

Genève, le 21 septembre 2016
LH/cs

Liste Arbitrage Adr

Demande de révision pour manque d'indépendance de l'arbitre – rejet par le Tribunal fédéral

Chers Confrères, chers amis,

Le Tribunal fédéral suisse a rendu le 7 septembre 2016 un arrêt (publié sur le site du Tribunal fédéral le 19 septembre) rejetant une demande de révision contre une sentence arbitrale condamnant une société italienne à payer environ € 2.3 mios à une société néerlandaise du groupe allemand Bosch (dans un litige commercial dont le contexte importe peu). Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de développer dans cet arrêt quelques considérations intéressantes.

1. La demande de révision étant fondée sur un motif découvert après l'échéance du délai de recours, se posait la question de principe de savoir si un motif de récusation découvert ultérieurement peut fonder une demande de révision, question que le Tribunal fédéral a cependant choisi de laisser finalement formellement ouverte. Le Tribunal fédéral constate que la doctrine est divisée, procède à une analyse approfondie et manifeste une inclination claire en faveur de la possibilité de soulever un motif de récusation par la voie de la révision, sur la base tant d'une analyse systématique de la législation applicable que d'une analyse téléologique fondée sur l'importance d'assurer l'indépendance et l'impartialité des arbitres (considérant 2.3). Considérant le toilettage prévu du cadre légal, le Tribunal fédéral suggère que cette question pourrait être tranchée par le législateur.
2. Le motif de récusation était lié au réseau d'avocats CMS. L'arbitre unique était un associé de CMS en Suisse (à Zurich), tandis qu'il était apparu que CMS Allemagne avait conseillé une autre société du groupe Bosch durant la procédure arbitrale.
 - a. au vu de la structure de leur réseau et des informations disponibles, en particulier sur leur site internet, le Tribunal fédéral considère que CMS Suisse et CMS Allemagne sont deux études indépendantes, même si elles sont membres du même réseau (considérant 3.3.1);
 - b. le Tribunal fédéral reconnaît expressément l'utilité des lignes directrices de l'IBA et, procédant à une analyse détaillée sur la base de ces lignes directrices, considère qu'aucune des situations problématiques n'est applicable au cas d'espèce, dès lors que l'étude CMS Suisse n'était pas intervenue. Le Tribunal fédéral considère pertinent le chiffre 4.2.1 des lignes directrices de l'IBA, qui figure dans la liste verte (considérant 3.3.2);

- c. le Tribunal fédéral vérifie encore l'impartialité subjective et objective de l'arbitre indépendamment des lignes directrices de l'IBA (considérant 3.3.3). S'agissant de l'impartialité subjective, dès lors que l'arbitre ignorait l'existence des conseils donnés par l'étude CMS Allemagne (ce qu'il avait indiqué sans être apparemment contredit), la condition apparaît remplie. S'agissant de l'impartialité objective, le Tribunal fédéral se réfère à une note de jurisprudence de Thomas Clay (Revue de l'arbitrage 2009, pp. 190ss) pour relever que le lien entre l'arbitre et la partie à l'arbitrage était dans le cas d'espèce encore plus ténu que celui auquel Thomas Clay faisait référence comme l'hypothèse la plus éloignée de l'arbitre et souligne encore que les deux sociétés du groupe Bosch semblaient n'avoir rien en commun (outre leur appartenance au même groupe).
3. Les faits du cas d'espèce, à savoir l'intervention d'un cabinet d'avocats auquel est lié l'arbitre en faveur d'une société du même groupe que celle d'une des parties à l'arbitrage, évoque évidemment immédiatement l'affaire Tecnimont (sur ce sujet, voir en dernier lieu la note de Thomas Clay dans la dernière livraison des Cahiers de l'Arbitrage). Une comparaison des faits et de l'analyse des tribunaux dans les deux cas excéderait manifestement le cadre de cette brève note. Je me contenterai de relever d'une part que les tribunaux ont finalement laissé subsister la sentence dans les deux cas, sur la base de considérations différentes, et d'autre part que les juges étatiques semblent parfois dans une position inconfortable pour trancher ces questions de récusation soulevées postérieurement à la sentence.
4. Si cette jurisprudence suisse réjouira certainement les avocats des grandes études (ou des moyennes études regroupées en grands réseaux), sa portée n'est cependant pas absolue. D'une part, si le Tribunal fédéral pose une règle générale, il n'exclut pas la possibilité, dans des circonstances particulières, « de faire abstraction de cette indépendance juridique et financière entre les différents cabinets membres d'un même réseau » (considérant 3.3.1.2 *in fine*). D'autre part, cette jurisprudence ne s'impose pas aux institutions d'arbitrage (même actives en Suisse ou ayant leur siège en Suisse), qui pourraient considérer, en particulier au début d'une procédure, que la participation à un même réseau international pourrait être susceptible de compromettre l'indépendance d'un arbitre. Il sera intéressant d'observer comment la pratique évoluera.

Cet arrêt (http://jumpegi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=07.09.2016_4A_386/2015) du 7 septembre 2016, rédigé en français, est destiné à la publication au recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse.