



HAL
open science

Les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international

Anissa Boussofara

► **To cite this version:**

Anissa Boussofara. Les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international. Infos juridiques : La Revue du Droit, 2020. hal-02701469

HAL Id: hal-02701469

<https://hal.science/hal-02701469>

Submitted on 1 Jun 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international

Anissa Boussofara

Docteure en droit de l'Université Côte d'Azur

Avocate près la Cour d'appel de Tunis

Table des matières

Introduction

Première partie : Les mesures de neutralisation des conflits d'intérêts

Chapitre 1. Les mesures de prévention

Chapitre 2. Les sanctions

Deuxième partie : Etude de cas

Chapitre 1. L'arrêt de la Cour d'Appel de Tunis en date du 10 décembre 2013

Chapitre 2. L'arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 30 janvier 2018

Conclusion

Introduction

« Pour un arbitre, l'indépendance est généralement une question d'honneur personnelle et de déontologie professionnelle, pas simplement une obligation légale. »¹

La question des conflits d'intérêts dans l'arbitrage international s'est approfondie avec l'expansion de l'arbitrage qui s'est imposé comme le moyen naturel de règlement des litiges du commerce international. Le sujet intéresse par conséquent les universitaires et les praticiens. Les relations croisées se multiplient entre les avocats-conseils et les arbitres exerçant dans ce domaine, ce qui crée un accroissement des conflits d'intérêts potentiels et avérés. Une difficulté liée à cette évolution réside notamment dans l'instrumentalisation du conflit d'intérêts aux fins d'entrave au bon règlement du litige. Ainsi, certaines parties utilisent cet argument comme manœuvre dilatoire perturbant le bon déroulement de la procédure tant au niveau de la constitution du tribunal arbitral qu'une fois la sentence prononcée. La gestion des conflits d'intérêts dans l'arbitrage international est essentielle à la crédibilité et à la prospérité de ce mode de règlement des litiges qui représente parfois pour ses usagers une voie pour remédier aux lenteurs voire à la corruption gangrénant certaines juridictions étatiques, que cela corresponde à la réalité ou à ce que les opérateurs du commerce international pensent à tort ou à raison.

Alors comment identifier et éviter les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international ?

Le conflit d'intérêts a notamment été défini comme « la situation dans laquelle un intérêt à protéger en vertu d'une mission issue d'une compétence et d'un pouvoir, intérêt objectivement apprécié, est sacrifié au profit d'un intérêt opposé ». ²

L'*International Bar Association* (IBA) a publié en 2004 et réédité en 2014 des « Lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international » afin d'apporter un instrument utile aux praticiens. ³ Ce document, élaboré par un comité de spécialistes indépendants reconnus (19 experts issus de 14 pays) qui se sont basés sur les législations et

¹ A.S. EL KOSHERI, K.Y.YOUSSEF, « L'indépendance des arbitres internationaux: le point de vue d'un arbitre », *L'indépendance de l'arbitre*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Supplément spécial 2007, p.47.

² C. OGIER, *Le conflit d'intérêts*, thèse Saint Etienne, 2008.

³ https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines.

jurisprudences internationales, sur la pratique des institutions d'arbitrage ainsi que sur celle des praticiens, présente sept principes ou règles générales (obligation d'indépendance et d'impartialité, conflit d'intérêt, révélation par l'arbitre, renonciation par les parties, portée, relations, devoir des arbitres et des parties) suivis d'une Note explicative. Ce document a pour objectif de proposer les meilleures pratiques concernant la gestion des conflits d'intérêts dans l'arbitrage international et d'apporter davantage de clarté et d'uniformité. Les Lignes directrices de l'IBA explicitent ce qui doit être entendu par conflit d'intérêts et précise les cas de figure concrets auxquels les praticiens peuvent être confrontés.

Au niveau du principe des conflits d'intérêts, le document énonce ce qui suit :

« (a) L'arbitre doit refuser sa nomination ou, si l'arbitrage a déjà commencé, refuser de continuer à siéger comme arbitre, s'il a un doute quelconque sur sa capacité à agir de manière impartiale et indépendante.

(b) Le même principe s'applique s'il existe, ou s'il survient après la nomination de l'arbitre, des faits ou des circonstances de nature à faire naître, dans l'esprit d'un tiers raisonnable ayant connaissance des faits de l'espèce, des doutes légitimes quant à l'impartialité ou à l'indépendance de l'arbitre, à moins que les parties aient accepté la nomination de l'arbitre en application de la Règle Générale n°4.

(c) Un tel doute existe légitimement lorsqu'un tiers raisonnable et averti estimerait que l'arbitre pourrait être influencé, dans sa prise de décision, par des éléments autres que le bien-fondé des demandes des parties.

(d) Il y a nécessairement doute légitime sur l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre lorsqu'il y a identité entre l'arbitre et une partie, lorsque l'arbitre est le représentant légal d'une personne morale partie à l'arbitrage, ou lorsque l'arbitre a un intérêt financier ou personnel significatif dans l'issue de la procédure. »

Il ressort clairement de l'énonciation du principe général sur le conflit d'intérêts que ce dernier se définit en rapport aux obligations d'indépendance et d'impartialité.

Afin d'éviter autant que faire se peut le développement des conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, des mesures de neutralisation ont été élaborées (première partie). Deux décisions éclairantes sur le sujet seront présentées pour analyser la mise en œuvre de ces mesures (deuxième partie).

Première partie : Les mesures de neutralisation des conflits d'intérêts

La volonté de neutraliser les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international s'est imposée avec l'expression de mesures de prévention (chapitre 1) et de sanctions (chapitre 2) largement admises en droit comparé de l'arbitrage ainsi que dans les divers règlements d'arbitrage des institutions internationalement reconnues.

