

Indépendance et impartialité de l'arbitre et l'obligation de révélation¹

Amor Zahi,

Professeur à l'Université d'Alger I

Abstract²

le choix de l'arbitre par les parties au litige revêt une grande importance dans les procédures appliquées en matière d'arbitrage commercial international.

Pour bien mener sa mission, l'arbitre est tenu d'une part de respecter le cadre législatif et réglementaire définissant son statut et d'autre part de voir les parties guidées par la confiance en lui, en particulier son indépendance, son impartialité et sa neutralité.

Cependant, cette exigence n'est pas toujours garantie devant les instances arbitrales internationales. Pour ce motif, l'auteur de l'article s'interroge sur les exigences imposées à l'arbitre et les possibles recours contre l'inobservation de ces exigences, pour que sa décision ne soit pas entachée de vices mais plutôt exécutable.

La mission accomplie par l'arbitre en tant que juge du tribunal arbitral doit répondre aux clauses contenues dans la convention arbitrale que les parties ont établi ensemble, s'il tient à ce que la sentence arbitrale prononcée ne soit éventuellement entachée de difficultés d'exécution devant le juge étatique.

المخلص²

إن اختيار أعضاء هيئة التحكيم من طرف الخصوم، يكتسي أهمية معتبرة في الإجراءات المطبقة في مادة التحكيم التجاري الدولي. قصد الإنجاز الحسن لمهمته، يتعين على المحكم احترام الإطار التشريعي والتنظيمي الذي يحدد مركزه من جهة ومن جهة أخرى أن يحمل الأطراف على الثقة فيه لاسيما في استقلاليته وحياده وعدم انحيازه.

إلا أن هذا الشرط غير مضمون في جميع الحالات أمام الهيئات التحكيمية الدولية. لهذا السبب يتساءل صاحب المقال حول الشروط المفروضة على المحكم وطرق الطعن الممكنة في حالة عدم مراعاتها، قصد تفادي أن يعتري الحكم التحكيمي أي عيب وبالتالي أن يكون قابلا للتنفيذ.

يجب أن تستجيب المهمة التي ينجزها المحكم بصفته قاضي الهيئة التحكيمية، لبنود اتفاقية التحكيم التي اتفق عليها الأطراف، لتفادي أي إشكال محتمل أمام قاضي الدولة.

¹ - Communication présentée lors de la journée d'étude sur « Les difficultés de l'arbitrage international », tenue à Alger le 14 mars 2016, organisée par le Centre de Recherche Juridique et Judiciaire.

² - Abstract proposé par la rédaction de la Revue algérienne Droit et Justice.

Introduction

L'arbitre comme le juge étatique est appelé à statuer sur un litige, fruit d'intérêts contradictoires entre deux ou plusieurs parties, le premier dans un cadre contractuel constitué par une convention d'arbitrage¹, le second dans un cadre législatif et réglementaire définissant son statut.

Il en résulte qu'en matière d'arbitrage, les parties au litige choisissent le « juge » pour mettre un terme à leur différend, ce qui n'est pas le cas en matière de justice étatique où c'est la loi qui fixe le juge compétent pour connaître d'un litige par la voie codes de procédures judiciaires;

Les litigants sont guidés par la confiance en l'arbitre parce qu'elles recherchent d'une part sa neutralité, c'est-à-dire l'indépendance et l'impartialité, d'autre part sa sincérité à travers la révélation préalable de tout ce qui peut entacher cette neutralité (1^o point de communication) tout en s'interrogeant sur les possibles recours contre l'inobservation de ces exigences et leurs incidences sur leurs droits (2^o point de la communication).

1^{er} Point: les exigences imposées à l'arbitre

La raison d'être de ces exigences, est de s'assurer de la neutralité de l'arbitre rendu compétent par les parties pour vider le contentieux qui les oppose.

A- L'Indépendance de l'arbitre

Même s'il s'agit de litiges privés souvent d'ordre commercial, elle n'échappe pas au contrôle de la loi.

En effet, l'article 1016 §3 CPCA aborde cette question d'indépendance à travers les causes de récusation en ces termes « l'arbitre peut être récusé, lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance » tout en indiquant, à titre d'exemple de faits entachant cette indépendance « notamment » l'existence directe ou par personne interposée, d'intérêts, de liens économiques ou familiaux avec une partie ».

Les dispositions de cet article 1016 CPCA montrent que l'appréciation de l'indépendance de l'arbitre à de nombreux critères, ce qui rend difficile la mission du juge étatique appelé à statuer sur la question.

Cette exigence est également prévue par les règlements d'arbitrage des institutions d'arbitrage² ou par les codes de l'éthique au niveau des institutions d'arbitrage³. Sur cette question, le juge algérien, en l'état actuel de nos informations, ne semble pas avoir eu l'occasion d'aborder la question; en revanche, à l'étranger, les juges, à défaut d'une définition au moins de ces critères caractérisant l'indépendance, ont tenté de cerner cette notion; il est, ainsi du juge

1- Berthold Goldman, traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996 p 616 Certains auteurs parlent de statut contractuel: Philippe FOUCHARD, Emmanuel Gaillard et Berthold GOLDMAN pp 616 et s.

2- Par exemple: convention de WASHINGTON du 18 mars 1965 relative au centre d'arbitrage (CIRDI) auquel l'Algérie a souvent fait appel dans des litiges relatifs à des investissements publics, et dont l'article 14 §1 précise que les arbitres « doivent offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions »; Règlement d'arbitrage de la CCI (art.2 §7).

3- Par exemple, le code de l'éthique de la chambre d'arbitrage international de Paris du 1^{er} juillet 2014.

français selon lequel « l'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle en ce sens que, d'une part, il accède dès sa désignation, au statut de juge, exclusif de tout lien de dépendance, avec les parties et, que, d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance, doivent se caractériser par l'existence de liens matériels et intellectuels une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage »;¹ c'est dire qu'il existe un faisceau d'éléments pour apprécier l'indépendance de l'arbitre, ce qui a conduit certaines décisions judiciaires à conclure à l'insuffisance de l'indépendance de l'arbitre dans certains cas.²

De ces décisions fort intéressantes dans la mesure où elles donnent les éléments d'appréciation de l'indépendance se limitent à cette notion; ce que fait d'ailleurs l'article 1016 CPCA algérien; est-ce à

dire que l'on s'achemine vers la confusion avec l'impartialité; la réponse à cette question sera dégagée après l'examen de l'impartialité, autre exigence à laquelle doit se soumettre l'arbitre.

B- l'impartialité de l'arbitre

L'impartialité cohabite avec la notion d'indépendance dans certaines législations internes³ règlements d'arbitrage⁴ deux circonstances difficiles à appréhender, surtout, la seconde en raison de son subjectivisme; mais, leur effet commun est la récusation de l'arbitre au moment de sa désignation ou en cours de procédure ou l'annulation de la sentence après leur découverte.

C- L'obligation de révélation

Cette obligation renvoie à la source de l'arbitrage qui est la convention d'arbitrage et qui suppose une mission dûment acceptée par l'arbitre, acceptation qui est la condition sine qua non de la constitution du tribunal arbitral selon l'article 1015 §1 CPCA.⁵

Cette exigence [l'indépendance de l'arbitre] est également prévue par les règlements d'arbitrage des institutions d'arbitrage ou par les codes de l'éthique au niveau des institutions d'arbitrage. Sur cette question, le juge algérien, en l'état actuel de nos informations, ne semble pas avoir eu l'occasion d'aborder la question ;

12/01/1996 Gouvernement de l'Etat de Qatar C/ Creightonn° Rep. Gén. 94.4045 et 94.4046 cités par Philippe FOUCHARD, Emmanuel Gaillard de Berthold Goldman op. cit. p.583.

² - TGI, Paris 15/01/1988, Rev. arb. 1988.136; Paris 09/04/1992 D. 1992/ir.173, Rev. Crit. Dip. 1993; Paris 02/07/1992 Sté Raoul Duval c/ Mercuria Succon, inédit repris de la référence (3) ci-dessus.

³ - par exemple, le code de l'éthique de la chambre d'arbitrage international de Paris du 1^{er} juillet 2014.

⁴ - Loi-type de la CNUDCI du 21/06/1985: article 12§2: motif de récusation: « un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes sur son impartialité ou son indépendance..... ».

⁵ - Article 1015§1 CPCA: « la constitution du tribunal arbitral n'est parfaite que si, le ou les arbitres acceptent la mission qui leur est confiée ».

C1- Objet et moment de la révélation

S'agissant, donc, d'un contrat, les parties se doivent loyauté et sincérité; l'obligation de révélation à laquelle l'arbitre est tenue entre dans ce cadre et les distingue des autres exigences auxquelles doit répondre l'arbitre.¹

L'article 1015§2 CPCA, y fait allusion très discrètement en disposant que « l'arbitre qui se sait être récusable, doit en informer les parties... », confirmant ainsi qu'il s'agit d'une obligation contractuelle.

Quant à l'objet de la révélation, il couvre tout ce qui peut entacher l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre; ce qui montre d'ailleurs, les imbrications entre les trois notions.

S'agissant du moment de la révélation, le principe est que l'arbitre prenne lui-même l'initiative au moment de sa désignation c'est-à-dire avant le lancement de la procédure d'arbitrage pour éviter une récusation qui serait ainsi prononcée sur l'initiative d'un tiers; tel est le sens de l'article 1015§ CPCA selon lequel « l'arbitre qui se sait récusable doit en informer les parties et ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord »; cette

obligation est étendue même aux relations avec les tiers par l'article 1016 CPCA comme l'a fait la cour de cassation française dans un arrêt remarqué rendu le 01/02/2012.²

C2- les effets de la non révélation

La sanction du non-respect de cette obligation par l'arbitre, c'est sa récusation avant le démarrage de la procédure d'arbitrage, son annulation si elle a déjà été entamée et celle de la sentence si la procédure a pris fin avec le rendu de la sentence arbitrale et mise en jeu de la responsabilité civile de l'arbitre.

2^e Point: La Responsabilité de l'arbitre

Paradoxalement, le CPCA comme beaucoup de textes à travers le monde, est silencieux sur la question de la responsabilité de l'arbitre qu'il s'agisse d'arbitrage interne ou d'arbitrage international; mais, cela ne signifie pas immunité de l'arbitre.

Sur cette question, sont apparus deux courants, l'un invoquant l'immunité de l'arbitre la justifiant par l'assimilation de l'arbitre avec le juge étatique, l'autre se prévalant de la nature contractuelle des relations entre l'arbitre et les parties au litige.

¹ - Au demeurant, l'arbitre est soumis à d'autres obligations de même nature comme l'obligation de respecter la confidentialité de l'arbitrage rappelées souvent par les règlements d'arbitrage (règlement d'arbitrage de la A AA-article 35, ou celui de la CCI-article 11), de la CNUDCI - article 11, Singapour international Arbitration Centre, China international Economic and Trade Arbitration Commission-article 29 A ou par les codes d'éthiques; voir sur l'ensemble de la question Emmanuel GAILLARD, le principe de la confidentialité de l'arbitrage commercial international, D.1987 chronique.

² - Cas. 01/02/2012 ...Dans cette affaire, l'arbitre désigné pour trancher le litige né entre une société d'experts en tarification sollicités par EDF pour une étude tarifaire, EDF n'étant partie à l'arbitrage, le président du tribunal arbitral était conseil de cette entreprise publique dans plusieurs contentieux; la cour de cassation devant laquelle la question était portée a estimé que cet arbitre failli à son obligation de révélation des relations avec EDF, ce qui a entaché son impartialité.

certainement une voie médiane qui tienne compte de la spécificité de la mission de l'arbitre qu'il convient d'explorer.

A - L'immunité de l'arbitre par assimilation avec le juge étatique

Ce courant reconnaît une large immunité à l'arbitre, donc, son irresponsabilité de principe pour son rôle juridictionnel, par assimilation au juge étatique.

Ce courant s'inscrit dans la logique du droit coutumier en vigueur dans les pays de la Common Law; pour ce fait, il suggère la modération dans l'application de la loi et son adaptation à la singularité de la mission de l'arbitre.

En d'autres termes, il propose de n'engager la responsabilité de l'arbitre qu'en cas de faute lourde ou de dol, ce nous rapproche, d'une certaine manière, de la faute volontaire; ainsi comprise, la responsabilité de l'arbitre est bien accueillie par les praticiens de l'arbitrage commercial international.

En revanche, cette tendance ne fait pas l'unanimité à travers le monde.

En effet, un second courant plus proche de la nature contractuelle des relations entre les parties litigantes et l'arbitre, suggère la responsabilisation de l'arbitre même en cas de négligence, de légèreté ou même d'incompétence.

Les arbitres sont, ainsi, considérés comme des prestataires de service; ils doivent, dès lors, répondre de leurs négligences et fautes comme n'importe quel professionnel prestataire de service.

Statuant dans ce sens, la cour de cassation française a retenu le principe de la responsabilité contractuelle de l'arbitre tout en distinguant ce qui est obligation de moyen et obligation de résultat, sans doute pour adapter le régime de la responsabilité au cas par cas.

Ainsi, en 2005, la haute juridiction a considéré qu'en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui, à défaut d'accord des parties, ou faute pour celles-ci de la solliciter, les arbitres tenus, à cet égard, à une obligation de résultat, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence et engagé leur responsabilité;¹ cette solution a été suivie ultérieurement, par les juridictions de fond;² dans d'autres cas, cette institution, n'a retenu qu'une obligation de moyen à l'égard de l'arbitre notamment, lorsqu'il s'est agi du non-respect des délais prévisionnels de l'arbitrage.³

Ainsi, la nature contractuelle des relations entre les parties et l'arbitre est bel et bien établie en droit français et ailleurs comme le montre une étude sur le droit comparé en la matière.⁴

Le droit algérien semble avoir emprunté la même voie dans la mesure où il ne comporte aucune disposition spécifique; ce qui, implicitement, renvoie au régime de la responsabilité de droit commun; l'état actuel de la jurisprudence ne permet pas d'aller au-delà de l'exégèse des textes.

Entre les courants de pensée qui viennent d'être exposés rapidement, il y a

1- (Cass. Civ1, 6 Déc. 2005).

2- (ex : Appel Orléans 14 avril 2007).

3- (cass. civ. 17/Nov. 2010).

4- P. LALIVE: the immunity of arbitrators-Lewedi, Lloy's 1990.)

B- L'adaptation de la responsabilité de l'arbitre en raison de la spécificité de sa mission

Tous les auteurs conviennent que l'arbitre est un juge choisi par les parties directement ou par l'entremise d'un centre d'arbitrage pour régler un litige; ceci signifie la naissance d'un contrat entre l'arbitre et les parties, distinct du contrat qui va lier les parties à l'institution d'arbitrage au cas où celle-ci se voit confier l'organisation de l'arbitrage.

Différentes qualifications ont été données à ce contrat: contrat de mandat, contrat d'entreprise, contrat sui generis.

Cette dernière qualification semble l'emporter parce qu'elle participe «de la mixité de l'arbitrage contractuel par sa source et juridictionnel par son objet».¹

Cette qualification qui nous semble pertinente, déteint sur la mission de l'arbitre qui revêt alors un double aspect, l'un juridictionnel, l'autre contractuel ce qui permet d'adapter sa responsabilité.

B1- Immunité relative en raison de la mission juridictionnelle

La responsabilité de l'arbitre est devenue une question d'actualité; elle est de plus en plus engagée par les parties lorsqu'elles s'estiment lésées par la sentence rendue car l'arbitre a «mal jugé».

Nous avons noté plus haut que les pays de la Common Law reconnaissent à l'arbitre une immunité bien que tempérée lorsqu'il y a faute lourde ou dol, conséquence de son assimilation au juge étatique alors l'immunité de ce dernier est accordée par l'autorité publique, ce qui n'est pas le cas de l'arbitre.

Cette déresponsabilisation de l'arbitre est regrettable en raison des risques de comportement d'arbitres préjudiciables aux parties et, donc, jette le discrédit sur l'arbitrage, qu'il soit institutionnel ou ad hoc.

Cette appréhension explique les tempéraments apportés à ce principe de l'immunité dans les cas de faute lourde ou de dol commis par l'arbitre.

