

**L'ARBITRAGE AU SENEGAL : PERSPECTIVES AFRICAINES ET
INTERNATIONALES**

28 février et 1^{er} mars 2014

Arbitrage *ad hoc*, arbitrage institutionnel et bonnes pratiques internationales

Par

Dr. Gaston KENFACK DOUAJNI (HDR)

**Directeur de la Législation au Ministère de la Justice-Yaoundé, Cameroun
Président de l'Association pour la Promotion de l'Arbitrage en Afrique (APAA)
Professeur associé aux Universités de Yaoundé II (Institut des Relations
Internationales du Cameroun) et de Paris-Sud.**

Le petit Larousse illustré définit la pratique au sens philosophique comme un comportement ou une façon d'agir qui concerne l'action morale ou les règles de conduite¹.

L'évocation des règles de conduite ici renvoie nécessairement au respect des règles éthiques en matière d'arbitrage.

Entendu comme le jugement d'une contestation par des particuliers (choisis par les parties) que sont les arbitres², ou comme une méthode de règlement des différends dans lequel les parties conviennent de soumettre leur différend au jugement de particuliers qu'elles choisissent³, ou encore comme une institution par laquelle « un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci »⁴, l'arbitrage est *ad hoc* ou institutionnel.

L'arbitrage *ad hoc* est celui qui est entièrement organisé par les parties. Ce sont elles qui désignent les arbitres et déterminent des conditions de déroulement de la procédure arbitrale⁵.

L'arbitrage institutionnel est celui organisé par une institution ou centre d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de cette institution, ledit règlement fixant la procédure arbitrale à suivre⁶.

Qu'il soit *ad hoc* ou institutionnel, l'arbitrage nécessite l'observation de règles éthiques ou mieux, de bonnes pratiques de la part des intervenants dans le processus arbitral, que sont les parties, les arbitres et les institutions d'arbitrage.

La formulation du sujet qui nous a été communiqué dans le cadre du présent séminaire suggère d'explorer la manière dont les arbitres et les parties (I) de même que les institutions d'arbitrage (II) observent les bonnes pratiques internationales.

¹ Le petit Larousse illustré, 1999, p. 815.

² Henry MOTULSKY in *Ecrits, études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz 1974, p. 5.

³ Philippe FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965, n° 11.

⁴ Charles JARROSSON in *La notion d'arbitrage*, Bibliothèque du droit privé, LGDJ, 1987, p. 786.

⁵ Yves GUYON in *L'arbitrage*, Economica-Droit poche, p. 10.

⁶ Ibidem.

I. Les parties, les arbitres et les bonnes pratiques internationales

A l'image du juge étatique, l'arbitre exerce une mission juridictionnelle et doit, comme tout juge, être indépendant et impartial.

Toutefois, à la différence du juge étatique qui est nommé, l'arbitre est choisi par une ou des parties et son indépendance doit justifier la confiance qui a conduit une partie à le choisir.

Ainsi qu'on l'a opportunément observé, l'arbitre doit « être indépendant et impartial, faire fi de ses intérêts personnels. Il doit se trouver au-dessus de la mêlée, en dehors du conflit. Il tranche un conflit entre les parties, mais ne doit aucunement entrer en conflit avec l'une d'entre elles, préférer la thèse de l'une ou de l'autre parce qu'il y trouverait intérêt personnel ou professionnel, avantage quelconque. Il ne saurait être juge et partie, avoir un intérêt au litige qu'il tranche ou à la solution qu'il arrête... »⁷.

L'arbitre doit donc éviter tout conflit d'intérêt dans l'accomplissement de sa mission, le conflit d'intérêt s'entendant ici de la situation dans laquelle les intérêts personnels de l'arbitre sont en opposition avec ceux dont il a la charge dans le cadre de sa mission d'arbitre⁸, ou encore comme la situation dans laquelle une personne chargée de défendre ou de représenter ou de protéger les intérêts d'autrui pourrait les trahir au profit d'un intérêt autre, le sien ou celui d'un tiers.

Comme le juge étatique, l'arbitre doit être indifférent au résultat de sa décision et éviter de faire prévaloir ses intérêts personnels sur ceux des parties dont il a la charge⁹.

L'impartialité et l'indépendance constituent des qualités essentielles que l'arbitre doit observer¹⁰ ; d'où la nécessité pour ce dernier de révéler les circonstances qui sont susceptibles de créer dans l'esprit des parties un doute en ce qui concerne son indépendance et impartialité.

⁷ Daniel COHEN in « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », Rev. arb. 2011, n° 3, p. 615, n° 7.

⁸ Charles JARROSSON, « Ethique, déontologie et normes juridiques dans l'arbitrage », in L'éthique dans l'arbitrage, Bruylant, sous la direction de Guy KEUTGEN, p. 12, n° 26 ; **adde** Joël MORET-BAILLY, *Définir les conflits d'intérêts*, D. 2011. 1100.

⁹ Daniel COHEN, op.cit. p. 617, n° 12.

¹⁰ Béatrice CASTELLANE, « Comment vérifier l'indépendance de vos arbitres », Publications ICC France, 2012, p. 29.

En tout état de cause, l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre constituent des exigences universelles, qu'on retrouve dans un instrument international comme le Règlement d'arbitrage CNUDCI (version 2010).

En effet, ledit Règlement énonce, d'une part, que « lorsqu'une personne est pressentie pour être nommée en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. A partir de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, un arbitre signale sans tarder lesdites circonstances aux parties, aux autres arbitres... »¹¹.

Le même Règlement d'arbitrage CNUDCI précise, d'autre part, que « tout arbitre peut être récusé s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance... »¹².

Outre le Règlement d'arbitrage CNUDCI, l'exigence de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre se retrouve dans des lois nationales et des Règlements d'arbitrage des centres d'arbitrage.

Comme exemples de textes nationaux relatifs à l'arbitrage, on mentionnera le droit français de l'arbitrage qui vise tant l'exigence de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre¹³ que sa disponibilité au travers de la règle selon laquelle il doit poursuivre sa mission jusqu'à son terme¹⁴.

On mentionnera également l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage, dont l'article 6 s'énonce comme suit : « La mission de l'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique. L'arbitre doit avoir le plein exercice de ses droits civils, demeuré indépendant et impartial vis-à-vis des parties. ».

L'article 7 dudit texte précise que « ...si l'arbitre suppose en sa personne une cause de récusation, il doit en informer les parties et ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord unanime et écrit... ».

Au titre des Règlements des institutions d'arbitrage, on mentionnera le Règlement d'arbitrage CCI de 2012, qui exige que l'arbitre soit impartial et indépendant¹⁵, le

¹¹ Article 11 du Règlement d'arbitrage CNUDCI.

¹² Article 12 al 1 du Règlement d'arbitrage CNUDCI.

¹³ Article 1456 du Code de procédure civile français.

¹⁴ Article 1457 du Code de procédure civile français.

¹⁵ Article 1401 du Règlement d'arbitrage CCI.

Règlement d'arbitrage CCJA qui énonce que l'arbitre doit être et demeurer indépendant des parties puis être disponible (puisque le texte précise qu'il doit poursuivre sa mission d'arbitre jusqu'à son terme)¹⁶, ou encore le Règlement d'arbitrage du CIRDI qui, lui aussi, exige en son article 6 que l'arbitre soit indépendant.

En vue de contribuer à solutionner les problèmes liés à la multiplication des questions de conflits d'intérêt en matière d'arbitrage, le Comité de l'arbitrage et des Modes Alternatifs de Résolution des Conflits de l'International Bar Association (IBA) a mis en place un Groupe de travail chargé d'examiner les lois et jurisprudences nationales relatives à l'arbitrage, de même que les Règlements d'arbitrage des différentes Institutions d'arbitrage afin d'en dégager les meilleures pratiques dans l'arbitrage international.

A l'issue du travail du Groupe sus-évoqué, des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêt ont été approuvées le 22 mai 2004 par le Conseil de l'IBA¹⁷.

Au nombre de ces lignes directrices IBA¹⁸ révélant les meilleures pratiques dans l'arbitrage international, figurent la nécessité pour l'arbitre d'être impartial et indépendant, de même que celle d'éviter les conflits d'intérêt dans le cadre de leur mission de juger les contestations qui leurs sont soumises¹⁹.

Les juridictions étatiques veillent au respect de ces bonnes pratiques par les arbitres et les parties qui les nomment. A cet égard il convient de relever que la Cour de Cassation française laisse à la libre appréciation des juges les circonstances de nature à caractériser le manque d'indépendance reproché à un arbitre d'autant qu'il s'agit des questions de pur fait²⁰.

Tout en étant rigoureuse sur le contrôle de l'absence de conflit d'intérêt chez l'arbitre et de son indépendance puis de son impartialité, la jurisprudence veille également à rester réaliste dans l'appréciation du respect des bonnes pratiques en matière d'arbitrage international.

¹⁶ Article 4.1 du Règlement d'arbitrage CCJA.

¹⁷ Les lignes directrices de l'IBA sont consultables à l'adresse internet : www.ibanet.org.

¹⁸ Un auteur conçoit ces lignes directrices IBA comme une solution partielle à la prévention tant des conflits d'intérêts que du défaut d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre. Voir Daniel COHEN, op.cit, n° 57, p. 641 et note 115.

¹⁹ Voir partie 1 desdites lignes directrices comprenant les règles générales relatives à l'impartialité, à l'indépendance et à la divulgation

²⁰ Jean-Pierre ANCEL « l'Éthique dans l'arbitrage vue par les Juges », in *L'éthique dans l'arbitrage*, sous la direction de Guy KEUTGEN, op. cit. Page 141, avec les citations jurisprudentielles sur la question.

C'est ainsi que dans l'arrêt *Société Neoelectra Groupe SA contre Société Tecso EURL* du 10 octobre 2012 ²¹, la Cour de Cassation française a cassé l'arrêt par lequel la Cour d'Appel de Paris avait annulé une sentence arbitrale au motif que l'arbitre mis en cause n'avait pas révélé les liens qu'il a précédemment eus avec l'une des parties au litige, sans indiquer en quoi cette violation par l'arbitre de son devoir de révélation était de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et à l'indépendance de cet arbitre.

Les attendus principaux de cet important arrêt de la Cour de Cassation sont les suivants : « *Attendu que, pour dire que M.I. a privé la Société Tecso de l'exercice de son droit de récusation en ne révélant pas qu'il avait eu des liens d'intérêt avec le Cabinet d'avocats Y. dont le conseil de la Société Neoelectra Group était collaborateur et annuler la sentence arbitrale, l'arrêt retient en premier lieu que M.I. n'a pas révélé qu'il avait été « of counsel » de février 1989 à octobre 2000 dans le Cabinet d'avocats Y. et, en second lieu, que depuis l'année 2000, il lui avait donné des consultations juridiques à deux ou trois reprises ;*

Attendu qu'en se déterminant par ces seuls motifs sans expliquer en quoi ces éléments étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité de M.I. et à son indépendance, la Cour d'Appel n'a pas mis la Cour de Cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la décision en violation du texte susvisé ».

A la suite de quoi, la Cour de Cassation a cassé l'arrêt querellé de la Cour d'appel de Paris.

Il résulte de ces attendus, d'une part, que les juges du fond devront désormais « exiger de la partie recourante qu'elle apporte la preuve de ce que les éléments non révélés ont réellement été de nature à provoquer chez elle un doute raisonnable quant à l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre » ²².

D'autre part, cet arrêt oblige la partie qui introduit un recours en annulation de la sentence arbitrale ou en récusation d'un arbitre à faire dans son recours la démonstration que la violation de son devoir de révélation par l'arbitre mis en cause a eu

²¹ Cass. Civ. Première 10 octobre 2012 reproduit à la revue de l'arbitrage 2013 n°1 page 130 et suivant avec une note de Charles JARROSSON.

²² Charles JARROSSON, note sous Cass. Civ. Première 10 octobre 2012 cité à la note 20.

pour effet de lui cacher des éléments susceptibles de susciter dans son esprit un doute raisonnable sur l'impartialité et l'indépendance dudit arbitre.

Ainsi, et comme on l'a opportunément relevé, cette solution dégagée par la Cour de Cassation « devrait à l'avenir éviter les recours fondés sur les motifs futiles (tutoiement d'un arbitre, amitié sur facebook, assistance ou participation au même colloque, contributions dans la même revue juridique, et autres fantaisies de la même eau ...) » l'arbitre n'étant pas, après tout, obligé de raconter sa vie parce qu'il est tenu d'une obligation de révélation.²³

Autrement dit, le fait pour des arbitres et pour les conseils des parties d'appartenir à une même Association, ou encore l'intervention commune des intéressés dans des Colloques, ne saurait constituer des sources de conflits d'intérêt ou même des éléments susceptibles d'affecter l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre et ne nécessite pas d'être révélé.

Il apparaît des développements qui précèdent, et relativement aux arbitres, que l'évitement des conflits d'intérêt, leur disponibilité, leur indépendance et impartialité constituent quelques bonnes pratiques internationales qu'ils sont tenus d'observer.

En ce qui concerne les parties elles-mêmes, il est dorénavant de bonne pratique, qu'elles ne se bornent pas à révéler que la violation par un arbitre de son obligation de révélation les a empêchées d'exercer leur droit de récusation à l'encontre dudit arbitre, mais de faire la démonstration que cette violation de l'obligation de révélation a eu pour effet de les empêcher d'avoir connaissance de circonstances susceptibles de provoquer chez elles un doute raisonnable sur l'impartialité ou l'indépendance dudit arbitre.

Outre les parties et les arbitres, les Institutions d'arbitrage sont également tenues de veiller au respect des bonnes pratiques en matière d'arbitrage.