Chapitre 1. Mesures de prévention

L'arbitre, comme le juge étatique, est traditionnellement tenu par une obligation d'impartialité et d'indépendance (Section 1). Une obligation de révélation (Section 2) a en outre vu le jour en matière d'arbitrage pour éviter les conflits d'intérêts.

Section 1. Obligation d'impartialité et d'indépendance

L'indépendance et l'impartialité semblent aller de pair pour qualifier l'attitude attendue de l'arbitre. Si l'indépendance peut s'évaluer objectivement, en désignant l'absence de lien entre l'arbitre et les parties, l'impartialité s'évalue de façon subjective puisqu'elle désigne la neutralité de l'arbitre par rapport à la situation qu'il va juger.

§1. L'énonciation de la règle

L'article 10 du Code l'arbitrage tunisien (2017) dispose que l'arbitre « doit être indépendant et impartial vis-à-vis des parties. »

L'article 11-5 de la Loi-type de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) sur l'arbitrage commercial international, ayant pour vocation de présenter un modèle législatif, affirme: « Lorsqu'il nomme un arbitre, le tribunal tient compte de toutes les qualifications requises de l'arbitre par convention des parties et de toutes considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et, lorsqu'il nomme un arbitre unique ou un troisième arbitre, il tient également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties. »

Le Règlement d'arbitrage de la Cour d'arbitrage international de la Chambre de Commerce Internationale de Paris (CCI) (2017) impose l'obligation d'impartialité et d'indépendance du tribunal arbitral en son article 11-1: « Tout arbitre doit être et demeurer impartial et indépendant des parties en cause ».

Le premier principe général des Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international énonce ce qui suit: « Chaque arbitre doit être impartial et indépendant des parties au moment où il accepte sa nomination en tant qu'arbitre et doit le rester tout au long de l'instance arbitrale jusqu'à la sentence finale ou jusqu'à ce qu'il y soit autrement mis fin. »

Ces différentes dispositions démontrent la reconnaissance unanime de l'obligation d'impartialité et d'indépendance de l'arbitre comme condition nécessaire à l'exercice de sa fonction.

§2. Perspectives doctrinales

Le Doyen Chedly a affirmé que l'obligation d'impartialité et d'indépendance est « la condition première du respect de tous les autres principes » relevant de l'ordre public transnational procédural.⁴ Il explique que la qualification de l'impartialité, représente une entreprise subjective alors que l'indépendance est une situation objective. L'indépendance est confirmée par l'absence de liens entre l'arbitre et les parties ainsi que leurs avocats alors que l'impartialité est représentée par « une disposition d'esprit, un état psychologique de l'arbitre vis-à-vis du différend qui lui est soumis ».⁵

Le professeur Jean-Baptiste Racine affirme quant à lui au sujet de l'obligation d'impartialité et d'indépendance qu'il s'agit d' « un devoir fondamental ». Il explique que l'indépendance de l'arbitre est de « l'essence de sa fonction juridictionnelle » et ajoute qu'il s'agit d'un « véritable principe général du droit, une forme de principe de justice universelle ».⁶ C'est dire l'importance de l'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre ! Il s'agit d'obligations essentielles de la procédure arbitrale.

⁴ L. CHEDLY, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public transnational*, Centre de Publication Universitaire, 2002, p.211 et ss. Le Professeur ajoute par la suite : « *Le principe de l'impartialité et de l'indépendance de arbitres est si largement consacré par la communauté internationale et les systèmes nationaux, que son caractère d'ordre public transnational devant l'arbitre semble évident* » (p.216-217) et s'appuie notamment sur des auteurs tels que Lalive et Monsieur Jarosson pour étayer cette affirmation.

⁵ L.CHELDY, *L'efficacité de l'arbitrage*, Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de la Haye, Vol.400, 2019, p.431.

⁶ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Thémis Droit, PUF, 2016, p.334-335.

Il a souvent été affirmé ces dernières années que l'on serait passé « de l'obligation d'indépendance à l'obligation de révélation ».⁷

Section 2. Obligation de révélation

L'obligation d'indépendance et d'impartialité ainsi que l'obligation de révélation qui représentent les remparts contre les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international feraient partie d'un ordre public international spécifique à l'arbitrage.⁸ Cette appartenance devrait leur garantir un respect inébranlable au sein de la communauté de l'arbitrage.

§1. Le principe

Il a été affirmé par des praticiens de l'arbitrage international que « Dans le cadre de la mondialisation des affaires et des services juridiques au sein duquel se déroule l'arbitrage commercial international, un grand nombre, si ce n'est la plupart des acteurs se connaissent plus ou moins. Il est maintenant largement reconnu que ce qui importe dans la grande majorité des affaires, ce n'est pas l'existence de relations d'affaires ou personnelles mais la déclaration, par l'arbitre, de l'existence de ces relations. C'est le secret qui pose problème. »⁹

L'obligation de révélation incombant à l'arbitre ressenti, permettant de lever ce secret, constitue ainsi la réponse naturelle à l'obligation d'indépendance caractérisant la fonction de l'arbitre. En effet, la communication de toutes les informations susceptibles d'intéresser les parties quant aux liens entre l'arbitre pressenti et les parties ainsi que leurs conseils et les autres arbitres le cas échéant, constitue une garantie contre un recours ultérieur portant sur un éventuel conflit d'intérêt basé sur lesdites informations.

L'obligation de révélation est devenue un usage dans l'arbitrage et a été largement codifiée, notamment par le législateur tunisien. C'est ainsi que l'article 57-1 du Code l'arbitrage tunisien (2017) dispose : « Lorsqu'une personne est pressentie, en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle doit signaler toutes causes de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. A partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre doit signaler sans tarder de telles causes aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait. »

⁷ T. CLAY, La disparition de l'obligation d'indépendance de l'arbitre au profit de l'obligation de révélation, note sous Paris 1^{ère} Civ., 12 février 2009, *Revue de l'arbitrage*, 2009, n°1, p.186.

B. MOREAU, « De l'obligation d'indépendance à l'obligation de révélation », Note de jurisprudence sous Cassation, 1^{ère} Chambre civile, 10 octobre 2012, n°11-20299, http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/jurisprudence_decembre-2012_Cass_1ere_Civ_10_octobre_2012_n_11-20299.pdf.

⁸ Les professeurs Lotfi Chedly et Jean-Baptiste Racine, spécialistes de la question, l'ont notamment soutenu dans leurs thèses respectives sur « L'arbitrage commercial international et l'ordre public transnational » Centre de Publication Universitaire, 2002 ; et « L'arbitrage du commerce international et l'ordre public », L.G.D.J, 1999.

⁹ A.S. EL KOSHERI, K.Y.YOUSSEF, « L'indépendance des arbitres internationaux: le point de vue d'un arbitre », *L'indépendance de l'arbitre*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Supplément spécial 2007, p.50.

§2. Les références internationales

A. L'obligation de révélation selon les « Lignes directrices » de l'IBA

Les « Lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international » de l'IBA énoncent comme suit le principe de révélation :

« (a) Si des faits ou des circonstances sont susceptibles de faire naître, aux yeux des parties, des doutes quant à l'impartialité ou à l'indépendance de l'arbitre, celui-ci doit, avant d'accepter sa nomination ou, si les faits sont apparus postérieurement, dès qu'il en a eu connaissance, les révéler aux parties, à l'institution d'arbitrage ou à toute autre autorité de nomination (s'il en a été désignée une, et si les règles institutionnelles applicables l'exigent), ainsi qu'aux autres arbitres.

(b) Il découle des Règles Générales 1 et 2 (a) qu'un arbitre ayant révélé certains faits ou circonstances ne s'en estime pas moins impartial et indépendant des parties et en mesure d'accomplir sa mission d'arbitre. En cas contraire, il aurait en effet immédiatement refusé sa nomination ou démissionné.

(c) Si l'arbitre a des doutes sur la nécessité de révéler certains faits ou circonstances, celui-ci doit trancher en faveur de la révélation.

(d) Lorsque l'arbitre s'interroge sur l'opportunité de révéler certains faits ou circonstances, il ne devra pas tenir compte du stade auquel se trouve la procédure arbitrale. »

La Note explicative de ce principe précise que la Règle Générale énonce un critère objectif quant à l'aptitude de l'arbitre à trancher le litige mais que les critères de révélation peuvent varier selon les facteurs devant être pris en compte par ce dernier et affirme que la plupart des législations nationales ainsi que la Loi-Modèle CNUDCI adoptent à cet égard un standard purement objectif. Le Groupe de Travail a néanmoins estimé qu'il est de l'intérêt des parties d'être pleinement informées de toute circonstance de nature à affecter à leurs yeux la capacité de l'arbitre à trancher leur litige et il a également tenu compte de la position de nombreuses institutions d'arbitrage, selon laquelle les déclarations doivent être faites en se plaçant selon le point de vue des parties. Le Groupe de Travail a donc accepté le principe d'une appréciation subjective de l'exigence de révélation mais il estime cependant que ce principe ne doit pas être appliqué sans nuances. Ainsi, s'il est établi qu'une certaine circonstance ne saurait disqualifier l'arbitre en application d'un critère objectif, cette circonstance n'a pas à être révélée, quel que soit le point de vue que les parties pourraient avoir à ce sujet. Le Groupe de Travail souligne également que les deux critères d'appréciation (appréciation subjective de l'exigence de révélation et appréciation objective de l'aptitude de l'arbitre) sont clairement indépendants l'un de l'autre. Il en résulte, ainsi que le prévoit la Règle Générale, que la révélation d'un fait ou d'une circonstance n'entraîne pas nécessairement la disqualification de l'arbitre concerné. Lorsqu'il s'interroge sur les faits ou circonstances qu'il doit révéler, l'arbitre doit prendre en compte tous les éléments dont il a connaissance, y compris ce qu'il sait de la culture et des usages des pays où les parties sont établies ou dont elles ont la nationalité. Il est en outre mentionné qu'une révélation n'équivaut pas à l'admission d'un conflit d'intérêts. En effet, un arbitre ayant révélé certains faits aux parties ne s'en estime pas moins impartial et indépendant des parties et en mesure d'accomplir sa mission. En cas contraire, il aurait en effet immédiatement refusé sa nomination ou démissionné. L'exigence de révélation a pour but de mettre les parties en mesure d'apprécier si elles partagent ou non l'avis de l'arbitre sur sa capacité à connaître du litige et, le cas échéant, d'obtenir davantage d'informations. Enfin, les conditions auxquelles sont soumises la révélation ou la récusation ne doivent pas varier selon le stade auquel se trouve la procédure arbitrale et que toute décision de procéder à une révélation, de refuser une nomination, de démissionner ou de

récuser un arbitre, doit être prise uniquement en fonction des faits et des circonstances en présence, sans que le stade auquel se trouve la procédure et les conséquences d'un retrait de l'arbitre puissent avoir aucune incidence et cela, bien qu'en pratique, les institutions d'arbitrage distinguent la phase initiale de la procédure d'arbitrage de ses étapes ultérieures, de même que les tribunaux semblent appliquer des règles différentes selon les étapes de la procédure. Il est reconnu qu'une récusation d'arbitre après le début de l'instance arbitrale peut en pratique causer certaines difficultés, mais appliquer des solutions différentes selon les étapes de l'instance arbitrale contreviendrait aux Règles Générales présentées par Les lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts.

