est-à-dire ceux qui ne sont ni dérisoires, ni notoires, sous le contrôle, compliqué parce qu'anticipé, de doute raisonnable qui pourrait naître dans l'esprit de l'une ou l'autre des parties. Par conséquent, si sont considérés

comme non pertinents les liens académiques entre arbitres, entre un arbitre et une partie ou son conseil¹, des liens importants de ce type peuvent justifier un doute qui justifie une révélation ou à tout le moins une explication². De même les faits notoires sont considérés comme ne devant pas être révélés, c'est-à-dire les faits ordinairement connus ou aisément accessibles³. Par conséquent, une telle exception de notoriété permet à l'arbitre d'éviter de révéler ces faits, et implique, en retour, un *devoir de réaction* des parties et une conséquence sur les délais de récusation. La difficulté, évidemment est double, faire la part des choses et en mesurer les conséquences notamment le point de départ des délais ouverts aux parties pour entamer une procédure de récusation d'un arbitre en cas de doute (et donc du devoir de réaction).

La part des choses est impossible, entre les faits notoires, aisément accessibles, et les faits non notoires, qui supposent au contraire des recherches précises, laissant place à une « zone grise », celle des faits qui ne sont ni aisément accessibles ni discrets et qui peuvent, ou non, créer un doute ans l'esprit des parties.

Les conséquences, surtout, permettent de mesurer l'importance et l'enjeu de la question.

Il s'agit d'abord de mesurer les informations et faits qui doivent ou ne doivent pas être révélés, à l'aune de la jurisprudence ou des IBA Rules sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international.

C'est ici que les difficultés commencent, à propos des faits entrant dans cette zone grise. Les faits révélés, en premier, (peu important qu'ils soient notoires ou non, font démarrer les délais de récusation. Par ailleurs, s'agissant des faits notoires, qui n'ont donc pas à être révélés, les délais courent dès l'acceptation de la mission, de sorte que c'est pendant ce délai que le devoir de réaction doit se manifester. Une réserve cependant est apparue à l'aune de l'arrêt *AVME* du 3 octobre 2019⁴ qui fait suite à

¹ Paris, 1^{er} juill. 2011, Rev. arb. 2011, p. 761, Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2012, D. 2012, p. 2425, note B. Le Bars, Procédures 2012, n°284, obs. L. Weiller, Paris, 14 oct. 2014, D. 2014, pan. p. 2550, obs. Th. Clay.

² Versailles, 22 oct. 2019, n°18/03519, Dalloz actu, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques (pas d'annulation).

³ Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 2017, *République de Guinée Equatoriale*, n°16-17.108, D. 2017, p. 1306, p. 2559, obs. T. Clay, RTD com. 2017, p. 842, obs. E. Loquin.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 3 oct. 2019, *AVME*, n°18-15.756, D. actu. 29 oct. 2019, obs. J. Jourdan-Marquès, D. 2019, p. 2435, obs. Th. Clay, après Paris, 27 mars 2018, *AVME*, n°16/09386, D. 2018, p. 2448, obs. T. Clay, Rev. arb. 2019, p. 522, note L.-C. Delanoy, Gaz. Pal. 24 juill. 2018, p. 19, obs. D. Bensaude, RLDA 2018, p. 138, obs. H. Guyader.

l'interminable affaire *Tecnimont* ⁵. Pour résumer cette dernière, un arbitrage CCI, trois arbitres dont un, le président fait l'objet de doutes dans l'esprit de la société J&P Avax, adversaire de la société *Tecnimont*, présentés de manière tardive devant la CCI. La sentence est rendue et une action en annulation est engagée sur le fondement de l'article 1520-2° du Code de procédure civile. L'enjeu : la question de savoir si le président du tribunal arbitral, *off counsel* dans un cabinet d'avocats important ayant des liens avec la société *Tecnimont*, ses sociétés mères et filiales devait révéler ces faits et si ces faits, survenus avant et après la constitution du tribunal arbitral, étaient ou non notoires. Si la Cour d'appel de Paris avait, en 2009, considéré de manière retentissante que ces faits auraient dû faire l'objet d'une révélation. Puis deux autres arrêts d'appel et trois de cassation ont contribué à en atténuer la portée, d'abord sur le terrain de la recevabilité de l'action s'agissant des faits antérieurs, du fait de la procédure de récusation rejetée par la CCI (CPC, art. 1466) et des faits postérieurs, mais notoires, et qui « n'étaient pas de nature à aggraver de manière significative ses doutes sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre »⁶. Il en résultait l'existence d'une « obligation de curiosité » selon le bon mot d'Eric Loquin⁷ et d'un devoir de réaction rapide. Dans ce contexte, l'arrêt *AVME* se présente de manière voisine, dans un litige intéressant des contrats de distribution conclus entre une société qatari, SBA, et la société émirati Audi-VAG Middle East (AVME), donnant lieu à une sentence, dont l'annulation était demandée sur le fondement de l'article 1520, 2° du Code de procédure civile, l'un des arbitres (celui

⁵ Paris, 12 févr. 2009, *Tecnimont*, Rev. arb. 2009, p. 189, note Th. Clay, D. 2009, p. 2959, sp., p. 2964, obs. Th. Clay, LPA 21 juill. 2009, p. 4, note M. Henry. Adde : L. Degos, La révélation remise en question(s). Retour sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris *J&P Avax SA c. Tecnimont SPA* du 12 février 2009, Cah. arb. 2011. 54. Cass. Civ. 1ère 4 nov. 2010, n°09-12.716 (cassation), D. 2010, p. 2939, obs. Th. Clay, JCP 2010, II, 1306, note B. Le Bars et J. Juvénal, Reims 2 nov. 2011 (renvoi), Rev. arb. 2012, p. 112, note M. Henry, Cah. arb. 2011, p. 1109, note Th. Clay, RTDcom. 2012, obs. E. Loquin, Cass. civ. 1ère, 25 juin 2014, n°11-26.529 (cassation), D. 2014, p. 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée, p. 1986, note B. Le Bars, p. 2541, obs. Th. Clay, Cah. arb. 2014, p. 547, note Th. Clay, Procédures 2014, n°269, obs. L. Weiller, Rev. arb. 2015, p. 85, note J.-J. Arnaldez et A. Mezghani, JCP G 2014, 857, n°4 ? obs. Ch. Séragnini, Paris, 12 avr. 2016, n°14/14884, D. 2016, p. 2589, obs. T. Clay, RTD civ. 2016, p. 856, obs. H. Barbier, Rev. arb. 2017. 234, note E. Loquin, p. 949, note M. Henry, Cah. arb. 2016. 447, note T. Clay, Cass. civ. 1ère, 19 déc. 2018, n°16-18349, D. actu., 29 janv. 2019, obs. J. Jourdan-Marquès, D. actu. 1^{er} févr. 2019, obs. C. Debourg, D. 2019, p. 2435, obs. Th. Clay, Procédures 2019, Etude 8, obs. L. Weiller, JCP E, 2019, 177, note A. Constans.

⁶ Cass. civ. 1ère, 19 déc. 2018, préc.

⁷ E. Loquin, obs. sous Cass. civ. 1ère, 15 juin 2017, RTDcom. 2017, p. 842.