²³ Ibidem

II. Les Institutions d'arbitrage et les bonnes pratiques internationales

Les Institutions d'arbitrage doivent promouvoir les bonnes pratiques en matière d'arbitrage, par la confirmation ou la nomination d'arbitres disponibles, indépendants et impartiaux.

De même, les Institutions et Centres d'arbitrage doivent s'employer à nommer des arbitres dont les intérêts ne sont pas en opposition avec ceux des parties qu'ils sont chargés de juger.

A cet égard, des règles relatives à l'évitement des conflits d'intérêt peuvent même concerner le personnel de ces Institutions et Centres d'arbitrage. Ainsi, l'article 2 du Règlement intérieur de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI s'énonce comme suit : « 1. *Le Président ainsi que le personnel du Secrétariat de la Cour ne peuvent intervenir comme arbitre ou comme conseil dans une affaire soumise à l'arbitrage de la CCI.*

2. Les Vice-présidents et les autres membres de la Cour ne peuvent être directement nommés arbitre par la Cour. Ils peuvent néanmoins être proposés à cette fonction par une ou plusieurs parties ou suivant toute autre procédure convenue entre les parties pour confirmation.

3. Lorsque le Président, un Vice-président, un autre membre de la Cour ou un membre de la Cour ou un membre du Secrétariat est, à un titre quelconque, intéressé à une procédure pendante devant la Cour, il doit en informer le Secrétaire général de la Cour dès qu'il a connaissance de cette situation.

4. Il lui est interdit d'assister à la session de la Cour tant que l'affaire est évoquée devant la Cour ou de participer aux discussions ou prises de décisions de la Cour.

5. Il ne reçoit pas communication des informations et des documents soumis à la Cour internationale d'arbitrage à l'occasion de cette procédure. ».

Quant au Règlement intérieur de la CCJA en matière d'arbitrage, celui-ci affirme en son article 3 que « 3.1 : *Le Président, les Vice-Présidents, les Juges ainsi que le personnel du Secrétariat Général de la Cour ne peuvent intervenir personnellement comme arbitres ou comme conseils dans une affaire soumise à l'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.*

3.2 : Lorsque le Président, un Vice-Président, un Juge ou un membre du Secrétariat Général de la Cour est, à un titre quelconque, intéressé à une procédure pendante devant celle-ci, il doit en informer par écrit, dès qu'il a connaissance de cette situation, le Secrétaire Général qui en avise la Cour.

Si c'est le Secrétaire Général lui-même qui est intéressé, il en informe le Président de la Cour.

Le membre de la Cour ou le Secrétaire Général intéressé à la procédure doit s'abstenir de toute participation aux discussions et/ou prises de décisions qui interviendraient au sein de la Cour à l'occasion de cette procédure et s'absenter de la réunion de la Cour tant qu'elle y est évoquée.

Il ne reçoit pas communication des informations et des documents soumis à la Cour à l'occasion de cette procédure ».

Il résulte de ce texte inspiré du Règlement intérieur de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI (qui autorise que les Vice-Présidents et autres membres de cette Cour puissent être proposés à la fonction d'arbitre pour les arbitrages CCI) que le Règlement intérieur CCJA ne prévoit pas une telle possibilité.

En effet, ni le Président de la CCJA, ni ses deux Vice-Présidents, ni même les autres Juges de la CCJA ne peuvent être proposés aux fonctions d'arbitre dans le cadre des arbitrages CCJA.

Cela étant, sans être arbitre ou conseil dans une affaire, l'on peut y être intéressé à un autre titre²⁴ et, à cet égard, le Règlement intérieur CCJA, comme celui de la CCI, interdit aux membres de la Cour et au Secrétaire Général de la CCJA d'assister aux sessions de la Cour ou de participer aux discussions ou prises de décisions de celle-ci consacrées aux affaires pour lesquelles ils sont intéressés à un titre quelconque.

Les précautions ainsi relevées visent à assurer l'indépendance et l'impartialité tant du Centre d'arbitrage CCJA que de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, dans le but de satisfaire les attentes légitimes des parties et de garantir la crédibilité des sentences issues de ces systèmes d'arbitrage.

Pour conclure sur cette évocation des bonnes pratiques internationales, il ne semble pas superflu de relever que si leur respect s'impose dans le cadre des arbitrages internationaux, elles sont tout autant utiles en arbitrage interne dans la mesure où, ici également, les parties ont des attentes légitimes à satisfaire et escomptent également de l'arbitre qu'il soit disponible, indépendant, impartial et évite les conflits d'intérêt.

²⁴ Un Juge de la CCJA pourrait être parent ou ami à l'une ou l'autre partie en litige arbitral.