B. L'obligation de révélation selon la Cour d'arbitrage international de la CCI

Le Règlement d'arbitrage de la CCI (2017) prévoit en son article 11-2: « Avant sa nomination ou sa confirmation, l'arbitre pressenti signe une déclaration d'acceptation, de disponibilité, d'impartialité et d'indépendance. L'arbitre pressenti fait connaître par écrit au Secrétariat les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties, ainsi que les circonstances qui pourraient faire naître des doutes raisonnables quant à son impartialité. Le Secrétariat communique ces informations par écrit aux parties et leur fixe un délai pour présenter leurs observations éventuelles. » L'alinéa 3 précise que : « L'arbitre fait connaître immédiatement par écrit au Secrétariat et aux parties les faits ou circonstances de même nature que ceux visés à l'article 11, paragraphe 2, concernant son impartialité ou son indépendance qui surviendraient pendant l'arbitrage. »

Dans les procédures gérées par la Cour d'arbitrage de la CCI, le Secrétariat transmet aux arbitres pressentis une « Déclaration d'acceptation, de Disponibilité, d'Impartialité et d'Indépendance » qu'ils doivent remplir et signer avant toute désignation par les parties. La « Note de la CCI aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage » précise que : « Les parties ont un intérêt légitime à être pleinement informées de l'ensemble des faits ou circonstances pouvant selon elles s'avérer pertinents, afin de s'assurer qu'un arbitre ou arbitre pressenti est et demeure indépendant et impartial ou, si tel est leur souhait, pour étudier plus avant cette question et/ou prendre les mesures prévues par le Règlement. Un arbitre ou arbitre pressenti est par conséquent tenu de révéler dans sa Déclaration, au moment de sa nomination et pendant toute la durée de l'arbitrage, toute circonstance pouvant être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit de l'une des parties ou à faire naître des doutes raisonnables quant à son impartialité. Tout doute doit être résolu en faveur d'une révélation. » Il est mentionné qu'une révélation n'implique aucunement l'existence d'un conflit et qu'au contraire, les arbitres procédant à une révélation s'estiment impartiaux et indépendants, nonobstant les faits communiqués. Sinon, ils refuseraient la mission. Il est ajouté qu'en cas d'objection ou de récusation, il appartiendra à la Cour de statuer sur la question de savoir si les éléments divulgués font obstacle à l'exercice de la fonction d'arbitre. Bien qu'un défaut de révélation ne constitue pas en soi un motif de récusation, il sera cependant pris en compte par la Cour afin de décider du bien-fondé d'une objection à la confirmation d'un arbitre ou d'une récusation. Il est enfin affirmé que chaque arbitre ou arbitre pressenti doit évaluer les circonstances qui sont susceptibles le cas échéant, de mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties ou de faire naître des doutes raisonnables quant à son impartialité et qu'au cours de cette évaluation, un arbitre ou arbitre pressenti doit envisager toutes les circonstances potentiellement pertinentes et une liste non exhaustive est fournie à titre d'illustration dans ledit document.

L'obligation de divulgation est de nature continue, elle s'applique par conséquent pendant toute la durée de l'arbitrage. Même si une déclaration ou une renonciation préalable portant

sur les éventuels conflits d'intérêts résultant de faits et circonstances susceptibles de se produire à l'avenir, puisse ou non dans certaines circonstances être prise en compte par la Cour, ceci ne libère aucunement l'arbitre de son obligation continue de divulgation. Lorsque l'arbitre ou l'arbitre pressenti remplit sa Déclaration et détermine s'il y a lieu de procéder à une révélation, que ce soit au début de l'arbitrage ou par la suite, l'arbitre ou l'arbitre pressenti doit soumettre ses dossiers, ceux de son cabinet d'avocats et, le cas échéant, tous autres éléments disponibles à des vérifications raisonnables. Dans le cadre des révélations, un arbitre sera considéré comme endossant l'identité de son cabinet juridique, et une personne morale inclura ses affiliés. Lors du traitement d'éventuelles objections à la confirmation ou de récusations, la Cour examinera les activités du cabinet juridique de l'arbitre et la relation de ce cabinet avec l'arbitre dans chaque affaire individuelle. Les arbitres doivent dans chaque cas envisager de révéler leurs relations avec un autre arbitre ou un conseil des mêmes cabinets d'avocats. Les relations entre arbitres, ainsi que celles avec une entité ayant un intérêt économique direct au litige ou une obligation de dédommager une partie pour la sentence, doivent également être prises en compte dans les circonstances de chaque affaire.

§3. Caractère excessif de l'étendue de l'obligation de révélation ?

La portée de l'obligation de révélation dans l'arbitrage a grandement évolué puisqu'elle a en quelque sorte supplanté l'obligation d'indépendance et d'impartialité pour protéger les parties des conflits d'intérêts. Son étendue s'est beaucoup développée sous l'impulsion des parties à l'arbitrage toujours plus exigeantes, des juridictions toujours plus sévères et des organismes professionnels ainsi que des institutions d'arbitrage elles-mêmes souhaitant maintenir la garantie d'une justice équitable.

Il a été considéré que les attentes liées à l'obligation de révélation ont pris une dimension excessive qui menace l'efficacité de l'arbitrage. Le Doyen Chedly a notamment évoqué une « hypertrophie de l'obligation de révélation » qui pourrait fragiliser l'arbitrage.¹⁰ En effet, l'étendue de l'obligation de révélation est telle que le risque de ne pas la remplir est accru et par conséquent celui de voir la procédure perturbée également. La révélation de toute information de nature à insuffler un doute légitime sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre est exigée à tous les stades de la procédure, si un nouvel élément apparaît en cours d'instance, il faudrait encore le révéler. Cette forte exigence fait peser une certaine précarité sur la procédure arbitrale qui peut se trouver bloquée à tout moment.

Si l'obligation de révélation n'a pas été respectée, des mesures de sanction peuvent être appliquées afin d'assurer la neutralisation des conflits d'intérêts dans l'arbitrage international.

Chapitre 2. Les sanctions

Il existe essentiellement deux types de mesures venant sanctionner le défaut d'indépendance et/ou d'impartialité d'un arbitre caractérisant un conflit d'intérêts dans l'arbitrage international. Il s'agit de la récusation d'arbitre (section 1) et de l'annulation de la sentence arbitrale (section 2).

Section 1. La récusation d'arbitre

Avant l'éventualité de sa récusation, la nomination d'un arbitre peut donner lieu à contestation. L'article 57-2 du Code de l'arbitrage tunisien (2017) dispose que : « Un arbitre

¹⁰ L. CHEDLY, *L'efficacité de l'arbitrage*, Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de la Haye, Vol.400, 2019.

ne peut être récusé que s'il existe des causes de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé, que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination. »

L'article 58 présente la mise en œuvre de la procédure de récusation (demande écrite au tribunal puis à la Cour d'Appel de Tunis qui rend une décision non susceptible de recours). Il est à noter que l'article 22 du même Code prévoit une procédure similaire concernant l'arbitrage interne.

Par ailleurs, l'article 12 de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international énonce l'obligation de révélation pesant sur l'arbitre suivie des conditions de récusation de ce dernier :

« 1. Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait.

2. Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination. »

Il ressort ainsi de cette disposition de la loi-type de la CNUDCI que l'une des deux situations au cours de laquelle un arbitre peut être récusé est celle révélant « des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance » mais il est précisé que la partie demandant la récusation d'un arbitre ne peut le faire que dans le cas où elle n'avait pas connaissance de ce qui a pu susciter des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance au moment de la nomination à laquelle elle a participé. Si la loi-type ne fournit pas d'indications à même d'expliciter le contenu des doutes légitimes, la Note explicative des Lignes directrices de l'IBA.

Une fois la sentence rendue, un conflit d'intérêts avéré pourra encore être sanctionné.

En vertu de l'article 81-I (d) du Code de l'arbitrage tunisien, la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence peut être refusée dans le cas où « la constitution du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale suivie n'était pas conforme aux stipulations d'une convention d'arbitrage en général, à un règlement d'arbitrage choisi, à la loi d'un pays retenu comme applicable ou aux règles édictées par les dispositions du présent chapitre relatives à la constitution du tribunal arbitral ». En application de cette disposition, un juge peut refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence si un conflit d'intérêt entache le tribunal arbitral.

Surtout, une sentence entachée par un conflit d'intérêts pourra être annulée.

Section 2. Annulation de la sentence arbitrale

L'article 78 du Code de l'arbitrage tunisien expose les conditions du recours en annulation d'une sentence arbitrale et dispose notamment en son deuxième alinéa, I, d) « que la constitution du tribunal arbitral, ou (*) la procédure arbitrale suivie n'était pas conforme aux stipulations d'une convention d'arbitrage en général, à un règlement d'arbitrage choisi, à la loi

d'un pays retenue comme applicable ou aux règles édictées par les dispositions du présent chapitre relatives à la constitution arbitral. »

Il est admis, à l'instar du constat de Monsieur Ouerfelli que les juridictions tunisiennes et étrangères soutiennent que le chef d'annulation relatif à l'irrégularité de la procédure de constitution du tribunal arbitral « englobe l'hypothèse d'un arbitre manquant d'impartialité et/ou d'indépendance, qui s'aurait adonné à une mission d'arbitrage sans en aviser les parties et sans requérir leur consentement à son arbitrage malgré ce fait. La possibilité pour la partie concernée de récuser cet arbitre en cours de procédure arbitrale n'empêche que le même motif puisse être invoqué pour demander l'annulation de la sentence et ce, uniquement lorsque cette partie établit qu'elle ne pouvait récuser l'arbitre en cours de procédure. Elle doit donc prouver qu'elle n'a eu connaissance des circonstances mettant en cause l'impartialité de l'arbitre que suite à la mise en délibéré de l'affaire par les arbitres ou suite à la reddition de la sentence. »¹¹

L'auteur évoque d'abord un arrêt de la Cour d'appel de Tunis datant de 1998 ayant retenu que le lien entre les parties et l'arbitre était contractuel et a considéré que l'abstention d'une partie à demander la récusation de l'arbitre, serait une erreur justifiant l'annulation de l'accord sur la désignation de l'arbitre et par conséquent de la sentence. Dans cette affaire, l'arbitre « s'est avéré être l'avocat de l'une des parties, associé possédant 30% des parts dans la société au profit de laquelle la sentence a été rendue, ayant signé des contrats avec des tiers au nom de ladite société en sa qualité de « promoteur » et qui a représenté cette société dans les réunions avec le représentant de la société-tiers au litige). » L'auteur évoque ensuite un autre arrêt dont il félicite la « démarche plus simple » qui a considéré « que l'existence de liens spéciaux et étroits entre l'arbitre et l'une des parties est contraire à l'ordre public, puisque le principe de l'impartialité du « juge » en général est d'ordre public ». Il relève la difficulté de la preuve de la partialité de l'arbitre notamment due au fait du secret du délibéré qu'on ne peut donc examiner pour établir le parti pris de l'arbitre en cause. Il relève une autre difficulté résidant dans le fait « qu'il n'est pas suffisant qu'il soit possible d'annuler la sentence parce qu'il y a des doutes sur la neutralité, l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre. Ce doute doit, en principe, justifier la récusation, qui n'est qu'un moyen de prévention contre une aberration probable. » La Cour d'appel de Tunis résout cette difficulté en soutenant que l'existence de liens spéciaux constitue une présomption irréfragable de la partialité de l'arbitre.

L'arbitre peut trouver sa responsabilité civile engagée lorsqu'il accepte une mission en sachant qu'il manque d'indépendance et/ou de partialité. L'auteur a critiqué un arrêt de la Cour d'appel de Tunis¹² qui a jugé que la faute de l'arbitre était flagrante et qu'elle est génératrice de responsabilité mais qui s'est fondé sur l'article 82 du Code des Obligations et des Contrats, et donc sur la responsabilité délictuelle de l'arbitre, au lieu de citer l'article 278 du même code or l'arbitre s'il peut engager sa responsabilité, c'est du fait de son engagement contractuel, avec les parties au litige. L'auteur précise que la Cour de Cassation¹³ a confirmé cet arrêt et a octroyé à la demanderesse le remboursement de tous les frais occasionnés par l'arbitrage ainsi que par la procédure d'annulation mais il ajoute que « ce n'est pas le seul fait que la sentence soit annulée qui peut générer la responsabilité de l'arbitre. »

¹¹ A. OUERFELLI, *L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne*, Latrach Editions, LGDJ, 2010, p.398.

¹² Cour d'Appel de Tunis, 15/02/2002, n°84588.

¹³ Cour de Cassation, 12/03/2003, n°19772/2002.

Deuxième partie : Etude de cas

Deux arrêts répondant à des demandes d'annulation de sentences arbitrales basées notamment sur des questions de conflits d'intérêts seront examinés afin de saisir le positionnement actuel de la jurisprudence sur cette problématique. La première décision rendue par la Cour d'appel de Tunis le 10 décembre 2013 a accueilli favorablement la demande d'annulation (chapitre 1). La seconde décision, rendue par la Cour d'appel de Paris le 31 janvier 2018, a rejeté la demande d'annulation de la sentence (chapitre 2). Il sera intéressant de constater que ce n'est pas la question de l'impartialité de l'arbitre en tant que telle qui a été examinée dans les arrêts commentés mais l'obligation de révélation. Cette position rejoint la tendance actuelle évoquée précédemment dans la présente étude, à savoir que l'obligation de révélation l'emporte désormais sur l'obligation d'indépendance et d'impartialité pour évaluer la présence d'un conflit d'intérêts dans l'arbitrage.

Chapitre 1. L'arrêt de la Cour d'Appel de Tunis en date du 10 décembre 2013

Cette décision, qui annula une sentence arbitrale rendue sous les auspices de la Cour d'arbitrage de la CCI, défraya la chronique et a été fortement critiquée dans les milieux concernés, car elle avait été considérée par certains comme excessivement sévère et par conséquent néfaste pour l'arbitrage.

Dans cette célèbre affaire, la requérante, un consortium tuniso-koweïtien de développement avait été condamné pour résiliation abusive de contrats conclus avec une société hôtelière de droit tunisien. La demande d'annulation de la sentence arbitrale, fondée sur l'article 78 du Code de l'arbitrage tunisien, a été formulée auprès de la Cour d'appel de Tunis.

La requérante invoqua divers moyens dont l'inobservation de l'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre vis-à-vis des parties basée sur les articles 10 et 75 du Code de l'arbitrage tunisien ainsi que sur l'article 7-1 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Paris imposant à l'arbitre pressenti, avant sa nomination ou sa confirmation, de signer une déclaration d'indépendance et de faire connaître par écrit au secrétariat les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties.

La Cour d'appel évoque les articles 10 et 57 du Code de l'arbitrage relatifs respectivement à l'obligation d'indépendance et d'impartialité et à l'obligation de révélation des arbitres ainsi que l'ancien article 7 du Règlement d'arbitrage de la CCI applicable à la procédure arbitrale¹⁴. La Demanderesse invoque une relation suspecte entre la présidente du tribunal arbitral et un co-arbitre avec l'avocat de la partie adverse, qui a désigné ce dernier, en raison de leur participation commune à la création, et leur appartenance, à une institution académique de droit de l'arbitrage. En outre, il a été relevé que le cabinet d'avocats qui représente la partie adverse contribue au financement de ladite institution.

La Cour rappelle que la base de l'arbitrage est la confiance conférée par les parties à l'arbitre pour statuer sur le litige et expose à cette occasion la définition de l'indépendance et de l'impartialité en affirmant tout d'abord qu'elles ne sont pas synonymes : « s'agissant de l'indépendance, c'est une situation objective basée sur l'absence d'un lien entre les membres du tribunal arbitral et l'une des parties au litige, de manière à ce que l'arbitre soit loin des

¹⁴ « 1. Tout arbitre doit être et demeurer indépendant des parties en cause.