Il est, toutefois regrettable de constater que certains règlements d'arbitrage comme celui de la CCI comportent encore des dispositions consacrant l'immunité absolue.²

B2- La responsabilité contractuelle de l'arbitre

Cette responsabilité est mise en cause en cas de violation de ses obligations par l'arbitre dans le cadre du contrat d'arbitrage qui le lie aux parties au litige.

1 - Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN op déjà cit. p.624.

2 - Article 34 du Règlement d'arbitrage : «ni les arbitres, ni la cour ou ses membres, ni la chambre de la CCI ou son personnel, ni les comités nationaux de la CCI ne sont responsables envers quiconque de tout fait, acte ou omission en relation avec l'arbitrage»; cette disposition extrémiste ne permet pas de mettre en cause la responsabilité de l'arbitre et, constitue, donc, une surprotection de l'arbitre.

Les praticiens de l'arbitrage¹ relèvent quatre catégories d'obligations de l'arbitre vis-à-vis des parties toutes liées aux exigences demandées à l'arbitre étudiées plus haut et qui sont les suivantes:

1- l'obligation de se comporter de manière équitable et impartiale et de traiter les parties sur un pied d'égalité tout au long de la procédure;

2 - accomplir sa mission dans les délais légaux ou contractuels;

3 - mener sa mission jusqu'à son terme, c'est-à-dire jusqu'au prononcé de la sentence finale et éviter le déport injustifié et à contre temps;

4 - respecter la confidentialité l'arbitrage.²

Les sanctions de l'arbitre pour non-respect de ses obligations contractuelles sont nombreuses et variées.

C- Les sanctions des défaillances de l'arbitre

La question a été incidemment abordée plus haut quand il s'est agi de l'obligation de révélation à laquelle l'arbitre est tenu.

Mais, à ce niveau, elle est élargie à l'ensemble des obligations contractuelles

de l'arbitre et concernent tantôt le droit de l'arbitrage, tantôt le statut de l'arbitre.

C1- S'agissant des manquements au droit de l'arbitrage, ils apparaissent le plus souvent après le rendu de la sentence; dans ce cas, c'est la sentence elle-même qui est visée par le biais des voies de recours prévues par la loi, comme par exemple le non-respect des délais prévisionnels de l'arbitrage.

Mais, les manquements peuvent également apparaître en cours de procédure, comme par exemple la démission intempestive et injustifiée de l'arbitre.

C2- En ce qui concerne les manquements touchant au statut de l'arbitre, leur sanction peut consister en la révocation de l'arbitre par les parties elles-mêmes ou par l'institution d'arbitrage qui l'a proposé à partir de la liste des arbitres détenu à son niveau.³

L'arbitre peut également être poursuivi personnellement sur le plan civil pour ses comportements durant l'arbitrage; la sanction, dans ce cas, peut aller jusqu'à la réduction, voir même la restitution des honoraires.

1 - Voir p. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDAMAN op. déjà cit. p630.

2 - Prévue également par les règlements d'arbitrage ou les codes d'éthique comme celui de la chambre arbitrale internationale de paris du 1er juillet 2014 selon lequel: «l'arbitre doit rester fidèle au principe de confiance, de discrétion et de confidentialité inhérents à son office:

A- L'arbitre est lié par un rapport de confiance et de loyauté avec les parties et ne doit pas divulguer les informations confidentielles obtenues au cours de l'instance arbitrale, sauf obligation légale.

B- A moins qu'il n'en soit autrement convenu par les parties ou exigé par le règlement d'arbitrage et les règles applicables, l'arbitre doit tenir pour confidentielles toutes questions se rapportant à l'instance et à la sentence arbitrale..... ;

C- Le secret des délibérations des arbitres est absolu. L'arbitre doit s'interdire de porter à la connaissance de quiconque la solution générale ou les dispositions particulières de la sentence».

3 - Il est même légitime de se poser la question de la responsabilité d'une telle institution pour mauvais choix dans sa proposition.

En conclusion, l'étude des obligations de l'arbitre et des sanctions qu'elles génèrent, a permis de vérifier la consécration de la nature hybride de l'arbitrage qui, à la fois du droit des contrats et du droit judiciaire quant à sa finalité, ce qui explique la mission spécifique de l'arbitre.