

Amitié et arbitrage / Friendship and arbitration

Wissam Mghazli – Managing Partner / Co-head Arbitration Practice
Ezzine Andoulsi – Associate

[English Bellow]

Le titre de ce bulletin « Amitié et arbitrage » pourra surprendre les lecteurs. Néanmoins, l'amitié, afférant aux relations humaines, a des conséquences que l'on pourrait croire insoupçonnées sur l'arbitrage. C'est précisément le cas dans l'affaire dont a eu à connaître la Cour de cassation dans un arrêt de rejet rendu le 19 juin 2024¹.



Dans cette affaire, la société camerounaise DIT (ci-après dénommée « **DIT** ») était opposée à la société PAD à capital public ayant l'Etat camerounais comme unique actionnaire (ci-après dénommée « **PAD** »), lesquelles étaient liées par un contrat de concession, au bénéfice de DIT, de la gestion et l'exploitation d'un terminal du port d'une ville du Cameroun dont le nom n'est pas communiqué par l'arrêt commenté (ci-après dénommé le « **Contrat** »).

Le Contrat comportait une clause compromissoire désignant la Chambre de commerce internationale à Paris (ci-après dénommée la « **CCI** »).

Le 14 avril 2019, le président du tribunal arbitral désigné par les co-arbitres choisis par les parties, a adressé une

¹ Cour de cassation, Chambre civile 1, 19 juin 2024, 23-10.972

déclaration d'indépendance et d'impartialité comme cela est prévu par le règlement de la CCI.

Une sentence partielle a été rendue à Paris le 10 novembre 2020 (ci-après dénommée la « **Sentence** »), contre laquelle PAD a formé un recours en annulation le 14 décembre 2020.

L'instance s'étant poursuivie devant le même tribunal arbitral sur d'autres points restant en litige, le PAD a introduit auprès du secrétariat de la CCI, en date du 20 avril 2021, une demande de récusation du président du tribunal arbitral, fondée sur les termes de l'hommage funèbre paru le 15 avril 2021 dans une revue juridique, qu'il venait de rendre au regretté Emmanuel Gaillard, dont nous saluons la mémoire, avocat de la société DIT et décédé le 1er avril 2021. Cette demande a été rejetée le 12 mai 2021.

Par un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 10 janvier 2023², la Sentence a été annulée si bien que DIT a formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt d'appel.

Au soutien de son pourvoi, DIT arguait non seulement de l'irrecevabilité du moyen tiré de l'irrégularité de constitution du tribunal arbitral soulevé par PAD au stade du recours en annulation mais également, sur le fond, de l'absence de violation de l'obligation de révélation qui incombe aux arbitres composant le tribunal arbitral prévu par l'article 1456 qui dispose que :

« Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige.

Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission.

En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux » (soulignements et surlignements ajoutés).

Si le raisonnement de la Cour de cassation concernant la recevabilité du moyen n'appelle pas de remarques particulières, le rejet du motif fondé sur l'absence de violation de l'obligation de révélation mérite plusieurs observations.

Tout d'abord, les circonstances de l'espèce sont assez singulières si bien qu'une attention particulière peut leur être accordées.

En effet, dans cette affaire, le conseil de l'une des parties à l'arbitrage, professeur de droit et connu pour son expertise en droit de l'arbitrage, est décédé en cours de procédure arbitrale et postérieurement à la reddition de la Sentence – partielle – par le tribunal arbitral, dont le président, était également professeur de droit. Ce dernier, à la suite du décès du conseil de l'une partie, a publié un hommage funèbre dans lequel il fait état d'un lien d'amitié avec le défunt conseil.

C'est précisément sur ce lien que PAD s'est appuyée pour obtenir l'annulation de la Sentence en arguant d'une irrégularité de constitution du tribunal arbitral en raison de l'absence de révélation, par le président du tribunal arbitral, dudit lien amitié entretenu avec le conseil décédé, et, partant, de l'existence d'un défaut d'indépendance et d'impartialité du président du tribunal arbitral.

² **Cour d'appel de Paris, Pôle 5 chambre 16, 10 janvier 2023, n° 20/18330**

Le recourant a démontré, de manière suffisamment convaincante aux yeux de la cour d'appel de Paris, que le lien d'amitié découvert était de nature à créer un doute légitime sur son indépendance et sur impartialité si bien que le défaut de révélation dudit lien était fautif et devait justifier l'annulation de la Sentence.

La question qui se posait alors devant la Cour de cassation était de savoir si les éléments révélés au sein de l'hommage funèbre et concernant le lien d'amitié entre le président du tribunal arbitral et le défunt conseil de l'une des parties à l'arbitrage étaient de nature à créer un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité du premier.

Si, fort heureusement, la Cour de cassation débute son raisonnement par rappeler que les liens académiques que peuvent entretenir les membres du tribunal arbitral et les conseils des parties n'ont pas nécessairement à être déclarés puisqu'ils n'impliquent pas par nature l'existence de relations étroites nécessitant leur déclaration au sein du règlement CCI, elle enchaîne ensuite sur l'amitié.

Sur cette seconde partie du raisonnement, la Cour de cassation fait tout d'abord preuve d'une clairvoyance certaine puisqu'elle relève que la publication d'un éloge funèbre comporte nécessairement une part d'emphase et d'exagération. Cela lui permet d'éluder l'idée d'une éventuelle aliénation de l'auteur de l'éloge envers le défunt tirée de l'expression « *Je l'admirais et je l'aimais* ».

Toutefois, la suite du raisonnement nous semble plus critiquable.

L'arrêt de rejet épouse le raisonnement des juges du fond qui ont considéré que plusieurs formules présentes dans l'éloge funèbre pouvaient provoquer dans l'esprit de PAD un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité du président du tribunal arbitral.

Lesdites formules concernent le fait pour le président du tribunal arbitral d'avoir admis consulter le conseil décédé « *avant tout choix important* » et « *se livrer* » à lui.

En outre, selon la cour d'appel, et à raison selon la Cour de cassation, il ressortait de l'éloge la preuve de l'existence d'une connexion entre les liens personnels et la procédure arbitrale dans la mesure où l'auteur déclare avoir un goût particulier pour les plaidoiries de son ami en les décrivant comme précises et dotées d'une hauteur de vue bien plus séduisante que des effets de manche si bien qu'il avait hâte de le retrouver et de l'entendre plaider.

Or, à notre sens, ces derniers éléments ne devaient pas conduire ni les juges du fond, ni ensuite la Cour de cassation, à valider l'annulation de la Sentence en raison d'un défaut d'impartialité et d'indépendance et *in fine* d'une irrégularité de constitution du tribunal arbitral.

En effet, tout d'abord, si l'on reprend le constat de la Cour de cassation quant à la l'existence d'emphase et d'exagération au sein d'un éloge funèbre, lequel doit être approuvé, on peut regretter que les juges du droit se soient arrêtés en si bon chemin. Il aurait été préférable de tirer les conséquences de ce constat et de ne pas exclure de l'emphase et l'exagération les remarques et confessions du président du tribunal arbitral sur son goût et la qualité des plaidoiries de son « ami ».

Le raisonnement de la Cour de cassation donne l'impression de ne pas avoir appliqué de manière égale et suffisamment distributive son constat relatif à l'exagération et à l'emphase, ce qui nous semble fragiliser ledit raisonnement.

Toutefois, la Cour de cassation semble surpasser cette difficulté en affirmant que les remarques sur les plaidoiries

du conseil décédé révéleraient un lien entre la procédure arbitrale et l'amitié litigieuse.

Or, cela ne nous semble pas satisfaisant dans la mesure où le fait de pouvoir apprécier l'exercice de plaidoirie réalisé par un conseil, en lui reconnaissant certaines qualités d'orateur, n'empêche pas nécessairement ni acquiescement à la thèse défendue ni privation de libre-arbitre pour le président du tribunal arbitral.

A contrario, tout président de tribunal arbitral qui saurait reconnaître aux conseils l'art de plaider, serait alors privé d'une indépendance et d'une impartialité suffisante pour pouvoir continuer d'exercer ses fonctions de président du tribunal arbitral. Cela ne nous semble pas suffisamment clair et demeure critiquable.