2. Avant sa nomination ou sa confirmation, l'arbitre pressenti signe une déclaration d'indépendance et fait connaître par écrit au Secrétariat les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties. Le Secrétariat communique ces informations par écrit aux parties et leur fixe un délai pour faire connaître leurs observations éventuelles.

3. L'arbitre fait connaître immédiatement par écrit au Secrétariat et aux parties les faits ou circonstances de même nature qui surviendraient pendant l'arbitrage. »

influences (liens de parenté, endettement, partenariat, amitié proche...) et l'existence de telles relations prouve l'absence d'indépendance. Pour ce qui est de l'impartialité, il s'agit du parti pris pour des considérations d'intérêt ou désintéressées. »

La Cour explique que la possibilité de demander l'annulation sur le fondement du non-respect de l'obligation de révélation par l'arbitre repose sur la violation du droit de la défense et du principe du contradictoire, principes fondamentaux de la procédure qui ne peuvent être écartés du déroulement de celle-ci car cela priverait la partie concernée d'exercer son droit de récusation de l'arbitre.

La Défenderesse soutient que les relations décrites sont purement scientifiques et peuvent être facilement connues par une simple recherche sur internet mais la Cour démontre que ce n'est pas le cas car l'Académie d'arbitrage a été fondée en février 2011, alors que la deuxième audience de plaidoirie a été fixée au mois de mars 2011 donc l'existence de l'institution était nouvelle et n'était pas connue de tous et il n'a pas été prouvé que la partie requérante connaissait les relations en cause. Elle n'était pas tenue de faire des recherches à ce sujet.

La Cour explique ensuite que le fait de ne pas révéler les relations susmentionnées a privé la partie requérante de pouvoir exercer son droit de récusation conformément au Règlement d'arbitrage auquel la procédure était soumise et conclut sur ce point : « Attendu que le tribunal arbitral n'a pas respecté l'obligation qui lui incombe, comme cela a été prouvé précédemment, de confirmer son indépendance vis-à-vis des parties et d'immuniser ses procédures contre toutes les critiques, et il a donc violé le règlement de la Cour d'arbitrage international de Paris, ce qui rend la sentence arbitrale attaquée, rendue par ladite Chambre, susceptible d'annulation conformément aux dispositions de l'article 78 du Code de l'arbitrage. »

Un autre élément a été dénoncé par la partie requérante comme révélateur d'un conflit d'intérêts à son sens. Il s'agit du fait que l'expert ayant délivré une consultation qui a été accueillie en tous ses points par le tribunal, appartienne au Comité de rédaction d'un magazine duquel la présidente du tribunal arbitral est membre actif et que cette dernière fasse partie des responsables du master d'arbitrage et de commerce international à l'Université où enseigne ledit expert. La Cour estime toutefois que la situation décrite ne fait pas partie des cas de figure d'obligation de révélation prévus par l'article 10 du Code de l'arbitrage et l'article 7 du Règlement de la CCI. La Cour ne s'explique pas davantage sur ce point.

La Cour d'appel de Tunis annule la sentence arbitrale en se fondant sur l'article 78-1, et 78-2 paragraphe (I) (d) du Code de l'arbitrage.

Cet arrêt a été jugé excessivement sévère et portant le risque de condamner Tunis comme place d'arbitrage qui ne serait pas considéré comme un *for* ami de l'arbitrage, en raison d'annulations trop facilement accordées. Il semble pourtant que cette décision soit mesurée et les moyens retenus cohérents. La Cour d'appel a expliqué que l'obligation de révélation n'a pas été correctement respectée et par conséquent le Règlement d'arbitrage de la Cour d'arbitrage international de la CCI a été violé, ce qui a été retenu comme un des fondements de l'annulation de la sentence.

Ce type d'arrêt renforce l'obligation de révélation des arbitres et élargit son étendue.

Le raisonnement des juges s'est inscrit dans la tendance actuelle de la révélation tous azimuts dans l'arbitrage. Ceci étant, les seules relations scientifiques ne devraient pas faire l'objet d'une obligation de divulgation, alors que les éventuels flux financiers doivent effectivement être signalés. En l'espèce, il en était ainsi du financement par le cabinet d'avocats, au sein duquel exerce l'avocat de l'une des parties, d'une institution académique au sein de laquelle la présidente du tribunal et le co-arbitre désigné par ladite partie étaient des membres actifs.

En évoquant cette décision, et en précisant qu'il ne blâmait pas la Cour qui a appliqué le règlement d'arbitrage de la CCI consacrant un haut degré de transparence, le Doyen Lotfi Chedly constate que « l'exigence d'une transparence totale et d'une déclaration exhaustive

des relations, même celles que l'arbitre pourrait considérer anodines, est de nature à fragiliser l'efficacité de l'arbitrage. »¹⁵

Chapitre 2. L'arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 30 janvier 2018

Il s'agissait en l'espèce d'un hôtelier tunisien avec lequel était engagé un tour opérateur français par des contrats d'allotement c'est-à-dire la mise à disposition d'un certain nombre de chambres dans un hôtel en contrepartie d'un chiffre d'affaires garanti par le tour opérateur. Face à des difficultés de remplissage, le tour opérateur n'a pas respecté son obligation d'octroyer le chiffre d'affaires tel que fixé dans les contrats (et revu à la baisse par des négociations ultérieures entre les parties). L'hôtelier engagea une procédure arbitrale sous les auspices de la Chambre de Commerce Internationale de Paris, basée sur les clauses compromissaires contenues dans les contrats. Le tour opérateur argua d'une exonération de responsabilité prévue par les contrats en raison de la survenue de troubles politiques en Tunisie durant la période d'exécution du contrat.

