

# REPUBLIQUE DE CÔTE D'IVOIRE

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique



UNIVERSITE  
JEAN LOROUGNON GUEDE



UFR SCIENCES JURIDIQUES

Année Académique

2022-2023

## MEMOIRE

Présenté pour l'obtention du diplôme de

## MASTER

SCIENCES JURIDIQUES

Spécialité : **DROIT PRIVE**

Par

**COULIBALY Albatou Yasmina**

Numéro d'ordre :

## SUJET

LA CONFIDENTIALITE DE L'ARBITRE DANS L'ESPACE  
OHADA

---

**Date de soutenance : 01 février 2023**

### Jury

Professeur AKPOUE Brou., Université Jean Lorougnon Guédé, **Président**

Professeur YEO Nawa, Université Jean Lorougnon Guédé, **Directeur scientifique**

Docteur SORO Pogniré Logozanni, Université Jean Lorougnon Guédé, **Encadreur**

Docteur GUIRE Brahima, Université Jean Lorougnon Guédé, **Examineur**

## **AVERTISSEMENT**

L'Université Jean Lorougnon Guédé de Daloa n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Elles doivent être considérées comme propres à l'auteur.

## **DEDICACES**

Ce travail est dédié à :

Ma mère COULIBALY Djénéba épouse GALATY qui a été un soutien spécial pour moi.

Mon père GALATY Goessé Marcelin qui m'a donnée le courage d'avancer.

## REMERCIEMENTS

Je remercie mon directeur scientifique que j'ai nommé mon père, mon maître, mon guide, le professeur **YEO Nawa**, agrégé de droit privé à l'université Alassane OUATTARA de Bouaké, pour m'avoir donné l'occasion de travailler avec lui, malgré un programme très chargé de sa part, d'avoir accepté d'être mon directeur de mémoire, pour sa bonne bienveillance, sa simplicité, ses orientations, car sans lui ce travail ne serait pas possible. Sa gentillesse et son amour pour l'encadrement ont été bénéfiques pour moi. Je tiens sincèrement à le remercier pour la chance qu'il m'a donnée de travailler avec lui. C'est une grâce pour moi de l'avoir eu comme directeur scientifique.

Je remercie mon encadreur, Docteur **SORO Pogniré Logozanni**, assistant des facultés des sciences juridiques à l'université Jean Lorougnon Guédé de Daloa, avec qui j'ai entamé cette étude et qui m'a toujours fait confiance et encouragé. Nos échanges ont toujours été pour moi des moments importants de stimulation intellectuelle. Un grand merci, pour ses conseils, sa disponibilité et ses critiques enrichissantes.

Mes remerciements à l'endroit de la présidente de l'Université Jean Lorougnon Guédé de Daloa, professeur **TIDOU Abiba Sanogo épouse KONE**, au vice-président professeur **KONE Tidiani** et au vice doyen docteur **COULIBALY Kounvolou Mamadou** et aux membres de l'administration, pour leurs supervisions et leurs soutiens.

Je remercie également mon moniteur **KOUAME Yao Arnaud**, qui m'a été d'une aide précieuse pour l'avancement de ce travail ; ma sœur **SYLLA Myriam** et son mari pour m'avoir hébergé afin que ce travail prenne forme ; **Mr Makan KEITA**, assistant juridique et administratif à la CACI, pour m'avoir donné des informations par rapport à mon travail ; **AYABIA Florent** qui m'a aidée dans la recherche de ce mémoire ; **KOUAME Yao Augustin** qui m'a soutenue avec les documents en rapport avec mon travail ; **YAO Ezéchiel** et **BOGUHE Djollo Stéphane** qui m'ont soutenue moralement dans l'avancement de ce travail.

Je remercie toutes les personnes qui m'ont aidée et soutenue.

## LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS ET DES SIGLES

|                  |                                                                                     |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|
| AAA              | : Association Américaine d'Arbitrage                                                |
| ADR              | : Alternative Dispute Resolution                                                    |
| Al.              | : Alinéa                                                                            |
| AIA              | : Association for International Arbitration                                         |
| Art.             | : Article                                                                           |
| Ass. Plén.       | : Assemblée plénière de la cour de cassation                                        |
| AUA              | : Acte uniforme relatif à l'arbitrage                                               |
| BICC             | : Bulletin d'information de la cour de cassation                                    |
| Bull. civ.       | : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation                  |
| C. cass.         | : Cour de cassation                                                                 |
| CACI             | : Cour d'Arbitrage de la Côte d'Ivoire                                              |
| CACNIQ           | : Centre d'Arbitrage Commercial National et International du Québec                 |
| CCI              | : Chambre de Commerce International                                                 |
| CCJA             | : Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA                                 |
| C./              | : Contre                                                                            |
| CA               | : Cour d'appel                                                                      |
| Cah. Arb.        | : Cahiers de l'arbitrage                                                            |
| Cass. Ass. Plén. | ; Arrêt de la cour de cassation siégeant en assemblée plénière                      |
| Cass. Civ.1ere   | : Arrêt de la première chambre civile de la cour de cassation                       |
| Cass. Civ.2eme   | : Arrêt de la deuxième chambre civile de la cour de cassation                       |
| Cass.civ.3eme    | : Arrêt de la troisième chambre civile de la cour de cassation                      |
| CEPANI           | : Centre belge pour l'Etude et la Pratique de l'Arbitrage National et International |
| CIA              | : Cour Internationale d'Arbitrage                                                   |
| Cf.              | : Confer                                                                            |
| Ch.              | : Chambre                                                                           |

|             |                                                                               |
|-------------|-------------------------------------------------------------------------------|
| CIRDI       | : Cour Internationale de Règlement de Différends relatifs aux Investissements |
| CNUDCI      | : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International         |
| Chron.      | : Chronique                                                                   |
| Coll.       | : Collection                                                                  |
| Comm.       | : Commentaire                                                                 |
| Contra      | : En sens contraire                                                           |
| CPC         | : Code de procédure civile (français)                                         |
| D.          | : Recueil Dalloz                                                              |
| Dir.        | : Sous la direction de                                                        |
| Doctr.      | : Doctrine                                                                    |
| Dr.         | : Droit                                                                       |
| Ed.         | : Edition                                                                     |
| E.R.S.U.M.A | : Ecole régionale supérieure de la magistrature                               |
| Gaz. Pal.   | : Gazette du Palais                                                           |
| Ibid.       | : Ibidem (au même endroit)                                                    |
| Idem.       | : De même                                                                     |
| In          | : Dans                                                                        |
| Infra       | : Ci-dessous                                                                  |
| J.O         | : Journal officiel                                                            |
| L.          | : Loi                                                                         |
| LCIA        | : London Court of International Arbitration                                   |
| N°          | : Numéro                                                                      |
| NCPC        | : Nouveau Code de Procédure civile                                            |
| Not.        | : Notamment                                                                   |
| Obs.        | : Observations                                                                |
| Ord.        | : Ordonnance                                                                  |
| OHADA       | : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires          |
| OHADA-D     | : Référence électronique des ressources doctrinales sur le site internet de   |

l'UNIDA ([www.ohada.com](http://www.ohada.com))

|           |                                                                      |
|-----------|----------------------------------------------------------------------|
| OMPI      | : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle               |
| Op. Cit.  | : Opere citato (dans l'ouvrage cité)                                 |
| P. ou pp. | : Page(s)                                                            |
| Préc.     | : Précité(e)                                                         |
| Préf.     | : Préface                                                            |
| PUF       | : Presses universitaires de France                                   |
| RACCJA    | : Règlement d'arbitrage de la cour commune de justice et d'arbitrage |
| Rapp.     | : Rapport                                                            |
| Rec.      | : Recueil des arrêts de la justice de l'Union européenne             |
| Rev. Arb. | : Revue de l'arbitrage                                               |
| Reg. Arb. | : Règlement d'arbitrage                                              |
| RTD civ.  | : Revue trimestrielle de droit                                       |
| s.        | : Suivant(e)(s)                                                      |
| Somm.     | : Sommaire                                                           |
| Spéc.     | : Spécialement                                                       |
| Supp.     | : Supplément                                                         |
| Supra     | : Ci-dessus                                                          |
| t.        | : Tome                                                               |
| TGI       | : Tribunal de grande instance                                        |
| TPI       | : Tribunal de première instance                                      |
| v.        | : Voir                                                               |
| vol.      | : Volume                                                             |

## SOMMAIRE

|                                                                                                                    |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>INTRODUCTION.....</b>                                                                                           | <b>1</b>   |
| <b>PREMIERE PARTIE : L'ARBITRE, SOUVENT TENU PAR LA CONFIDENTIALITE .....</b>                                      | <b>14</b>  |
| CHAPITRE I : UNE EXIGENCE IMPLICITE DE LA CONFIDENTIALITE .....                                                    | 16         |
| SECTION I : Le caractère implicite de la confidentialité .....                                                     | 16         |
| SECTION II : Une confidentialité implicite controversée .....                                                      | 28         |
| CHAPITRE II : UNE CONFIDENTIALITE FRAGILE .....                                                                    | 41         |
| SECTION I : Le risque d'atteinte externe à la confidentialité de l'arbitre.....                                    | 41         |
| SECTION II : Le risque d'atteinte interne à la confidentialité de l'arbitre .....                                  | 50         |
| <b>DEUXIEME PARTIE : L'ARBITRE, PARFOIS SANCTIONNE POUR INOBSERVATION<br/>DU PRINCIPE DE CONFIDENTIALITE .....</b> | <b>59</b>  |
| CHAPITRE I : LES SANCTIONS ENCOURUES PAR L'ARBITRE EN CAS DE REVELATION<br>.....                                   | 61         |
| SECTION I : Les sanctions judiciaires de l'arbitre .....                                                           | 62         |
| SECTION II : La sanction extrajudiciaire de l'arbitre .....                                                        | 73         |
| CHAPITRE II : LE TEMPERAMENT AUX SANCTIONS DE L'ARBITRE.....                                                       | 83         |
| SECTION I : L'immunité des arbitres en cas de sanction .....                                                       | 83         |
| SECTION II : L'existence d'une discrimination entre les arbitres .....                                             | 94         |
| <b>CONCLUSION.....</b>                                                                                             | <b>102</b> |

## INTRODUCTION

« *La valeur d'un trésor réside dans son secret* » disait Suzanne Martel romancière dans son œuvre '*Premières armes*' pour tout simplement faire savoir que tout ce qui est inaccessible au grand public suscite un intérêt prononcé en raison de son caractère secret et mystérieux.

Cet adage trouve tout son sens dans l'un des modes alternatifs de résolutions de conflit (MARC) qui, jusqu'ici, est très sollicité par les entreprises commerciales et même les Etats en raison d'une caractéristique qui, même si elle n'est pas la seule, demeure la raison fondamentale de cette ruée.

En effet, les modes alternatifs de résolutions de conflit (MARC) sont des pratiques de règlement à la fois juridique et judiciaire d'un différend. Ils sont placés dans des systèmes mis en place par les Etats et les gouvernements. Ceux-ci permettent aux litigants de ne pas toujours saisir le juge étatique, s'ils peuvent recourir à une solution plus efficace, rapide, afin d'éviter la lourdeur des tribunaux. L'objectif est de trouver une issue au conflit plus adaptée, aux besoins et aux attentes des parties tout en évitant la lenteur des tribunaux.

Ces modes présentent des avantages qui attirent les parties. Et l'un de ces modes le plus sollicité par les parties est l'arbitrage. C'est ainsi que disait Thomas CLAY en ces termes : « Aujourd'hui tous les litiges du commerce international se résolvent par l'arbitrage »<sup>1</sup>. L'économie mondialisée ne peut plus se passer de ce mode de résolution des conflits, qui est considéré comme une procédure efficace et indépendante, exercée par des experts. Ce succès est dû à l'une des principales caractéristiques et l'un des atouts allégués de la procédure arbitrale par les praticiens comme les utilisateurs. Il s'agit de sa confidentialité. C'est donc dans cette veine d'idée que s'inscrit le sujet suivant : « la confidentialité de l'arbitre en matière d'arbitrage dans l'espace OHADA ».

A ce stade de cette étude, il serait judicieux de lever le voile sur les termes généraux sur lesquels elle porte.

---

<sup>1</sup> Th. CLAY, « Arbitrage : regards croisés d'un arbitre et d'un directeur juridique », *Gazette du Palais*, 15 février 2011, n° 46, p. 6.

La notion d'arbitrage ne fait objet d'aucune définition légale par le législateur communautaire. Pour pallier ce vide, il faudrait recourir à quelques définitions puisées dans le vocabulaire juridique de Gérard CORNU et dans le droit comparé. Ainsi, Le vocabulaire juridique de Gérard CORNU<sup>2</sup> définit l'arbitrage comme un mode dit parfois amiable ou pacifique, juridictionnel de règlement d'un litige par une autorité (le ou les arbitres) qui tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'Etat ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties (lesquelles peuvent être de simples particuliers ou des Etats).

Selon certains auteurs, « l'arbitrage est l'institution par laquelle, les parties confient à des particuliers appelés arbitres et librement désignés par elles, la mission de trancher leur litige »<sup>3</sup>. Cette définition est proche de celle donnée par Bruno OPPETIT. En effet, il définit l'arbitrage comme : « l'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 »<sup>4</sup>. Il faut préciser que Bruno OPPETIT a repris la définition adoptée par Charles JARROSSON dans sa thèse<sup>5</sup>. Cette définition semble large car elle fait intervenir plusieurs éléments.

L'arbitrage est aussi défini comme : « un mode de solutions des conflits qui trouve son origine dans une convention privée et qui aboutit à une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée. Cette décision est acquise grâce à l'intervention d'un ou plusieurs particuliers auxquels la volonté commune des parties donne pouvoirs de trancher le litige »<sup>6</sup>. En effet, ces différentes définitions présentent l'arbitrage comme une justice privée de règlement des litiges. La définition précitée par KEUTGEN est particulièrement pertinente car elle prend en compte aussi bien le fondement que la finalité de l'arbitrage. Cette définition mérite d'être retenue.

Il existe également plusieurs types d'arbitrage à savoir : l'arbitrage interne et l'arbitrage international, l'arbitrage ad hoc et l'arbitrage institutionnel ainsi que l'arbitrage OHADA et l'arbitrage CCJA.

En effet, l'arbitrage interne peut être défini comme étant celui qui présente aucun élément d'extranéité, tant en ce qui concerne les parties en présence que le contrat principal objet du différend. Et l'arbitrage international « désigne celui qui met en présence des sujets

---

<sup>2</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, édition PUF.

<sup>3</sup> R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 9.

<sup>4</sup> B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris nov. 1998, Presses universitaires de France, p. 16.

<sup>5</sup> Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ ? 1987, pp. 14-18.

<sup>6</sup> H. KEUTGEN, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

de droit international. Il s'agit donc de l'arbitrage de droit international public »<sup>7</sup>. Selon l'article 1<sup>er</sup> alinéa 3 de la loi type de la CNUDCI : « *Un arbitrage est international si : a) les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des Etats différents ; ou b) un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement : i) le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention ou déterminé en vertu de cette convention ; ii) tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a les liens les plus étroits ; ou c) les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays* »<sup>8</sup>. Dans le droit OHADA cette distinction, arbitrage interne et arbitrage international, n'a pas d'intérêt car le droit OHADA est un droit uniforme (interne et international) et l'AU/DA s'applique aux deux types d'arbitrage<sup>9</sup>. Ce système a été adopté dans le but de supprimer le conflit de lois.

Ensuite, l'arbitrage est dit institutionnel lorsqu'il est administré par une institution permanente d'arbitrage, un centre d'arbitrage comme la CCJA, la Chambre du Commerce Internationale ou encore la CACI en Côte d'Ivoire. L'arbitrage institutionnel présente trois caractéristiques à savoir l'existence d'une institution chargée d'administrer l'arbitrage, l'existence d'un règlement d'arbitrage qui régit l'instance et l'existence d'un secrétariat chargé des tâches techniques. L'arbitrage est dit ad hoc lorsque le tribunal fonctionne en dehors de toute institution permanente. Dans cette procédure, le tribunal arbitral n'a pas le soutien d'une institution. Il est fait directement avec les parties.

Enfin, l'arbitrage OHADA est celui qui est régi par l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Il ne s'agit pas nécessairement d'une forme d'arbitrage institutionnel. Quant à l'arbitrage CCJA, il est celui qui fonctionne au sein de la CCJA. Celle-ci administre l'arbitrage et, à la différence des autres centres d'arbitrage, a des pouvoirs juridictionnels. Cependant, il n'est pas régi par l'AU/DA et se distingue par son champ spatial.

Toutefois, l'arbitrage doit être distingué d'autres modes de règlement des conflits tels que la transaction, la médiation, la conciliation. D'abord la transaction est régie par les articles

---

<sup>7</sup> P. MEYER, « Droit de l'arbitrage », doc. ERSUMA, octobre 2009, p. 10.

<sup>8</sup> A. MOULOUL, *L'arbitrage dans l'espace OHADA*, conférence internationale sur le Droit des Affaires de l'OHADA, maison du Droit Vietnamo-Française, 28 janvier 2010, arbitre CCJA, p. 3. Art. 3 de la loi CNUDCI. Quant à la conception économique, elle est inspirée de la « jurisprudence Matter », cass. 17 mai 1927, D.P., 1928, I, et adoptée tant en France que dans certains pays africains (Côte d'Ivoire, Mali) avant la réforme OHADA : « *Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international* ».

<sup>9</sup> Art 15 AU/DA.

2044 et suivants du code civil français applicable en Côte d'Ivoire. Cet article présente la transaction comme « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître »<sup>10</sup>. L'effet principal de la transaction est d'éteindre l'action en justice relative au droit litigieux. Aucun procès ne pourra être engagé et s'il y en avait un à juger, le juge se serait dessaisi car il n'y a rien à juger.

Ensuite, la médiation est définie par l'article premier de l'Acte Uniforme portant médiation, comme « tout processus quelle que soit son appellation dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord découlant d'un rapport juridique contractuel ou autre lié ou lié à un tel rapport impliquant des personnes physiques ou morales y compris des entités publiques ou étatiques »<sup>11</sup>. En effet, la médiation consiste pour la personne choisie c'est-à-dire le médiateur, par les protagonistes à proposer à ceux-ci un projet de solution sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation. Mais également à la différence de l'arbitrage, le médiateur n'est pas investi du pouvoir d'imposer une décision juridictionnelle aux parties à l'issue de la médiation. Dans l'arbitrage, l'arbitre est investi du pouvoir de rendre une décision qui s'impose aux parties.

Enfin, en ce qui concerne la conciliation, aucun texte normatif n'en donne une définition, mais selon le vocabulaire juridique de Gérard CORNU, la conciliation est un « accord par lequel deux personnes en litige mettent fin à celui-ci (soit par une transaction, soit par abandon unilatéral ou réciproque de toute prétention), la solution du différend résultant non d'une décision de justice (ni même de celle d'un arbitre) mais de l'accord des parties elles-mêmes »<sup>12</sup>. La conciliation est donc un mode de règlement des différends où les parties confient leur litige à un tiers conciliateur qui cherche à rapprocher les positions des parties.

La différence fondamentale entre l'arbitrage, la médiation et la conciliation repose sur les pouvoirs du tiers. En effet, dans l'arbitrage, la sentence prononcée s'impose aux parties alors que dans la médiation et la conciliation, le tiers n'a pas le pouvoir de trancher le litige. De même, les règles de la contradiction ne s'imposent pas au médiateur<sup>13</sup>. Pour autant, la conciliation, la médiation et l'arbitrage se complètent. La médiation et la conciliation aident

---

<sup>10</sup> Art. 2044 du code civil Napoléonien.

<sup>11</sup> Art 1 de l'Acte Uniforme portant médiation du 23 Novembre 2017, entré en vigueur le 15 mars 2018.

<sup>12</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, édition PUF.

<sup>13</sup> A. FENEON, « Le projet de loi sur la médiation au Burkina Faso : prémices d'un droit africain de la médiation », *Penant, Revue trimestrielle de droit africain*, oct. – déc. 2012, n°881, pp. 438-439 ; X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation et de médiation », in *Revue de l'arbitrage* 2000, vol. III, p. 377.

aussi à désengorger les tribunaux. Or, ni l'acte uniforme sur l'arbitrage, ni le règlement d'arbitrage de la CCJA ne prévoient la médiation et la conciliation.

Il faut aussi préciser qu'il ne peut y avoir d'arbitrage sans arbitre(s) tout comme pas de justice sans juge. L'arbitre représente l'acteur principal de l'arbitrage.

Ainsi, l'arbitre est défini par le vocabulaire juridique de Gérard CORNU comme « une personne investie par une convention d'arbitrage (compromis ou compromissoire)<sup>14</sup> de la mission de trancher un litige déterminé et qui exerce ainsi, en vertu d'une investiture conventionnelle, un pouvoir juridictionnel ». L'arbitre est une personne physique désignée par des parties en vue de trancher définitivement le litige qui les oppose. Le terme d'arbitre est pris ici dans son acception la plus large, qu'il siège seul ou au sein d'un collège, qu'il occupe la fonction de président du tribunal arbitral ou de co-arbitre, qu'il ait été nommé directement par les parties ou par une institution permanente d'arbitrage ou encore par l'autorité judiciaire compétente que l'arbitrage soit ad hoc ou institutionnel<sup>15</sup>.

Au regard de l'article 5 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage, la mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique, ayant le plein exercice de ses droits civils dont cette capacité est appréciée au regard de la loi personnelle de l'arbitre. Il doit être et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties, ce qui suppose l'interdiction des « arbitres amis ». De ce fait, la constitution du tribunal arbitral se fait soit d'un seul arbitre, soit de trois arbitres. A défaut d'accord entre les parties, le tribunal arbitral est constitué d'un arbitre unique. Lorsqu'il s'agit de trois arbitres, chaque partie en désigne un et le troisième est désigné par les deux premiers.

La mission première de l'arbitre est sa fonction juridictionnelle, celle de trancher le litige qui lui a été soumis par les parties. Il est assimilé au juge étatique qui lui, aussi juge, mais une différence les sépare du point de vue de *l'imperium*.

*L'imperium* est le pouvoir de donner des ordres, c'est une autorité, employé en doctrine par opposition à *jurisdictio* pour désigner la parcelle de puissance publique dont l'arbitre, à la différence du juge étatique, est démuné du fait qu'il tient son pouvoir

---

<sup>14</sup> La clause compromissoire est définie comme une clause insérée dans un contrat par laquelle les parties s'engagent à recourir à l'arbitrage pour les différends qui surgiraient entre elles relativement à ce contrat. Le compromis arbitral est défini comme un accord par lequel les parties à un litige déjà né décident d'en confier le règlement à un arbitre.

La convention d'arbitrage se définit comme une convention par laquelle les parties s'obligent à faire trancher, par un ou plusieurs arbitres, des litiges susceptibles de les opposer ou qui les opposent déjà.

<sup>15</sup> ICC commission reports, dispute resolution, bulletins, international court of arbitration bulletin vol. 7 n° 1.

juridictionnel non d'une investiture officielle mais d'une convention d'arbitrage. Le terme désigne, par voie de conséquence, l'ensemble des pouvoirs qui ont leur principe dans la détention d'une fraction de puissance publique : pouvoir de disposer de la force publique, d'ordonner une astreinte. Ce qui explique que la sentence arbitrale n'a pas par elle-même force exécutoire, mais seulement en vertu d'une décision d'exequatur<sup>16</sup>. *L'imperium* est donc le pouvoir d'ordonner. Il relève du pouvoir juridictionnel lui-même selon la formule du doyen Gérard CORNU.

Un auteur a d'ailleurs récemment écrit à ce propos : « *L'imperium* n'est pas l'accessoire du jugement ; il en est la marque »<sup>17</sup>. Il faut donc reconnaître à l'arbitre le pouvoir *d'imperium*, qui ne se confond pas « avec l'aide de la puissance publique, laquelle est ultérieure et accessoire »<sup>18</sup>. Et un autre auteur avait déjà précisé : « L'arbitre est un juge et il tranche une contestation en vertu d'un *imperium* qu'il tient en réalité de la loi, parce que c'est elle qui a autorisé de recourir à cette forme de justice... »<sup>19</sup>. Une partie de la doctrine considère aussi que *jurisdictio* et *imperium* forment ensemble l'autorité de chose jugée<sup>20</sup>. En d'autres termes, l'arbitre dont on sait que la décision a l'autorité de chose jugée, dispose aussi bien de *l'imperium* que de la *jurisdictio*.

Cependant, pour d'autres auteurs, « on sait que *l'imperium domi* (pouvoir civil) s'est subdivisé en *imperium merum* et en *imperium mixtum* »<sup>21</sup>. Pour lui si l'arbitre n'est jamais pourvu de *l'imperium merum*<sup>22</sup>, celui qui correspond au noyau dur de *l'imperium*, il est en revanche partiellement titulaire de *l'imperium mixtum*<sup>23</sup>, celui qui est indissociable de la *jurisdictio*<sup>24</sup>.

Cela permet enfin de comprendre pourquoi certains pouvoirs relevant de *l'imperium* sont reconnus à l'arbitre, alors que d'autres ne le sont pas. C'est donc être en présence d'un *imperium* taillé pour l'arbitre. Les facultés que lui permettent cet *imperium* ne sont pas de nature à lui donner une autonomie complète dans la gestion de la justice. Un paradoxe peut

<sup>16</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, éd. PUF.

<sup>17</sup> M. A. FRISON-ROCHE, *Les offices du juge*, in Jean Foyer auteur et législateur, *Leges tulit, jura docuit*. Mélanges Jean Foyer. PUF, 1997, spéc. n° 10, p. 463.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> J. P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Sirey, t. VI, vol. 2, 1950, spéc. n° 1985.

<sup>20</sup> J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Précis-droit privé, 25<sup>e</sup> éd., 1999, spéc. n° 180.

<sup>21</sup> Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », op. cit., spéc. n° 43 et s. Adde P. MEYER, « *Imperium* de l'arbitre et mesures provisoires », op. cit., spéc. n° 3. Injonction intellectuelle.

<sup>22</sup> L'*imperium merum* est la souveraineté majeure de celui qui détient le glaive, le pouvoir et les armes.

<sup>23</sup> L'*imperium mixtum* exprime l'injonction intellectuelle, ne suppose aucun pouvoir de contrainte matérielle.

<sup>24</sup> Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », op. cit., spéc. n° 43 et s. Adde F. TERRE, « Justice étatique en instance arbitrale », colloque de l'AFA, 24 sept. 1997, *Publications de l'AFA*, spéc. p. 26.

être relevé quant aux exigences qu'a l'arbitre de rendre diligemment, de manière efficace et confidentielle la justice<sup>25</sup>.

L'autre terme qui constitue l'objet de la réflexion est la « confidentialité ».

Le mot confidentialité n'a pas de définition légale, pourtant elle est l'élément fondamental qui attire les parties vers l'arbitrage. Autrement dit, sa complexité relève d'une absence de définition unanime et uniforme. En effet, la confidentialité vient du latin "confidere", ce qui signifie se fier, compter sur ... mais également du mot (anglais) « confident » qui signifie « personne sur laquelle on peut compter ». La confidentialité est donc « un pacte de confiance et de sécurité établie avec celui à qui tu vas te confier »<sup>26</sup>. C'est l'adjectif caractérisant ce qui ne peut être divulgué sans l'accord de la personne qui détient la confiance<sup>27</sup>.

Elle est également définie par l'organisation internationale de normalisation comme « le fait de s'assurer que l'information n'est accessible qu'à ceux dont l'accès est autorisé ». Selon le vocabulaire juridique de Gérard CORNU, la confidentialité est le caractère de ce qui est confidentiel. Qui est communiqué à quelqu'un sous l'interdiction, pour celui-ci, de le révéler à quiconque ; qui est livré par écrit ou oralement sous le sceau du secret. La notion de confidentialité est liée à une obligation de garder le secret. L'obligation de confidentialité peut être définie comme « un lien de droit entre deux personnes dont l'objet est d'assurer la protection d'une information secrète »<sup>28</sup>. La confidentialité est donc une obligation assortissant des informations et des documents.

Cependant, la confidentialité mérite d'être distinguée de certaines notions voisines, à savoir la notion de « secret » et de « confidentialité » ; le « caractère privé » et « confidentialité ». La différence entre secret et confidentialité n'apparaît donc pas clairement. Le législateur OHADA entretient lui-même une confusion. L'article 18 AUA fait mention de délibérations « secrète » alors que l'article 14 du RA/CCJA<sup>29</sup> évoque la procédure « confidentielle... ». Pourtant, il est courant de constater que sous différentes variations sémantiques, ces synonymes trahissent l'extrême complexité du secret et de la confidentialité et même leur diversité. Il semble acquis que le secret impose une discrétion, un silence sur

---

<sup>25</sup> C. H. MASSOSSO BENGHA, *La déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA*, université HAL, p. 208.

<sup>26</sup> <https://www.filsantejeunes.com/la-confidentialite-cest-quoi-18492>

<sup>27</sup> Dictionnaire juridique droit prive, <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/confidentiel.php/> consulté le 09 août 2022.

<sup>28</sup> M. LEFRANCOIS, *L'obligation de confidentialité*, Thèse Caen, 2001, p.5.

<sup>29</sup> Art 14 du règlement d'arbitrage CCJA.

une chose qui a été confiée ou apprise, et pourtant, implique qu'il n'y ait pas de communication d'informations à l'extérieur<sup>30</sup>. Dans cette définition apparaît le secret professionnel, c'est-à-dire l'obligation de ne pas divulguer des faits confidentiels appris dans l'exercice de la profession. Le secret et la confidentialité sont par conséquent deux notions convergentes mais distinctes. Les deux termes sont étroitement liés et imbriqués, le thème confidentialité ayant un impact moins fort que le secret. La confidentialité regroupe des pratiques permettant d'encadrer le secret, de le préserver, tel un pavillon selon la métaphore d'un auteur : « *un secret a toujours la forme d'une oreille* »<sup>31</sup>. Si l'idée que la notion de confidentialité renvoie à un sens beaucoup plus large que celle de secret, cela conduit à considérer l'idée selon laquelle toutes les informations secrètes sont subordonnées aux obligations de confidentialité alors que l'inverse n'est pas tout à fait vrai. En ce qui concerne la confidentialité et le caractère privé, selon Jean-Claude Naja, l'arbitrage est un mode privé de règlement des conflits<sup>32</sup>. Ces deux notions étaient longtemps confondues depuis la fin des années 80<sup>33</sup>. Dans une jurisprudence anglaise<sup>34</sup>, la cour a expressément dit que le caractère privé des audiences équivalait au caractère confidentiel de la procédure. Mais il y a eu une évolution de cette perception le 15 mars 1990 dans une autre décision<sup>35</sup>. Dans cet arrêt, les juges de la cour d'appel concluent que ces deux notions sont différentes mais que la confidentialité dérive du caractère privé. Ainsi, selon la vision classique du concept, l'obligation découle du fait que les audiences soient privées en Common Law<sup>36</sup>. La différenciation des deux notions est maintenant répandue. Par exemple dans les règles de la London Court of International Arbitration (LCIA), un article<sup>37</sup> traite du caractère privé des audiences et l'autre<sup>38</sup> de la confidentialité. En effet, le caractère privé de la procédure

<sup>30</sup> M. ADAMOU, « La confidentialité dans l'arbitrage OHADA à l'épreuve de la transparence », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives* n°38, avril 2017, pp.5-44.

<sup>31</sup> J. COCTEAU, Lettre à Jacques Maritain, 1925.

<sup>32</sup> Th. CLAY, « Arbitrage : regards croisés d'un arbitre et d'un directeur juridique », *Gazette du Palais*, 15 février 2011, n°46, p.6.

<sup>33</sup> S. KOURIS, Confidentiality: is International Arbitration losing one of its major benefits? 22 J.Int'l. Arb. 127 (2005), cite dans Confidentiality in commercial Arbitration, I. SMEUREANU, 2011, Wolters Kluwer Law & Business, p.76; consulté en ligne le 09 août 2022.

<sup>34</sup> *Oxford Shipping Co. Ltd. V. Nippon Yusen Kaisha*, (The Eastern Saga) Queen's Bench Division (commercial court) QBD (comm) June 26, 1984 Before Mr. justice Leggatt.

<sup>35</sup> *Dolling-Baker v Merrett & Another* (CA march 15, 1990), 1991, 2 All ER 890, per Parker L.J cite dans "confidentiality in commercial Arbitration L. M. SMEUREANU", 2011, Wolters Kluwer Law & Business.

<sup>36</sup> A. REDFERN, M. HUNTER, N. BLACKABY, P. CONSTANTINE, *Law and practice of international commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, 4 th ed 2004, cite par I. SMEUREANU, *Confidentiality in commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 98.

<sup>37</sup> Art 19.4 de la LCIA: "All meetings and hearings shall be in private unless the parties agree otherwise in writing or the Arbitral Tribunal directs otherwise".

<sup>38</sup> Art. 30.1 de la LCIA 2014 « Les parties s'engagent garder confidentiel toutes les sentences arbitrales, avec tous les éléments de l'arbitrage », 2020 « Les parties sont désormais également tenues de demander le même

concerne uniquement les audiences, lorsque la procédure est en cours. La confidentialité exige aux parties, aux arbitres, aux témoins et aux experts de ne pas divulguer les informations. Elle s'étend dans le temps et perdure après les sentences rendues.

« Le développement de l'arbitrage constitue l'un des phénomènes les plus marquant de notre siècle (...), il s'agit là, par ailleurs d'un phénomène international, qui ne connaît ni les frontières des Etats ni même celle des « systèmes de droit »<sup>39</sup>. L'arbitrage prospère grâce à son caractère confidentiel. Sa confidentialité s'étend à plusieurs niveaux de la procédure et donc l'arbitrage est gouverné par une règle d'or : « Tant vaut l'arbitre, tant vaut la confidentialité »<sup>40</sup>. C'est dire que le lien entre l'arbitre et la confidentialité serait solide et consacré.

Historiquement, ces modes de résolutions de conflit se sont tout d'abord développés dans les pays du commun Law où l'Alternative Dispute Resolution (ADR) courant de pensées américaines, défend l'idée selon laquelle une communauté peut gérer un conflit sans ouvrir de procès. Cette pratique bien qu'héritée du Droit Français trouve son écho dans la culture Africaine essentiellement portée sur résolution amiable des différends.

Ainsi, selon un auteur, *« l'arbitrage est une notion qui correspond à une pratique ancienne dont l'origine paraît antérieure à l'organisation d'une justice étatique »*<sup>41</sup>. Pour lui, on remarque la présence de l'arbitrage dans les textes fondateurs de deux grandes religions monothéistes qui sont le christianisme et l'islam. En effet, dans la religion chrétienne, le canon 1446 dispose que les fidèles doivent éviter les litiges ou les régler de manière pacifique, soit en recourant à la transaction, soit en utilisant la procédure d'arbitrage. Quant à l'islam, l'arbitrage est reconnu par le coran à travers les versets 35 et 58 de la sourate *les femmes*. Le premier verset dispose que : *« si vous craignez le désaccord entre les deux époux, envoyez alors un arbitre de la famille de l'époux, et un autre arbitre de la famille de l'épouse. Si les deux veulent la réconciliation, Allah rétablira l'entente entre eux »*. Le second verset quant à lui dispose que : *« certes, Allah vous commande de rendre les dépôts à leurs ayants-droits, et quand vous jugez entre les gens, de juger avec équité »*. On pourrait donc relever une divergence dans la doctrine musulmane. Elle n'est pas unanime sur le sens qu'il faut attribuer

---

engagement de confidentialité de tous ceux qu'il implique dans l'arbitrage, y compris, mais sans s'y limiter, tout représentant autorisé, témoin de fait, expert ou prestataire de services ».

<sup>39</sup> Y. I. COULIBALY, *La confidentialité dans l'arbitrage OHADA*, mémoire master 2, Université Alassane OUATTARA de Bouaké, 2020.

<sup>40</sup> La formulation est parfois différente : « 'La confidentialité' vaut ce que vaut l'arbitre », in Th. CLAY, *L'arbitre*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, p. 10.

<sup>41</sup> P. MEYER, *Droit de l'arbitrage*, OHADA, 2002, p.7.

à la notion d'arbitrage. Alors que certains y voient une conciliation non obligatoire, d'autres attribuent à l'arbitrage la fonction de trancher un litige par une décision qui s'impose aux parties<sup>42</sup>.

Les sociétés africaines traditionnelles avaient développé à partir de leur vécu culturel quotidien, un ensemble de pratiques et de règles dont l'efficacité permettait, dans une certaine mesure de circonscrire les conflits internes et de les résoudre autrement que par la violence. La stabilité des sociétés traditionnelles africaines était garantie par des institutions, des pratiques et des rites qui maintenaient une certaine stabilité sociale et assuraient le règlement pacifique des conflits<sup>43</sup>. Par ce fait, ces modes ont pris forme dans nos sociétés et même ont été consacré par les textes.

Alors, consacré par le préambule du traité OHADA du 17 décembre 1993 et par le titre IV du traité comme un mode normal de règlement juridique des conflits commerciaux, l'acte uniforme sur l'Arbitrage est entré en vigueur le 11 juin 1999 et constitue aujourd'hui le cadre juridique du droit de l'arbitrage. Il s'applique à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'espace OHADA. C'est ainsi que le 29 Septembre 1995 la Côte d'Ivoire a ratifié le traité de l'OHADA pour enfin adhérer définitivement le 13 décembre 1995. Le traité OHADA est entré en vigueur en Côte d'Ivoire le 11 février 1996<sup>44</sup>. Le législateur africain de l'OHADA a entendu insuffler, dans une partie du continent, une dynamique visant « à promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends... »<sup>45</sup>. Il l'a fait de deux manières. D'abord, le traité cite le droit de l'arbitrage comme domaine du droit devant faire l'objet d'une harmonisation. Les Etats membres de l'organisation seront ainsi dotés d'une législation uniforme et conforme aux tendances contemporaines du droit de l'arbitrage. Ensuite, le traité crée et organise une institution permanente d'arbitrage et de fonction juridictionnelle d'examen des recours et d'exequatur des sentences rendues par les juridictions arbitrales siégeant sous l'égide de la CCJA.

L'arbitrage présente un certain nombre de caractéristiques qui lui sont considérées comme des atouts. A ce propos, un auteur énumère un certain nombre de caractéristique de l'arbitrage qu'il qualifie de « *facteurs de motivation de l'arbitrage* »<sup>46</sup>. Pour lui, l'arbitrage

---

<sup>42</sup> I. Y. COULIBALY, *La confidentialité dans l'arbitrage OHADA*, mémoire master 2, Université Alassane OUATTARA de Bouaké, 2019-2020, p 05.

<sup>43</sup> A. DIENG, « Les modes alternatifs de règlement de conflits (MARC) en OHADA 17 et 18 Mars 2009 », *Approche culturelles des ADR en OHADA*.

<sup>44</sup> <http://www.droit-africain.com/cote-d'ivoire-arbitrage/>

<sup>45</sup> Préambule et art. 1<sup>er</sup> du traité OHADA.

<sup>46</sup> R. DAVID, *L'arbitrage commercial dans le commerce international*, Paris, Economica, p.15.

permet d'aspirer à une justice mieux administrée, de rechercher une autre justice, de régler les controverses au-delà de leurs aspects juridiques et de permettre ainsi d'appréhender d'autres préoccupations contribuant à l'apaisement et au maintien des relations commerciales<sup>47</sup>. Cependant, la doctrine OHADA fait une énumération claire des caractéristiques de l'arbitrage. En effet, selon un autre auteur<sup>48</sup>, l'arbitrage a un *caractère volontaire*, c'est-à-dire que les justiciables doivent consentir expressément à l'arbitrage par écrit ou par tout moyen permettant d'administrer la preuve. Il relève également le *caractère juridictionnel et flexible* de l'arbitrage. Le caractère juridictionnel permet à l'arbitre ou au collège d'arbitres de trancher le litige qui lui est soumis et rendre une sentence ; décision ayant autorité de la chose jugée qui s'impose aux parties en cause. Quant au caractère flexible, les parties sont libres de choisir l'arbitre et la procédure à suivre pour la résolution de leurs différends. Et le dernier caractère qu'il présente est *la confidentialité*. Ce qui veut dire que toute la procédure arbitrale est couverte par la confidentialité. A cet effet, l'arbitrage est une pratique attrayante à multiples avantages : le libre choix de l'arbitre, la sécurité juridique, la rapidité, l'universalité de la sentence arbitrale, la réduction du coût et la confidentialité.

La confidentialité dans l'arbitrage vient du fait que la justice étatique soit lacunaire. Et ce, à cause de ses débats publics mais aussi de ses sentences qui sont publiques. Ces raisons ont amené à créer une justice privée qui pourra combler les défaillances de la justice étatique. L'économie mondiale prend de l'ampleur et les investisseurs ont besoin d'une justice qui saura répondre efficacement à des situations qui requièrent une confidentialité de leurs affaires.

La question du caractère confidentiel de l'arbitrage présente plusieurs intérêts à savoir la connaissance de l'étendue de la confidentialité, son intensité et son effectivité dans l'arbitrage. Ainsi, que sa manifestation à l'égard des tiers et du public surtout à l'égard de l'arbitre. Ensuite, avoir une idée claire de la confidentialité en matière d'arbitrage et les éventuels risques d'atteinte auxquels est exposé la confidentialité. Enfin, cette étude permettra de cerner les sanctions que peuvent encourir l'arbitre en cas de violation de cette confidentialité.

L'arbitrage est un moyen pour les parties de jouir d'une totale indépendance dans le règlement de leur litige. Et l'essence même de l'arbitrage c'est la confidentialité. Mais cette

---

<sup>47</sup> Idem

<sup>48</sup> S. MABOUNE NDAME, « Le principe de confidentialité en arbitrage OHADA : cas de l'IJAMC », *Ohadata* D-17-15, p.2, consulté sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com) le 9 août 2022 à 13h 22mn.

confidentialité est controversée parce que selon le professeur GAILLARD, la confidentialité n'existe pas dans l'arbitrage en raison des traités d'investissement et l'aspiration à la transparence ; et en matière commerciale, le choix est laissé aux parties de décider de cette confidentialité. Et un autre auteur disait ceci : « Dans les faits, le principe selon lequel le principe de la confidentialité existe du moins dans la forme absolue telle que perçue par les parties est plus un truisme qu'une réalité...les questions simples allant de la nature, de l'étendue du principe, en droit, à son utilité, en pratique à sa formulation comme règle de procédure arbitrale, sont très contentieux »<sup>49</sup>.

Toutes ces pensées sur la confidentialité en matière d'arbitrage plus précisément rattachée à l'arbitre, entraînent une réelle confusion. D'abord, la confidentialité rencontre de véritable problème tant en ce qui concerne sa conceptualisation qu'en ce qui concerne son étendue. Elle n'est, ni définit par la loi, ni par les actes uniformes portant droit de l'arbitrage, ni par la jurisprudence. Alors qu'elle est présentée comme l'élément le plus important de l'arbitrage auquel l'arbitre doit être soumis. Quant à son étendue, seul l'article 14 du règlement de la cour commune de justice et d'arbitrage du 11 mars 1999 mentionne que la procédure de l'arbitrage est couverte par la confidentialité, sous réserve d'un accord des parties. Ce qui traduit le fait que l'arbitre semble ne pas être tenu d'office par la confidentialité. Il faut aussi relever que cette confidentialité est ambiguë, non absolue, ineffective et assez critiquée par la jurisprudence et la doctrine.

Ensuite, l'immixtion du tribunal judiciaire dans les procédures arbitrales entraîne une incrédibilité de la confidentialité. Il se trouve que le juge a un regard de superviseur sur les sentences arbitrales, il homologue ces sentences pour leur donner une force exécutoire. Le tribunal judiciaire exerce une fonction de surveillance et contrôle la justesse ou le caractère raisonnable des décisions rendues par l'arbitre<sup>50</sup>. La judiciarisation galopante favorise l'accès aux informations confidentielles. L'arbitrage discret, privé et confidentiel est susceptible de nuire aux objectifs de politique générale. Par ce fait, la confidentialité semble laissée place à la transparence.

Enfin, l'on se demandera, si l'arbitre qui, serait tenu par cette exigence, ne pourra pas faire preuve de transparence parfois dans l'exercice de ses fonctions au regard de la corruption, de l'illicéité des affaires portées devant lui. En effet, pour un arbitre qui est interpellé par un juge dans le but d'une révélation sur une affaire à laquelle il était parti à

---

<sup>49</sup> L.Y. FORTIER, "The occasionally unwarranted assumption of confidentiality", 15, ARB. INT'L 131 (1998)

<sup>50</sup> DESPUTEUX, *Revue jurisprudentielle* ; Gazette C Blondin, 2003, p 43-44.

l'arbitrage, que devra-t-il faire ? S'il s'y soumet, verra t'il sa responsabilité engagée ? Alors, c'est un véritable problème pour l'arbitre d'être partagé entre sa confidentialité et sa transparence de peur d'engager sa responsabilité.

Cependant, aucuns textes ne mentionnent les sanctions prévues pour un arbitre qui aurait divulgué une information confidentielle, alors que le législateur OHADA parle de confidentialité. C'est pourquoi l'objectif de cette étude est de montrer l'ambiguïté de cette confidentialité à laquelle l'arbitre est soumis mais, aussi de révéler que cette exigence rencontre des difficultés dans son application par l'arbitre. La confidentialité de l'arbitre, si on en parle, c'est parce qu'elle demeure une notion floue pour le juriste ordinaire et bien plus encore mystérieuse pour le profane. Aussi la confidentialité est controversée puisqu'elle n'est pratiquement pas détaillée ni expliquée par la loi, la jurisprudence, la doctrine et même par des traités OHADA. Et de plus en plus le public réclame la transparence. Face à toutes ces situations l'on ne saurait si l'arbitre est tenu par le secret professionnel ou l'obligation de transparence.

Alors, le problème qui découle de ce sujet est le suivant : Peut-on parler d'une existence de principe de confidentialité de l'arbitre dans l'espace OHADA au regard de la transparence imposée par l'ordre public ?

La complexité de ce sujet donne la possibilité d'étendre le champ d'étude tant à l'espace OHADA dont la Côte d'Ivoire est un Etat partie qu'au droit étranger. Car comme le disait un auteur, le droit comparé est « *le plus court chemin pour la compréhension des phénomènes juridiques nationaux* »<sup>51</sup>. L'approche de ce questionnement a consisté à recourir aux ouvrages de base sur la question afin d'en tirer des connaissances diverses et avisées. Et pour mieux repousser les limites de la connaissance, il a été jugé bon de tourner vers des écrits de référence, les textes normatifs, les articles de doctrines, les jurisprudences, les sites web, des entretiens et même des enquêtes quantitatives, c'est-à-dire de s'adresser aux professionnels de l'arbitrage (les arbitres) en leur posant des questions précises préparées d'avance.

Cette étude se fera autour de deux axes, à savoir l'arbitre, souvent tenu par la confidentialité (**PREMIERE PARTIE**) et l'arbitre, parfois sanctionné pour inobservation du principe de confidentialité (**DEUXIEME PARTIE**).

---

<sup>51</sup> G. FATAT, *Droit économique*, PUF, Thémis, 1971, p.17.

**PREMIERE PARTIE : L'ARBITRE, SOUVENT TENU PAR LA  
CONFIDENTIALITE**

La confidentialité est réputée être l'avantage principal de l'arbitrage. Il s'agit effectivement de la raison première pour laquelle les gens d'affaires à travers le monde en ont fait un forum privilégié pour la résolution de leurs différends commerciaux<sup>52</sup>. Ainsi, l'arbitrage gagne du terrain dans le monde grâce à sa confidentialité.

Cependant, aucune loi ni aucun règlement d'autorité ne permet de confirmer explicitement l'existence d'une obligation de confidentialité en matière d'arbitrage, surtout de l'arbitre. Comme le remarque un auteur, rien ne peut plus être tenu pour acquis en matière de confidentialité de l'arbitrage commercial international<sup>53</sup>. Autrement dit, l'existence d'une confidentialité dans l'arbitrage dépend de la volonté des parties manifestée dans une clause conventionnelle.

Cette exigence relevée par les textes communautaires reste encore implicite car ils étendent cette exigence à l'arbitre, aux parties, au conseil. Plusieurs questions se posent autour de la confidentialité de l'arbitre. Il représente la figure de l'arbitrage donc dans ce contexte les textes auraient dû être clair quant à la confidentialité qu'il doit observer.

Cette première partie permettra de mettre en lumière une exigence implicite de la confidentialité de l'arbitre (**chapitre I**) et d'exposer les obstacles qui fragilisent la confidentialité d'où la confidentialité fragile (**chapitre II**).

---

<sup>52</sup> L.Y. FORTIER, *The occasionally unwarranted assumption of confidentiality*, 15, ARB. INT'L 131 (1998).

<sup>53</sup> L.Y. FORTIER, *The occasionally unwarranted assumption of confidentiality*, op. cit., 132 (1998).

## **CHAPITRE I : UNE EXIGENCE IMPLICITE DE LA CONFIDENTIALITE**

Il faut entendre par exigence implicite, une obligation à laquelle l'arbitre est souvent tenue, non claire et assez floue. Cette exigence implicite montre que le législateur OHADA est encore dans une vision imprécise de la confidentialité. En effet, si toute la procédure arbitrale est couverte par la confidentialité, est-ce à dire que l'arbitre soit contraint d'observer cette exigence ? Le législateur aurait dû consacrer de manière claire une partie des textes à l'arbitre qui reflète l'élément central de l'arbitrage. Le caractère implicite de la confidentialité donne une raison de plus à la doctrine et même à la jurisprudence, d'en faire un sujet de débat. Son champ d'application est vaste et mérite d'être explicité.

Alors, le voile sera levé sur le caractère implicite de la confidentialité (**section I**) et sur la controverse suscitée par son caractère implicite (**section II**).

### **SECTION I : Le caractère implicite de la confidentialité**

La confidentialité de l'arbitre présente un caractère implicite dans la mesure où le législateur OHADA n'a point attaché d'intérêt particulier à cette obligation. Les textes restent cependant, ambigus sur la confidentialité que doit observer l'arbitre même si elle prend en compte plusieurs éléments de l'arbitrage. Le caractère implicite de la confidentialité est manifesté par les non-dits du législateur OHADA.

Et ce, à travers une imprécision des textes législatifs OHADA sur la confidentialité de l'arbitre (**paragraphe I**) et une consécration implicite de ce principe (**paragraphe II**).

#### **PARAGRAPHE I : L'imprécision des textes législatifs OHADA sur la confidentialité de l'arbitre**

Il ressort des dispositions de l'article 14 du règlement d'arbitrage de la cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) comment la cour conçoit la confidentialité dans la procédure arbitrale. De cet article, comprenons que le législateur OHADA fait preuve d'une ambiguïté

de mise en évidence de la confidentialité de l'arbitre (A) et montre une large étendue de cette confidentialité (B).

### **A : Une ambiguïté de mise en évidence de la confidentialité de l'arbitre**

L'ambiguïté relève du caractère de ce qui, par manque de précision, peut désigner plusieurs choses. Or, dans le cas d'espèce, cette ambiguïté découle de l'imprécision des textes législatifs OHADA quant à la confidentialité qui, dans l'esprit du législateur est une exigence pour l'arbitre.

En effet, l'article 14 susmentionné en son alinéa 1<sup>er</sup> dispose que : *«la procédure arbitrale est confidentielle. Les travaux de la cour relatifs au déroulement de la procédure arbitrale sont soumis à cette confidentialité, ainsi que les réunions de la cour pour l'administration de l'arbitrage. Elle couvre les documents soumis à la cour ou établis par elle à l'occasion des procédures qu'elle diligente »*. Cet article montre que le législateur s'est plus accentué sur la confidentialité de la procédure d'arbitrage. Il met plus en avant les éléments qui sont couverts par la confidentialité en généralisant cette exigence.

Et l'alinéa 2 émet une possibilité de faire fi de la confidentialité, en ces termes *« Sous réserve d'un accord contraire de toutes les parties, celles-ci et leurs conseils, les arbitres, les experts, et toutes les personnes associées à la procédure d'arbitrage (...) »*. L'arbitre étant un acteur important de l'arbitrage, le législateur aurait dû porter une attention particulière, quant à l'obligation de confidentialité qui pèse implicitement sur celui-ci.

Le législateur est resté dans l'esprit des affaires ; le secret est inhérent au commerce, aux affaires, et l'arbitrage répond à ce besoin. La confidentialité demeure la règle et la transparence l'exception. En réalité, lorsque les parties choisissent l'arbitrage pour la résolution de leurs différends, elles supposent au moment de le choisir, qu'il est par nature confidentiel. Il s'agit donc d'une présomption de confidentialité. La confidentialité s'étend aux documents produits en cours de procédure et aux sentences arbitrales rendues. Ce qui sous-entend que l'arbitre n'est pas tenu d'office par la confidentialité puisque la cour peine a donné des éléments qui sont couverts par la confidentialité. Cette ambiguïté dont fait preuve cet article montre que l'arbitre sera tenu de manière explicite dès lors que les parties dans leur convention arbitrale exigeront cette obligation. Le législateur, de manière implicite veut nous

faire comprendre que la confidentialité de l'arbitre repose sur la convention d'arbitrage que les parties formuleront à leur guise.

« La majorité des règles nationales énonçant un principe de confidentialité restent floues, elles ne précisent pas le ou les éléments de la procédure couverts et les personnes soumises à cette obligation »<sup>54</sup>. Cela montre une ambiguïté des textes communautaires dans les législations. Aucune précision sur la confidentialité qui incombe à l'arbitre. La confusion des textes ne permet pas aux justiciables et même à l'arbitre de savoir l'intensité ou le degré de cette confidentialité. Pourtant la méconnaissance de ces éléments pourrait entraîner une incompréhension de son application dans la justice arbitrale.

Cependant, l'obligation de confidentialité de l'arbitre est parfois affirmée dans des documents échangés dans le cadre de la procédure arbitrale. Ainsi, l'arbitre désigné dans le cadre d'une procédure du CIRDI doit lors de la signature de la déclaration d'indépendance indiquer expressément : « *je m'engage à tenir confidentielle toute information portée à ma connaissance du fait de ma participation à la présente instance, ainsi que le contenu de toute sentence prononcée par le Tribunal* »<sup>55</sup>.

La plupart des lois nationales sont silencieuses en la matière, mais certains comme le règlement du CEPANI<sup>56</sup> contient une disposition analogue : « l'arbitre (...) respecte la confidentialité attachée aux causes qui lui sont confiées par le CEPANI ». Aussi, le règlement d'arbitrage international de l'*American Arbitration Association* (AAA) s'inscrit dans la même tendance : « confidentialité – article 35 : aucune information confidentielle communiquée au cours de la procédure par les parties ou les témoins ne peut être divulguée par un arbitre ou par l'administrateur. Sauf stipulation contraire des parties, ou disposition légale contraire, les membres du tribunal arbitral et l'administrateur sont tenus de garder confidentiels tous les éléments relatifs à l'arbitrage ou à la sentence »<sup>57</sup>.

Par ailleurs, le contrat de prestation d'arbitrage impose à l'arbitre une obligation de confidentialité. Cette obligation, bien que prévue par l'article 1464 du Code de procédure civile pour le seul arbitrage interne, est générée par le contrat d'arbitre. Pour cette raison, nous considérons que l'obligation de confidentialité s'impose aussi à l'arbitre dans l'arbitrage

---

<sup>54</sup> M. QUINIOU, supervisé par C. KESSEDJIAN, « Confidentialité dans l'arbitrage relatif aux secrets de fabrique et de savoir-faire (et secret d'affaire de nature technique) », journal de l'arbitrage de l'université de Versailles, octobre 2011, n°1, p.4.

<sup>55</sup> Art. 6, §2 du règlement d'arbitrage.

<sup>56</sup> Centre Belge pour l'Etude et la Pratique de l'Arbitrage National et International.

<sup>57</sup> Art. 35 du Règlement d'Arbitrage International de l'*American Arbitration Association*.

international. Le contrat de prestation de service, liant l'arbitre aux parties, intègre à la charge de l'arbitre une obligation implicite de confidentialité. L'existence d'une telle obligation répond à la volonté légitime des parties qui attendent de l'arbitre le respect du caractère confidentiel de la procédure, lequel est l'une des causes de leur engagement dans la convention d'arbitrage. S'il est vrai que l'arbitrage présente l'intérêt annoncé d'être une procédure confidentielle, force est alors de présumer que les parties ont fait de cette confidentialité un élément déterminant de leur engagement dans l'arbitrage et qu'elles se sont engagées mutuellement à la préserver et à la respecter. En effet, les parties recherchent dans l'arbitrage une autre justice que celle administrée par les tribunaux étatiques, en particulier l'exclusion de toute publicité. Elles trouvent dans l'arbitrage la garantie du secret de leurs affaires. La volonté implicite des parties est bien le fondement de l'obligation de confidentialité imposée à l'arbitre par le contrat d'arbitre<sup>58</sup>.

Ainsi, dans l'arrêt *Ojeh*<sup>59</sup>, la cour d'appel de Paris juge que « *par nature, la procédure arbitrale assure la meilleure discrétion pour les règlements d'ordre privé ainsi que les deux parties en ont convenu* ». Le fait qu'en droit français, l'existence d'une infraction sanctionnant pénalement la violation du secret donne à l'obligation de confidentialité de l'arbitre une dimension légale et non plus seulement conventionnelle. C'est la convention d'arbitre qui rend l'arbitre dépositaire des secrets qui leur sont confiés par les parties. Sans la volonté des parties de créer à la charge de l'arbitre une telle obligation, l'infraction pénale n'existerait pas. Le secret porte sur le fond du litige, sur l'existence du litige et de la procédure arbitrale elle-même et aussi sur le contenu de la sentence<sup>60</sup>.

Le législateur ne s'est point donné de peine en étant fin dans la rédaction des textes, mais il a jugé bon de rendre large le champ d'application de cette confidentialité ambiguë.

---

<sup>58</sup> E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Lextenso éditions, 2015, p. 207.

<sup>59</sup> C. A. Paris, 18 février 1986 : D. 1987, p. 339.

<sup>60</sup> V. E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage » ; *Rev. Arb.* 2006, p. 523 ; E. GAILLARD, « Le principe de confidentialité dans l'arbitrage international » : D. 1997, chron. P. 153.

## **B : Une large étendue de la confidentialité**

La confidentialité de l'arbitre reste encore un sujet assez flou, dans la mesure où les textes OHADA font une généralisation de cette confidentialité. Ce qui veut dire que la confidentialité a une large portée, qui s'étend au plan matériel, personnel et temporel.

D'abord, sur le plan matériel, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 14 du règlement d'arbitrage de la CCJA dispose que : *«la procédure arbitrale est confidentielle. Les travaux de la cour relatifs au déroulement de la procédure arbitrale sont soumis à cette confidentialité, ainsi que les réunions de la cour pour l'administration de l'arbitrage. Elle couvre les documents soumis à la cour ou établis par elle à l'occasion des procédures qu'elle diligente ».*

De cet article, la doctrine<sup>61</sup> note une double composante à savoir d'une part, la confidentialité des audiences proprement dites qui renferme plusieurs éléments dont : la confidentialité de l'existence de l'arbitrage, celle de tous les documents et pièces échangés pendant l'instance, du délibéré. Schématiquement, la confidentialité des audiences interdit aux intervenants à l'arbitrage de révéler l'existence de la procédure d'arbitrage. Il fait aussi obstacle à ce que les parties rendent public les documents produits par l'adversaire au cours de l'instance : mémoires, correspondances, notes écrites ainsi que toutes pièces annexes. Cette confidentialité est quasi commune à tout type d'arbitrage. Et la seconde composante, est propre aux arbitrages institutionnels. Elle porte sur la confidentialité des réunions de la cour dans le cadre de l'administration de l'arbitrage. Au total, toute information est confidentielle, sous réserve des stipulations contraires des parties, des obligations légales et réglementaires. Cette obligation s'impose à des personnes bien précises.

Selon certains auteurs, la règle de la confidentialité ne couvre pas tous les documents échangés dans le cadre d'une procédure arbitrale mais uniquement ceux créés pour cette procédure, ainsi que les documents engendrés par cette procédure<sup>62</sup>. Il estime en effet, qu'il ne suffit pas qu'un document soit échangé dans le cadre d'une procédure arbitrale pour être frappé de ce seul fait du sceau de la confidentialité<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> C. C. TSAFACK DJOUMESSI, « La confidentialité dans la procédure arbitrale dans l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, janvier 2016.

<sup>62</sup> J. F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Braylant, Paris, L.G.D.J., Zürich, Schulthess, 2002, p. 338, n° 373.

<sup>63</sup> E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 2006, p. 342, n° 31.

Ensuite, sur le plan personnel, tous les acteurs de l'arbitrage y sont assujettis. Par acteurs de l'arbitrage, on entend toute personne ou institution concourant à la procédure arbitrale telle que les arbitres, les parties, leurs conseils, les secrétaires administratifs, les témoins, les experts, les centres d'arbitrage, les autorités de désignation ou encore les tiers financeurs sans que la liste soit limitative. Dans cette veine, l'alinéa 2 de l'article 14 du règlement d'arbitrage CCJA souligne que : « *Sous réserve d'un accord contraire de toutes les parties, celles-ci et leurs conseils, les arbitres, les experts, et toutes les personnes associées à la procédure d'arbitrage, sont tenues au respect de la confidentialité des informations et documents qui sont produit au cours de cette procédure. La confidentialité s'étend, dans les mêmes conditions, aux sentences arbitrales* ». Il s'agit d'un principe large dont le contour reste à être fixé par la jurisprudence. Ce constat montre que l'arbitre est en quelque sorte écarté de cette confidentialité ainsi que les parties qui peuvent décider de garder ou lever le voile de la confidentialité sur leur litige.

Toutefois, elle ne permet pas d'échapper à toutes les obligations légales d'information, notamment comptables, fiscales et financières, que supportent les intervenants à l'arbitrage.

Ainsi, à la question de savoir, un arbitre nommé dans une procédure entre une partie A et une partie B peut-il communiquer à ses collègues du tribunal arbitral le fait que A ou B soit également partie à un autre arbitrage dont il a eu connaissance du fait qu'il y a été pressenti comme arbitre ?<sup>64</sup> Cependant, cette obligation comporte des limites dès lors qu'on met l'arbitre en face des faits illicites, voire immoraux : les litigants ne pourront plus exiger de lui, le silence, car cela pourrait faire de lui un complice.

Enfin, sur le plan temporel, pour l'auteur<sup>65</sup>, la confidentialité s'applique à chacune des étapes de l'instance arbitrale, de la nomination des arbitres à la signature de la sentence, et perdure même après son prononcé. A la vérité, à quoi servirait une confidentialité temporaire ? Tout ce que l'arbitre apprend, à peine est-il approché par les litigants en vue d'une éventuelle désignation, devra rester secret, qu'il soit finalement désigné ou non, et le secret devra être préservé au terme de l'instance, qu'une sentence soit rendue ou non.

---

<sup>64</sup> F. DESSEMONTET, Arbitrage et Confidentialité, « Le droit en action », édicté par : J.-M. RAPP et M. JACCARD, *Recueil de travaux*, publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1996.

<sup>65</sup> C. C. TSAFACK DJOUMESSI, « La confidentialité dans la procédure arbitrale dans l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, janvier 2016.

De tout ce qui a été dit, l'analyse montre qu'il faille une précision, qui pourrait permettre à tous de mieux comprendre les implications de la confidentialité de l'arbitre de manière explicite.

Si la confidentialité est une obligation incontournable de l'arbitrage, à laquelle l'arbitre est apparemment soumis, alors celle-ci est certainement consacrée.

## **PARAGRAPHE II : La consécration implicite du principe de confidentialité**

La confidentialité devient un principe parce qu'elle a trouvé son fondement dans plusieurs textes mais, de manière implicite. Elle a pu être érigée en tant que principe fondamental de la procédure d'arbitrage grâce à l'existence d'une consécration en droit communautaire (**A**) et en droit international (**B**).

### **A : Une consécration en droit communautaire**

La confidentialité dans l'espace OHADA a trouvé son fondement dans le règlement de la CCJA et dans le règlement de la CACI<sup>66</sup>.

La cour commune de justice et d'arbitrage est créée par l'OHADA en vue d'assurer une triple fonction, consultative, juridictionnelle et arbitrale<sup>67</sup>. Elle se singularise également par le fait qu'elle soit un centre permanent d'arbitrage et une cour judiciaire contrôlant la régularité des sentences et délivrant l'exequatur. « L'exequatur est la procédure par laquelle le tribunal donne force exécutoire à une sentence ou autorise l'exécution d'un jugement, ou d'un acte étranger »<sup>68</sup>.

En effet, la CCJA dans son article 14<sup>69</sup>, consacre la procédure d'arbitrage comme confidentiel. C'est dire qu'elle donne un fondement au principe de confidentialité de

---

<sup>66</sup> Cour d'Arbitrage en Côte d'Ivoire.

<sup>67</sup> A. DIALLO, *Réflexion sur l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Thèse en Droit privé, Université de Perpignan, 2016, Hal open science, p.38.

Dans sa mission d'arbitrage, la CCJA, ne tranche pas elle-même les litiges, elle assure la mise en œuvre, la bonne tenue des procédures d'arbitrage et examine les sentences arbitrales ; Cf. le règlement de la CCJA, du 11 mars 1999, J.O OHADA 15 mai 1999, p.9.

<sup>68</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, éd. PUF, p.151.

<sup>69</sup> Art 14 du règlement d'arbitrage de la CCJA

l'arbitrage, qui prend en compte tous les éléments de l'arbitrage. Cependant, le législateur nous laisse perplexe sur cette confidentialité qui de manière implicite, relève de l'obligation de l'arbitre.

Ainsi, les données statistiques publiées par la CCJA relèvent que plus de quatre-vingt pour cent (80%) des sentences qui opposent une personne publique à une société privée, font d'un recours en contestation de validité<sup>70</sup>. L'analyse statistique fournie par la cour communautaire en 2013, en moyenne 431 dossiers de demandes d'arbitrage. Les données statistiques démontrent qu'en matière commerciale, les sénégalais plébiscitent la justice étatique au détriment de l'arbitrage. La première raison invoquée par les petites et moyennes entreprises porte sur le coût très élevé des frais de la procédure arbitrale. En effet, le contentieux arbitral traité par la chambre de Dakar concerne essentiellement les grandes entreprises ou les multinationales. Par ailleurs, si l'analyse se fait nationalement (Sénégal, Côte d'Ivoire, Burkina Faso) et communautairement (CCJA), les demandes d'arbitrage concernent majoritairement les grandes entreprises<sup>71</sup>. La deuxième raison invoquée est la suspicion sur la partialité des arbitres.

Le centre d'arbitrage d'Ouagadougou, à l'exception de la CCJA, est le plus actif de l'espace communautaire. C'est paradoxe, dans la mesure où, sur le plan économique, le Burkina Faso se situe derrière la Côte d'Ivoire et le Sénégal. L'explication du dynamisme du centre d'Ouagadougou est due à la sensibilisation aux avantages de l'arbitrage éventuellement sa confidentialité et à l'implication des petites et moyennes entreprises<sup>72</sup>.

Également, la CACI dans son règlement, a consacré la confidentialité de l'arbitre mais toujours de manière implicite pour permettre aux parties de jouir en toute liberté du règlement de leur litige. A ce jour on compte 16 centres d'arbitrage<sup>73</sup> dont la cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire. A partir des années 1990, les Etats indépendants de la France ont véritablement

---

<sup>70</sup> Cf. A. OGOUBI, A. DELFINI, « La cour commune de justice et d'Arbitrage, « garante » des décisions souveraines des Etats parties à l'OHADA ? », *Penant, Revue trimestrielle de droit africain*, janvier-mars 2016, n°894, p.147.

<sup>71</sup> Cf. P. MEYER, « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'acte uniforme », *Revue de l'arbitrage* 2010, n°3, pp.467-494.

<sup>72</sup> A. DIALLO, *Réflexion sur l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Thèse en Droit privé, Université de Perpignan, 2016, Hal open science, pp.4-6.

<sup>73</sup> La chambre d'arbitrage de Guinée a été créée en 1998 ; le centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de la chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar a été créé en 1998 ; le centre d'arbitrage du groupement inter patronal du Cameroun (GICAM) a été créé en 1999 ; le centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de Ouagadougou (CAMC-O) a vu le jour en 2005 ; le centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de la chambre de commerce du Mali (CECAM), création en 1999 et mise en place effective en 2004, S. MENETREY, « *La multiplication des centres d'arbitrage dans l'espace OHADA* », cité par A. KOFFI, op. cit., p. 215.

commencé à s'intéresser à l'arbitrage, en se dotant pour la plupart des textes relatifs à l'arbitrage. Dès cette période, on enregistre également la naissance de plusieurs centres d'arbitrage. L'année 1997 marque la création de la CACI avec l'aval de l'Etat pour être une alternative aux juridictions étatiques surchargées. La CACI exerce comme les tribunaux étatiques, l'œuvre de justice et les décisions qui sont rendues sous son égide ont la même valeur que celle des tribunaux<sup>74</sup>. Cependant, malgré cette dotation en textes arbitraux, jusqu'à une période très récente, l'arbitrage demeurait mal connu. AKA Narcisse, secrétaire général de la CACI, dans le cadre des activités de cette cour, a pu s'en rendre compte en affirmant que de nombreux hommes d'affaires croyaient « *en toute bonne foi que l'arbitrage était un mode amiable de règlement des différends et qu'il se confondait avec la médiation ou la conciliation* »<sup>75</sup>. En réalité, l'existence de législations et de quelques centres d'arbitrage n'avaient pas réussi à résoudre la question de la méconnaissance du mécanisme arbitral à cause, certainement, de sa nouveauté<sup>76</sup>.