Dès lors, les déclarations du président du tribunal arbitral sur la qualité des plaidoiries du conseil de l'une des parties ne devaient pas conduire la Cour de cassation à confirmer le raisonnement de la cour d'appel de Paris qui a considéré que lesdites déclarations pouvaient susciter un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral.

En tout état de cause, la décision commentée conduit à s'interroger sur les contours de l'obligation de révélation lorsqu'il est question d'amitié dans le monde particulier de l'arbitrage.

En effet, il n'est pas regrettable en soi que la Cour de cassation cherche à veiller à ce que des liens d'amitiés soient révélés dans le cadre des déclarations d'indépendance et d'impartialité des arbitres. Néanmoins, la question qui se pose est celle de l'étendue des révélations et des circonstances qui justifient lesdites révélations.

La jurisprudence française a déjà apporté un premier élément de réponse dans l'arrêt *Vidatel* qui renvoie, pour le domaine des révélations, au règlement d'arbitrage désigné par les parties. S'agissant par exemple du règlement de la CCI, les relations « étroites » doivent être révélées.

Toutefois, des cas particuliers comme celui de l'arrêt commenté peuvent donner lieu à débats sur la nécessité ou non de révéler des relations, selon qu'elles soient considérées comme suffisamment étroites ou non.

A notre sens, la résolution de cette difficulté passe nécessairement par l'examen au cas par cas des affaires et des liens entre les arbitres et conseils.

En effet, il ne suffit pas qu'un lien d'amitié existe pour qu'il doive être révélé, et ce tout particulièrement en raison du fonctionnement du milieu de l'arbitrage.

A ce titre, il est constant que le monde de l'arbitrage est relativement petit si bien que ces habitants ont souvent l'occasion de se croiser puis de se fréquenter jusqu'à tisser parfois des liens d'amitié. Il serait alors trop exigeant de demander à tout membre d'un tribunal arbitral de nécessairement devoir révéler une relation amicale avec un conseil.

Cela pourrait conduire, au regard de la particularité décrite du monde de l'arbitrage, à une multiplication des demandes de récusation et des recours, lesquels, au vu de l'arrêt commenté, auraient toutes les raisons d'être couronnés de chance de succès. La conséquence directe serait de créer une forme d'incertitude permanente attachée à la nomination des arbitres et à la reddition des sentences, ce qui alimenterait une insécurité juridique que personne ne souhaite, qu'il s'agisse des arbitragistes ou des professionnels du droit qui ont tout intérêt à ce que le droit français de l'arbitrage conserve son attractivité.

Toutefois, compte tenu de l'arrêt commenté et dans l'attente d'un revirement souhaité, il est désormais fortement recommandé aux arbitres désignés de révéler au mieux les liens amicaux qu'ils peuvent entretenir avec des conseils des parties à l'arbitrage afin d'éviter une annulation de sentence.

Encore faut-il définir la notion d'amitié et ses contours, ce qui sera source de difficultés à venir et nécessitera sans doute d'avoir recours à la philosophie, ce qui sera finalement intéressant pour tout un chacun...

Le cabinet Komon Avocats et son équipe d'arbitrage international restent naturellement à la disposition des lecteurs pour des précisions complémentaires et échanger sur ces sujets utiles aux praticiens de la discipline.



The title of this bulletin, "Friendship and arbitration", may be surprising for readers. Nonetheless, as it relates to human relationships, friendship has consequences on arbitration that one might think unsuspected. This is precisely the case in the judgment handed down by the French *Cour de cassation* on 19 June 2024³.



In this matter, the Cameroonian company DIT (hereinafter referred to as "**DIT**") was opposed to the publicly-owned company PAD, with the Cameroonian State as its sole shareholder (hereinafter referred to as "**PAD**"), which were bound by a concession contract, in favor of DIT, for the management and operation of a terminal in the port of a town in Cameroon which name is not revealed in the decision under review (hereinafter referred to as the "**Contract**").

The Contract included an arbitration clause designating the International Chamber of Commerce in Paris (hereinafter referred to as the "**ICC**").

On 14 April 2019, the president of the arbitral tribunal appointed by the co-arbitrators chosen by the parties issued a declaration of independence and impartiality as required by the ICC Rules.

A partial award was made in Paris on 10 November 2020 (hereinafter the "**Award**"), against which PAD filed an action for annulment on 14 December 2020.

As the proceedings continued before the same arbitral tribunal on other points still in dispute, on 20 April 2021, PAD applied to the ICC secretariat challenging the president of the arbitral tribunal, based on the terms of the eulogy published on 15 April 2021 in a legal journal. Indeed, the said president paid a tribute to Emmanuel Gaillard, whose memory we recognize and who was the counsel of DIT, after he died on 1 April 2021, meaning during the arbitration proceeding. However, the challenge was rejected on 12 May 2021.

In a ruling handed down by the Paris Court of Appeal on 10 January 2023, the Award was set aside and DIT went before to the French Court of Cassation against the appeal ruling.

³ **Cour de cassation, Chambre civile 1, 19 juin 2024, 23-10.972**

In support of its appeal, DIT argued not only that the plea alleging irregularity in the constitution of the arbitral tribunal raised by PAD at the annulment stage was inadmissible, but also, on the merits, that there had been no breach of the duty of disclosure reserved to the arbitrators under Article 1456, which provides that:

“The arbitral tribunal is constituted when the arbitrator or arbitrators have accepted the assignment entrusted to them. On that date, the dispute shall be referred to it.

*It is the arbitrator's responsibility, before accepting his assignment, **to disclose any circumstances likely to affect his independence or impartiality. He is also required to disclose without delay any similar circumstances that may arise after accepting his appointment.***

In the event of a dispute over the retention of the arbitrator, the difficulty shall be resolved by the person responsible for organising the arbitration or, failing that, by the supporting judge, who shall refer the matter to the court within one month of the disclosure or discovery of the disputed fact” (underlining and emphasis added).

While the logic of the *Cour de cassation* regarding the admissibility of the plea does not require any particular comment, the dismissal of the ground based on the absence of a breach of the disclosure warrants deserves so.

First, the circumstances of this case are so rare that a particular attention should be paid to them.

In fact, in this case, a counsel for one of the parties to the arbitration, a law professor known for his expertise in arbitration law, died during the arbitration proceedings and after the arbitral tribunal, whose president was also a law professor, had rendered the Award. Following the death of one of the parties' counsel, the president of the arbitration tribunal published a eulogy in which he mentioned his friendship with the late counsel.

It was precisely this relationship that PAD relied on to obtain the annulment of the Award, arguing that the constitution of the arbitral tribunal was irregular due to the failure of the president of the arbitral tribunal to disclose his friendship with the counsel and, consequently, that his was not totally independent and impartial.

At the appeal stage, PAD managed to convince the Paris Court of Appeal that the friendship discovered was such as to create a reasonable doubt as to his independence and impartiality, so that the failure to disclose the friendship was wrongful and justify setting aside the Award.

The question before the Court of Cassation was whether the information disclosed during the eulogy related to the friendship between the president of the arbitral tribunal and the deceased counsel for one of the parties to the arbitration was such as to create reasonable doubt about independence and impartiality.

Fortunately, the Court of Cassation began its reasoning by pointing out that academic ties between the members of the arbitral tribunal and the parties' counsel do not necessarily have to be disclosed as they do not necessarily imply the existence of a close relationship that must be declared under the ICC Rules.

On this second part of the reasoning, the *Cour de cassation* firstly showed clear-sightedness, noting that the publication of such a tribute involves a degree emphasis and exaggeration. This leads her to refuse the idea that the author of the tribute was alienated from the counsel given the use of the expression “*Je l'admiraais et je l'aimais*” meaning “I admired and loved him”.

However, we are not convinced by the rest of the decision.

The French Court of cassation followed the reasoning of the appeal judges, who considered that a number of

words and expressions in the tribute could give rise to reasonable doubt in PAD's mind as to the independence and impartiality of the president of the arbitral tribunal.

The words in question concerned the fact that the said president had admitted consulting his friend “before making any important choices” and “confiding” himself to him.

In addition, according to the Court of Appeal, and rightly so according to the Court of Cassation, the tribute demonstrated the existence of a connection between the personal ties and the arbitration proceedings, insofar as the author stated that he had a particular appreciation for his friend's pleadings, describing them as sharp and with a level of perspective that was far more appealing than mere rhetoric, so much so that he was looking forward to meeting him again and hearing him plead.

However, in our view, these last elements should not have led either the trial judges or the *Cour de cassation* to uphold the setting aside of the Award on the grounds of a lack of impartiality and independence and, ultimately, an irregularity in the constitution of the arbitral tribunal.

First of all, if we rely on the Court of Cassation's finding as to the existence of emphasis and exaggeration in a eulogy, which must be approved, it is regrettable that the judges did not keep this in mind. It would have been preferable to draw the consequences of this observation and not to exclude from the emphasis and exaggeration the remarks and confessions of the president of the arbitral tribunal about his fondness and the quality of the pleadings of his “friend”.

The reasoning of the *Cour de Cassation* gives the impression that it did not apply its own finding on exaggeration and emphasis equally and in a sufficiently distributive manner, which seems to us to weaken that reasoning.

However, the *Cour de cassation* seems to overcome this matter by stating that the remarks on the pleadings of the deceased counsel would reveal a link between the arbitration proceedings and the friendship.

However, this does not seem to us to be satisfactory insofar as the fact of being able to appreciate the pleadings made by counsel, by recognizing certain qualities of orator, does not necessarily imply either acknowledgement in the thesis defended or deprivation of free choice for the president of the arbitral tribunal.

On the other hand, any president of an arbitral tribunal who accepted counsel's ability to plead would be deprived of sufficient independence and impartiality to be able to continue to exercise his functions as president of the arbitral tribunal. This does not seem sufficiently clear to us and is open to criticism.

Accordingly, the statements made by the president of the arbitral tribunal about the quality of the submissions of counsel for one of the parties should not lead the *Cour de cassation* to uphold the reasoning of the Paris Court of Appeal, which held that the said statements could give rise to reasonable doubt as to the independence and impartiality of the arbitral tribunal.

In any event, the decision referred to above raises questions about the scope of the duty to disclose when it comes to friendship in the specific world of arbitration.

Indeed, it is not a bad thing that the *Cour de cassation* seeks to ensure that friendships are disclosed in the context of arbitrators' declarations of independence and impartiality. However, the question that arises is the extent of such disclosures and the circumstances that justify them.

French case law has already provided an initial response in the *Vidatel* ruling, which refers to the arbitration rules designated by the parties for the scope of disclosures. In the case of the ICC rules, for example, “close” relations

must be disclosed.

However, specific cases such as the one discussed in this judgment may give rise to debate as to whether or not it is necessary to disclose relationships, depending on whether or not they are considered sufficiently close.

In our view, this difficulty can only be resolved by examining cases and links between arbitrators and counsel on a case-by-case basis.

It is not enough for a friendship to exist for it to have to be disclosed, particularly given the way the arbitration world operates.

In this respect, it is a fact that the world of arbitration is relatively small, so that practitioners often have the opportunity to bump into each other and then to see each other, sometimes to the point of forming bonds of friendship. It would therefore be too demanding to ask any member of an arbitration tribunal to systematically disclose a friendly relationship with a counsel.

Given the particular nature of arbitration, this could lead to numerous challenges and appeals, which, in view of the judgment under review, would have every reason to succeed. The direct consequence would be to create a form of permanent doubt regarding the appointment of arbitrators and the efficiency of awards, which would fuel legal uncertainty that no one wants, whether arbitrators or legal professionals, for whom it is more interesting to have French arbitration law being and staying attractive.

However, in the light of the judgment discussed above and pending a reversal we hope, it is now strongly recommended that appointed arbitrators disclose as fully as possible any friendly ties they may have with counsel for the parties to the arbitration in order to avoid an award being set aside.

But at the end of the day, we still need to define friendship and its outlines, which will be a source of future matters, and will no doubt require recourse to philosophy, which will ultimately be interesting for everyone...

Komon Avocats and its international arbitration team remain available to provide readers with further details and discuss these issues with arbitration practitioners.

Contact

8, rue de l'Arcade 75008 Paris

contact@komon-avocats.fr

www.komon-avocats.fr