Les conditions de mise en œuvre des clauses d'exonération n'étant pas remplies, l'arbitre unique accéda aux demandes de l'hôtelier et ordonna au tour opérateur de régler les montants dus en vertu contrats, augmentés des intérêts.

Le tour opérateur refusa d'exécuter la sentence arbitrale et demanda son annulation en formant un recours à l'encontre des ordonnances d'exequatur de la sentence et de son *addendum* auprès de la Cour d'appel de Paris.

La requérante a notamment fondé sa demande d'annulation sur le moyen de l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral (article 1520, 2° du code de procédure civile).

La requérante a fondé l'argument d'irrégularité de la composition du tribunal arbitral sur le défaut de révélation par l'arbitre de sa participation, ainsi que celle de membres du cabinet d'avocats au sein duquel elle exerçait, à des colloques organisés par l'avocat de la partie adverse et sur le défaut d'information concernant les fonctions de ce dernier au sein de la Chambre de Commerce Internationale, ce qui aurait, selon elle, créé une inégalité entre les parties.

La Cour a jugé qu'il ne pouvait être reproché à l'arbitre de n'avoir pas mentionné dans sa déclaration d'indépendance sa participation à un colloque qui a eu lieu plusieurs mois après le prononcé de la sentence et que « la circonstance que l'avocat de la partie adverse ait été co-intervenant dans des colloques auxquels participaient des associés du même cabinet d'avocats que l'arbitre, ne crée ni lien de subordination, ni courant d'affaires entre eux et traduit seulement leur appartenance à la communauté scientifique, de sorte que l'arbitre n'était nullement tenu de mentionner de tels faits dans sa déclaration d'indépendance. » Il s'agit d'une délimitation des informations devant être révélées. L'idée fondamentale est que les seules relations scientifiques ne peuvent être révélatrices d'un conflit d'intérêts.

La Cour ajoute que « l'arbitre doit révéler les circonstances concernant sa propre personne d'où pourrait résulter dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à son indépendance ou son impartialité ; qu'il ne lui incombe pas de se prononcer sur la personnalité du conseil de l'une ou l'autre partie ». La Cour précise que la fonction de l'avocat en question au sein du service de résolution des conflits de la CCI était connue de l'avocat de la partie requérante avant même le début de la procédure arbitrale. Ainsi, une information connue par les parties avant la procédure d'arbitrage ne peut être utilisée en cours ou à la fin de la procédure.

La Cour d'appel écarte par conséquent le moyen tiré du défaut de révélation de faits susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité ainsi que tous les autres moyens

¹⁵ L.CHELDY, *L'efficacité de l'arbitrage*, Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de la Haye, Vol.400, 2019, p.430 et ss.

et rejette la demande d'annulation de la sentence rendue à Tunis en confirmant les ordonnances d'exequatur prononcées par le président de grande instance de Paris.

Conclusion

Si la question du conflit d'intérêts n'est pas récente, elle connaît des développements intéressants qui contribuent à la détermination de contenu et de ses contours. Le conflit d'intérêts continue cependant à susciter des interrogations et à appeler la réflexion sur un certain nombre de points dont celui relatif aux personnes travaillant pour les institutions d'arbitrage. . Ainsi, une enquête sur les institutions d'arbitrage a relevé que si la totalité d'entre elles prévoient une règle sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres, seules 41% posent explicitement les mêmes exigences concernant les membres et les employés de l'institution, alors même que ces personnes jouent un rôle important dans les procédures arbitrales notamment en prenant part à certaines décisions capitales, telles que la nomination ou la récusation des arbitres.¹⁶

Bibliographie

L. CHEDLY, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public transnational*, Centre de Publication Universitaire, 2002.

L. CHEDLY, *L'efficacité de l'arbitrage*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, Vol.400, 2019.

T. CLAY, « La disparition de l'obligation d'indépendance de l'arbitre au profit de l'obligation de révélation », note sous Paris 1^{ère} Chambre Civile, 12 février 2009, *Revue de l'arbitrage*, 2009, n°1, p.186.

S. HOFBAUER, M.BURKART, L. BANDER, M. TARI, "Survey on scrutiny of Arbitral Institutions", in *Arbitral institutions under scrutiny*, édité par P.HABERGER, D. HOCHSTRASSER, G. NATER-BASS, U. WEBER-STCHER ? *ASA Special series*, n°40, p.20.

A.S. EL KOSHERI, K.Y. YOUSSEF, « L'indépendance des arbitres internationaux: le point de vue d'un arbitre », L'indépendance de l'arbitre, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Supplément spécial 2007, p.46.

B. MOREAU, « De l'obligation d'indépendance à l'obligation de révélation », Note de jurisprudence sous Cassation, 1^{ère} Chambre civile, 10 octobre 2012, n°11-20299, http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/jurisprudence_decembre-2012_Cass_1ere_Civ_10_octobre_2012_n_11-20299.pdf.

C. OGIER, *Le conflit d'intérêts*, thèse Saint Etienne, 2008.

A. OUERFELLI, *L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne*, Latrach Editions, 2010.

J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, L.G.D.J, 1999.

J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Thémis Droit, PUF, 2016.

¹⁶ S. HOFBAUER, M. BURKART, L. BANDER, M. TARI, "Survey on scrutiny of Arbitral Institutions", in *Arbitral institutions under scrutiny*, édité par P. HABERGER, D. HOCHSTRASSER, G. NATER-BASS, U.WEBER-STCHER, *ASA Special series*, n°40, p.20.