Alors, la CACI a mis à la disposition des justiciables, un certain nombre de règles qui constituent le règlement. Ce règlement organise la procédure d'arbitrage proposée par la cour<sup>77</sup>. Selon le règlement de la CACI, le tribunal peut tenir des audiences ou des réunions à tout endroit pourvu que la sentence soit rendue à son siège<sup>78</sup>. Cependant, la sentence n'est pas rendue publique car l'article 3 du règlement exige la confidentialité de la procédure arbitrale administrée par la CACI. Cet article dispose que : « *la procédure d'arbitrage est confidentielle. Cette confidentialité s'applique à la sentence arbitrale. Les parties, les arbitres et la CACI s'abstiennent de rendre publique une sentence sans l'accord des parties, sauf si la décision fait l'objet d'un recours devant les juridictions étatiques* ». Une exigence de confidentialité est donc remarquée dans toute la procédure. Ainsi, les arbitres sont visés par cette confidentialité.

Mais à la différence du règlement de la CCJA, le règlement de la CACI aborde la question du sort de la confidentialité en cas de recours devant une juridiction étatique. En effet, si les deux règlements d'arbitrage ont affirmé l'exigence de confidentialité dans

---

<sup>74</sup> Selon les mots de TALL Yacouba, actuel président de la cour sur la page officielle de la CACI.

<sup>75</sup> N. AKA, « *La pratique arbitrale et les institutions d'arbitrage en Afrique : le cas de la Côte d'Ivoire* », cité par A. KOFFI, op. cit., p. 216.

<sup>76</sup> Idem.

<sup>77</sup> Art. 1 du regl. Arb. CACI, entré en vigueur le 23 janv. 2019 « Le présent règlement organise la procédure d'arbitrage proposée par la cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire »

<sup>78</sup> Art. 2 du regl. Arb. CACI, entré en vigueur le 23 janv. 2019 « Sauf convention contraire des parties, le siège du tribunal arbitral est à Abidjan ou dans un lieu où la CACI a une délégation.

Le tribunal peut tenir des audiences ou des réunions à tout endroit pourvu que la sentence soit rendue à son siège ».

l'arbitrage, force est de reconnaître que seul le règlement de la CACI nous dit que cette confidentialité sera écartée en cas de recours devant la juridiction étatique. Quant au règlement de la CCJA, elle reste muette sur cette question.

En somme, le taux de pourcentage de demande d'arbitrage est élevé pour la simple raison de son caractère confidentiel, qui permet aux parties de choisir ce mode, car certainement, ils placent leur confiance en celui qui va trancher leur différend.

L'arbitre va donc se démarquer par sa confidentialité parce que l'arbitrage est confidentiel et de manière implicite, il s'y soumettra pour la garantie du bon déroulement de la procédure arbitrale.

Le principe de confidentialité voit également le jour en droit international.

## **B : Une consécration en droit international**

En droit comparé, certains Etats ont explicitement consacré le principe et d'autres l'ont implicitement consacré.

Au plan national, la jurisprudence<sup>79</sup> anglaise apparaît la plus favorable à l'existence du principe de confidentialité. Le droit français ne consacre explicitement que le secret du délibéré en son article 1469 du nouveau code de procédure civile. Le décret du 13 janvier 2011, l'a consacré dans son article 1464 du code de procédure civile : « *la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité* »<sup>80</sup>, mais seulement « *sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement* ».

Ainsi, la cour d'appel de Paris<sup>81</sup> a affirmé l'existence d'un principe de confidentialité de l'arbitrage, découlant de sa nature privée. L'arrêt n'est pas un arrêt de principe, eu égard aux circonstances spécifiques de l'espèce. Il s'agissait en effet, d'un recours abusif contre une sentence, devant un tribunal manifestement incompétent dans le seul but de rendre publique les informations issues de l'arbitrage<sup>82</sup>. Cependant, un arrêt de 2004<sup>83</sup> semble en limiter la

---

<sup>79</sup> Court of Appeal 1990 Dolling Baker c/Marret, « Affirmait qu'une obligation de confidentialité découlait de la nature même de l'arbitrage » ; puis Hassneh Insurance co of Israel v. Stuart J. New, « L'efficacité des affaires » ; enfin Court of Appeal. Civil division. 19 décembre 1997, Ali Shipping corporation v. Shipyard Trogir, « la généralisation de l'existence du principe ».

<sup>80</sup> Décret du 13 janvier 2011, art 1464 CPC.

<sup>81</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 18 février 1986 Aïta c/ Ojjeh.

<sup>82</sup> L. DELSAUT, « Adieu à la confidentialité de la procédure arbitrale ? » 2007, consulté le 23 août 2022, 23h.

<sup>83</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 22 janvier 2004, Nafimco.

portée en affirmant la nécessité pour les parties de démontrer l'existence d'un tel principe. Le droit français de l'arbitrage a longtemps traité la confidentialité au seul secret du délibéré s'imposant aux arbitres.

Cette cour d'appel de Paris a soutenu « *qu'il était de la nature de l'arbitrage d'assurer la meilleure discrétion au règlement des différends* »<sup>84</sup>. Le tribunal de commerce de Paris, de son côté, a estimé que la publicité faite sur l'existence de l'arbitrage est fautive : « *l'arbitrage étant une procédure privée à caractère confidentiel, la voie de l'arbitrage, acceptée par les parties, doit éviter toute publicité du litige qui les oppose et de ses éventuelles conséquences et que, sous réserve d'une obligation légale d'information, tout manquement à cette confidentialité par l'une des parties à la procédure est fautive* »<sup>85</sup>. Alors, la cour d'appel de Paris a jugé que : « *la partie qui requiert une indemnisation pour violation de la confidentialité de l'arbitrage doit s'expliquer sur l'existence et les raisons d'un principe de confidentialité dans le droit français de l'arbitrage* »<sup>86</sup>

En clair, la confidentialité n'est pas d'ordre public en droit français interne d'arbitrage, alors qu'à l'opposé du droit OHADA, la confidentialité de l'arbitrage est d'ordre public. Elle s'applique à tous sans exception même à l'arbitre.

Le principe de confidentialité trouve sa source également dans les règles non juridiques, en faisant allusion aux différentes pensées doctrinales et aux pratiques.

Il a été affirmé que l'arbitrage est par essence privé et confidentiel. De nombreux auteurs ont déduit de la nature de la procédure son caractère confidentiel. Il est donc nécessaire de relever que l'arbitrage est un mode à part de résolution des conflits, qui implique la soumission de l'arbitre à la confidentialité.

En effet, René David<sup>87</sup> a dans son ouvrage « Arbitrage et Droit comparé » décrit l'arbitrage comme étant un phénomène « distinct du droit, antagoniste au droit ». L'auteur pense également qu'il est lié à la seconde phase dans l'évolution de la société, celle « visant à la concorde et la paix, et dominée par les idées de médiation, de conciliation et d'arbitrage », la première étape de l'évolution étant celle de la justice privée et la dernière celle du droit. René David pointe ensuite, le fait que le progrès d'une société est relatif et qu'il ne faut pas en

---

<sup>84</sup> C. SERAGLINI, J. ORTSSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Op. cit., note 337.

<sup>85</sup> Trib. Com. Paris, Ord. Réf, 22 février 1999, et Paris 17 septembre 1999, *Rev. Arb.* 2006, p. 573.

<sup>86</sup> Paris 22 Janvier 2004, Société National Company for fishing and marketing Nafimco v. Société Foster Wheeler Trading company AG, *Revue de l'arbitrage* 2004, pp. 657-664, note E. LOQUIN.

<sup>87</sup> R. DAVID, « Arbitrage et Droit Comparé ». Dans la *Revue Internationale de Droit Comparé*. Vol. 11 Num 1, Janvier-mars 1959. Pp. 5-18. Doi: 10.3406/ridc. 1959.12217.

déduire la supériorité du droit sur l'arbitrage. Cette réflexion, même si elle n'aide pas à la consécration du principe, démontre que l'arbitrage a une philosophie distincte du droit et de la justice étatique car, il se trouve plutôt entre la justice privée et le droit. Il est donc logique de déduire que l'arbitrage peut être réglé par des principes différents et contraires de ceux qui gouvernent la justice étatique. Ainsi, cette réflexion supporte la consécration de la confidentialité de la procédure d'arbitrage, qui est en opposition avec la publicité de la justice traditionnelle<sup>88</sup>.

Pour les partisans du principe, cette procédure à part, est par nature confidentielle. Un auteur <sup>89</sup> déclare que la confidentialité est la sœur jumelle de l'arbitrage. IL continue en disant: « *I am utterly convinced that confidentiality is an inherent part of international commercial arbitration, subject to the sole exception of absolute and overriding public interest* ». Dans ce même article, l'auteur mentionne le fait que Matthieu de BOISSESON pense que la confidentialité est présumée en droit de l'arbitrage international, et qu'Emmanuel GAILLARD<sup>90</sup> a expliqué que la confidentialité est toujours un principe de l'arbitrage et une obligation qui ne peut être éteinte que par la volonté contraire expresse et conjointe des parties.

Toutefois, au regard des différentes idées émises par les auteurs, il est à comprendre que la confidentialité est un principe qui trouve son fondement de manière implicite à travers les courants d'idées. Si la confidentialité est un principe dans l'arbitrage, cela dit que l'arbitre est autant concerné par cette obligation.

La doctrine traditionnelle en faveur de l'existence d'un principe de confidentialité est confortée par l'opinion des utilisateurs de l'arbitrage. Une étude pratique<sup>91</sup> relève que 62% des sondés, qui sont des sociétés multinationales, pensent que la confidentialité est très importante en arbitrage international. Le sondage montre ensuite dans quelle mesure elle est la raison principale du choix de l'arbitrage pour régler le litige<sup>92</sup>. Effectivement, 35% des

---

<sup>88</sup> A. REMY, *L'Arbitrage International, entre confidentialité et transparence*, rédigé par M. L. VOGEL, Master 2 de Droit Européen comparé, 2013, p.15.

<sup>89</sup> S. LAZAREFF, ICC Bulletin 2009 Special Supplement, Confidentiality in Arbitration, article: Confidentiality and Arbitration: theoretical and philosophical reflections pp. 81-93. « Je suis profondément convaincu que la confidentialité fait partie intégrante de l'arbitrage commercial international, sous la seule exception de l'intérêt public absolu et supérieur ».

<sup>90</sup> E. GAILLARD, « Le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial international », *Recueil Dalloz Sirey*, 1987, 153 at 153-155.

<sup>91</sup> 2010 International Arbitration Survey: choices in International Arbitration, par White & Case, Queen Mary University of London et School of International Arbitration.

<sup>92</sup> A. REMY, *L'Arbitrage International, entre confidentialité et transparence*, rédigé par M. L. VOGEL, Master 2 de Droit Européen comparé, 2013, p.16.

sondés (contre 38% pour la réponse inverse) n'utiliseraient plus l'arbitrage s'il n'était pas confidentiel. L'étude conclue alors que la confidentialité est une caractéristique majeure de la procédure à laquelle l'arbitre devrait s'y conformer. A la question de savoir si les sociétés considèrent que l'arbitrage est confidentiel même en l'absence de clauses spécifiques dans les règles de l'institution ou bien dans le compromis d'arbitrage, 50% des sondés répondent oui. La moitié des sociétés interrogées pensent donc à tort que ce principe est présumé et implicite<sup>93</sup>. D'autres sondages de cette même étude indiquent également que la confidentialité est le point sur lequel les sociétés ne veulent pas transiger lors de la négociation de la clause compromissoire ou de la convention<sup>94</sup>.