désigné par SBA) n'ayant pas révélé les liens existants entre son cabinet d'avocats et l'une des parties (AVME), faits découverts postérieurement à la sentence, et établis par des publications dans un annuaire professionnel, avant et après les sentence. La Cour rejette le pourvoi : « la cour d'appel a exactement décidé que si l'existence d'un contrat exécuté en 2010 par le cabinet H pour la Volkswagen Bank devait être regardée comme notoire du fait de sa publication avant le début de l'arbitrage dans un annuaire professionnel connu de tous les cabinets d'avocats d'affaires allemands, en revanche, AVME n'était pas tenue de poursuivre ses recherches après le début des opérations d'arbitrage et il incombait à l'arbitre d'informer les parties de toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité survenant après l'acceptation de sa mission ; Attendu, ensuite, que l'arrêt relève que la mission confiée pendant l'arbitrage par la société Porsche au cabinet H, revêtait une incontestable importance aux yeux de ce dernier, pour figurer, comme suffisamment notable, au titre de sa communication, dans le « top 5 » en 2014 et 2015 de ses dossiers les plus remarquables ; que par ces énonciations, qui procèdent de son pouvoir souverain d'appréciation, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches que ces constatations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision sur l'existence d'un doute raisonnable quant à l'indépendance et à l'impartialité de [l'arbitre] ». L'arbitre n'avait donc pas à informer les parties de faits, notoires, antérieurs, mais aurait dû informer des faits notoires postérieurs, et même concomitants, en raison de l'importance économique de ceux-ci pour son cabinet.

Restent enfin, les faits non révélés et non notoires et qui sont soit dérisoires pour l'arbitre, soit au contraire, pertinents mais qu'il souhaite taire aux parties.

Dans tous les cas, qu'un fait ait été révélé ou découvert par les parties, celles-ci doivent réagir, soit passivement, en acceptant la situation telle qu'elle se présente (ce qui est, tout de même, la majorité des cas) ce qui est, en soi, une forme de réaction, qui purge alors l'obligation de révélation, soit activement, en exerçant un recours, devant le juge d'appui, ou l'institution arbitrale (mais dont la décision ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée), en vue d'une récusation, peu important les éléments préalables (courriers, opposition à la désignation, etc.) dans le délai légal ou conventionnel, de manière à évincer l'irrecevabilité tirée de l'article 1466 du Code de procédure civile, de l'estoppel de manière plus générale.

Reste alors l'hypothèse de l'action en annulation de la sentence pour non révélation d'un fait. Les cas sont donc multiples. Le plus facile est l'hypothèse dans laquelle les parties n'ont pas réagi après la déclaration

d'indépendance et d'impartialité, provoquant la présomption de renonciation au recours, ou dans laquelle le juge d'appui devant lequel un recours en récusation a été exercé l'a *rejeté* : l'autorité de la chose jugée fait obstacle à l'examen des mêmes faits, sauf donc s'il s'agit de faits nouveaux, postérieurs donc à la constitution du tribunal. Plus complexe est l'hypothèse dans laquelle un recours a été exercé devant l'institution d'arbitrage : dénuée d'autorité de la chose jugée, la décision est indifférente mais le recours est nécessaire pour évincer le jeu de l'article 1466 du Code de procédure civile (avantage donc à l'arbitrage institutionnel où les faits peuvent être examinés deux fois). Enfin, dans tous les autres cas (un recours ne peut plus être exercé, l'article 1466 n'est pas opposé ou l'est mal), alors, le juge de l'annulation appréciera les faits en tant qu'ils sont (ou auraient pu être) de nature à créer un doute raisonnable dans l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre. Reste, enfin, le cas de la fraude, de la collusion entre arbitres, de la corruption, etc., par exemple identifiés dans l'affaire Tapie par exemple.

Les diligences dues par l'arbitre avocat d'affaires, situation usuelle, est donc plus complexe que le simple fait de délivrer une déclaration d'indépendance et d'impartialité : elle suppose un travail de recherche des éventuels faits pouvant faire émerger un doute (et la plupart des grands cabinets disposent d'une entité en charge de ce type de recherche), qui s'agissant des faits notoires, à les supposer définis, impose d'une part un devoir de réaction rapide des parties, mais encore un devoir de révélation, même de faits notoires, lorsque ceux-ci surviennent après la constitution du tribunal arbitral. Rudes tâches...

D. Mainguy

**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE
ECONOMIQUE
JUILLET 2020, N°1**

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)



***TEUTATES** [tœtatès]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



DYNAMIQUES
DU DROIT
UMR 5815