Toutes ces analyses montrent l'importance de cette obligation pour les potentiels acteurs de cet arbitrage. Son succès dépend en partie de la consécration d'un principe général ou à défaut de l'existence de moyens de protection des informations sensibles. Force est de constater la consécration de la confidentialité de l'arbitre qui, reste encore implicite même si l'arbitrage est vu comme confidentiel. Les auteurs se sont donnés tant de peine pour démontrer la consécration de la confidentialité sans toutefois relever la personne centrale qui devrait être concernée par ce principe. Certainement, qu'à l'international, chaque Etat consacre la confidentialité à son niveau de degré, qui laisse entrevoir la possibilité pour l'arbitre d'être tenu ou non.

Le principe de confidentialité reste encore un sujet assez complexe, faisant objet de controverse.

## **SECTION II : Une confidentialité implicite controversée**

Cette controverse est due au caractère implicite de la confidentialité attribuée à l'arbitre par les textes OHADA. Si le législateur s'était efforcé de dire clairement les implications de la confidentialité qui incombe à l'arbitre, et que les textes aussi se mettaient dans cette veine, il n'y aurait pas eu de divergence d'idée. Certains étendent même ce débat jusqu'à l'admission et au rejet de la confidentialité. Ce qui paraît grave, puisqu'aucune définition légale n'a été admise et surtout son étendue qui peut être interprétée de plusieurs manières.

---

<sup>93</sup> A. REMY, *L'Arbitrage International, entre confidentialité et transparence*, op. cit., 2013, p.16.

<sup>94</sup> A. REMY, *L'Arbitrage International, entre confidentialité et transparence*, op. cit., 2013, p.16.

La confidentialité pour laquelle les parties recourent à l'arbitrage, fait donc objet de plusieurs divergences jurisprudentielles (**paragraphe I**) et de controverses doctrinales (**paragraphe II**).

## **PARAGRAPHE I : Une divergence jurisprudentielle du principe de confidentialité**

Le principe de confidentialité fait l'objet d'une divergence jurisprudentielle. Certaines jurisprudences admettent le principe de confidentialité (**A**) et d'autres le rejettent explicitement (**B**).

### **A : L'admission du principe de confidentialité**

La confidentialité et le caractère privé<sup>95</sup> sont mentionnés comme les avantages que l'arbitrage offre, comparé à une procédure judiciaire devant une cour étatique. Ces éléments sont les principaux facteurs pour lesquels les parties choisissent l'arbitrage.

Les parties sophistiquées présument que le devoir de confidentialité est inhérent à une procédure arbitrale. Certains commentateurs et même les praticiens ont défendu cette présomption. Pour Yves FORTIER, « ... les parties en signant une convention d'arbitrage acceptent une obligation réciproque de ne pas rendre public ou utiliser pour un autre but un document qui a été appréêté pour être utilisé dans la procédure arbitrale... Il y'a un devoir général de confidentialité qui est qu'en principe une partie ne devra rendre publique aucune information relevant de l'arbitrage, aucune information obtenue par le biais de la procédure arbitrale »<sup>96</sup>.

En 1880, dans l'arrêt *Russel v. Russel*<sup>97</sup>, la jurisprudence anglaise affirmait que le principe de la confidentialité est inhérent à la procédure arbitrale. Il s'agit dans cet arrêt, des statuts d'une société de droit anglais composée de trois associés, il y avait une clause qui donne droit à tout associé qui estime ne pas être satisfait du fonctionnement de la société, de

---

<sup>95</sup> Le caractère privé ne doit pas être confondu avec le principe de confidentialité.

<sup>96</sup> B. ALEXIS C. "Presumption Meets Reality: an exploration of the confidentiality obligation in international commercial arbitration." *American university international Law review* 16, n°4 (2001): 969-1025.

<sup>97</sup> *Russel v. Russel* (1880), 14 Ch. D. 471, 474; <http://www.trans-lex.org/302010>, consulté le 14 septembre 2022.

la dissoudre par une simple note de dissolution qui prend effet dans un délai de trois mois à compter de sa date de remise. Une autre clause arbitrale insérée, stipule que tout litige survenant dans le cadre de ce partenariat sera soumis à l'arbitrage. Il est à noter que dans la convention arbitrale, nulle part les parties n'avaient souscrit à une clause de confidentialité. Sur la base de la première clause, un associé B sert régulièrement une note de dissolution de la société à ses deux partenaires A et C. L'associé A, par une requête devant une juridiction étatique, conteste la validité de cette note en dissolution de B et introduit une action pour fraude contre ce dernier. L'associé B, auteur de la note de dissolution, dans une demande reconventionnelle, s'oppose à la saisine d'une juridiction étatique par A et estime que tout litige issu du cadre partenarial créé par la société relèverait du domaine de l'arbitrage comme convenu dans la clause arbitrale insérée dans les statuts de la société. Dans sa décision, la Chancery Division a estimé que : « *Comme règle, les gens rentrent dans ces types de contrats avec l'intention exprimée de garder les différends loin du public* ».

Cette décision est la première illustration en droit anglais de la conception du caractère inhérent du principe de confidentialité. Le juge JESSEL a délibéré sur ce point sans toutefois, donner la base légale sur laquelle il s'est basé, ce qui a limité la portée de cet arrêt.

Aussi, dans les années 1990, la cour d'appel londonienne a, dans *l'arrêt Dolling-Baker*, retenu qu'il y a une obligation de confidentialité qui émerge de la nature même de l'arbitrage. En 1996, les juges de la cour commerciale, dans l'affaire *Hanssneh insurance co. Of Israel V. Steuart J. Mew*, ont décidé que les procédures arbitrales sont soumises à une obligation implicite de confidentialité. Dans cet arrêt, le juge Colman a soutenu que si dans tout accord d'arbitrage, il y a une entente implicite que l'audience doit être privée, cette exigence du caractère privé doit s'étendre aux documents. Pour lui, le fait de donner accès à une tierce personne à ces documents « *équivaldrait à ouvrir la porte de la salle d'audience arbitrale à cette personne étrangère à cet arbitrage* ».

L'idée ici est que, par le seul fait pour les parties de s'accorder dans une convention arbitrale, que le désaccord qui pourra subvenir ou de s'accorder après la survenance d'un litige entre les parties se soumettre à celui-ci, donne naissance à une obligation de confidentialité inhérente qui s'impose aux parties et même à l'arbitre. Cette obligation leur interdit de divulguer les informations obtenues. Ainsi, le contenu de *l'arrêt Ali Shipping v. Shipyard Trogir* de la cour d'appel anglaise rendu en 1997<sup>98</sup>, où la position de ladite cour est

---

<sup>98</sup> Arrêt English Court of appeal rendu en 1997, *Ali Shipping corporation v. Shipyard Trogir*, 12/19.

le résultat d'une évolution jurisprudentielle relative au fondement du principe de la confidentialité, depuis avec *l'arrêt Russel*.

Alors, pour ces jurisprudences, le principe de confidentialité est admis même si cela est de manière implicite. C'est dire que dès lors que les parties décident d'emprunter le chemin de l'arbitrage, ils verront leur procédure couverte par la confidentialité. Les parties ne sont pas dans l'obligation de formuler une clause de confidentialité.

Certains Etats ont reconnu et admis le principe de confidentialité tandis que d'autres la rejettent de manière explicite.

## **B : Le rejet explicite du principe de confidentialité**

La confidentialité n'est pas toujours admise, certains Etats dans leur jurisprudence rejettent explicitement ce principe fondateur de l'arbitrage qui lie l'arbitre aux parties à travers une convention d'arbitrage.

Selon un auteur, la décision de la haute cour d'Australie dans *l'arrêt Esso « a échoué comme une vague géante, un véritable tsunami australien sur les plages des juridictions arbitrales dans le monde »*<sup>99</sup>. L'importance de cette décision réside dans le fait que la cour australienne a énoncé que la confidentialité n'était pas un « *facteur important* » dans la procédure arbitrale. Ce qu'il faut tirer essentiellement de cette importante décision, est que les parties devant un tribunal arbitral, ne pouvaient pas s'attendre à ce que les informations soient protégées par un « *parapluie* » de confidentialité si elles ne s'accordent pas sur cette protection à travers une « *clause de confidentialité* ».

L'arrêt Esso tient son importance du fait qu'il soit rendu par la plus haute juridiction australienne et qui sert de cour d'appel, où les grands juges australiens ont siégé dans cette affaire, ont refusé de reconnaître une obligation étendue de la confidentialité qui couvrirait toutes les informations fournies dans le cadre d'une procédure arbitrale.

Ainsi, dans l'affaire Esso, il s'agit de Esso australia resources Ltd et BHP petroleum (North West shelf) Pty Ltd, étaient vendeurs du gaz naturel sur la base d'un accord portant vente à deux sociétés dans l'Etat de Victoria, en Australie. Les deux associés sont *Gaz & Fuel*

---

<sup>99</sup> Y. FORTIER, Editorial, 11 Arb. INT'L, 3, 231, 1995, *arrêt Esso*, décision australienne.

*corporation of victoria (GFC)* et *State Electricity Commission of Victoria (SEC)*. Chacun des deux contrats contenait une clause (article 12.8 contrat GFC et article 19.5 contrat SEC) selon laquelle le prix à l'achat de l'essence devrait être ajusté en prenant en considération les variations du prix des *royalties*<sup>100</sup> et des impôts à payer sur la production. La clause poursuit qu'en cas d'une augmentation ou d'une diminution, le vendeur doit fournir à l'acheteur les détails de l'augmentation ou de la diminution des royalties, impôts et la méthode de réparation.

En novembre 1991, Esso/BHP notifie à GFC et SEC une augmentation du prix sur l'essence qu'il leur a livré depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1990 ; il l'attribue à l'instauration d'un nouvel impôt fédéral (*Petroleum resource Rent Tax*) qui a été imposé le 1<sup>er</sup> juillet 1990 à la suite de l'abolition des royalties payables. GFC et SEC ont refusé de payer Esso/BHP conformément à la convention arbitrale entre les deux parties, et ont saisi un tribunal arbitral. Esso/BHP, de son côté, a refusé de communiquer les informations requises conformément aux contrats de vente respectifs. M. Plowman, ministre de l'Energie et des Minéraux de l'Etat de Victoria, dans son rôle de contrôleur, souhaitait avoir accès aux informations ci-dessus mentionnées et détenues par Esso/BHP. Il introduisit une action en justice pour faire dire que ces informations ne sont pas couvertes par la confidentialité et qu'elles peuvent être communiquées à une tierce personne.

Il est important de mentionner que la SEC et la GFC sont des sociétés au sein desquelles l'Etat australien est actionnaire majoritaire. Esso/BHP a soumis son acceptation à un engagement par SEC et GFC à ne point partager ces informations avec une tierce personne, y compris le ministre, le gouvernement et la population de Victoria. Esso/BHP soutient que ces détails sont commercialement sensibles. Ils seront aussi couverts par le principe de la confidentialité entre les parties qui n'existaient pas dans le contrat.

Alors, dans sa demande reconventionnelle, Esso/BHP a demandé au juge de prendre une ordonnance qui déclarait l'existence d'une confidentialité implicite et qui couvrirait les informations sollicitées par ses cocontractants. Esso/BHP tenait à s'assurer que s'il transmettait les informations à ses cocontractants, ceux-ci ne les remettraient pas au ministre. Le ministre Plowman soutenait que si SEC et GFC les obtenaient, elles étaient tenues par la loi de les lui transmettre.

---

<sup>100</sup> « Les royalties connues sous le terme de redevances périodiques ou redevances d'exploitation en français, sont la contrepartie financière réclamée par le franchiseur pour rétribution des services rendus aux franchisés », <http://www.toute-la-franchise.com/lexique-82-royalties-ou-redevances-periodiques.html>, consulté le 15 septembre 2022.

Le tribunal a estimé dans un premier temps que sur le fondement des articles 12.8 et 19.5, Esso/BHP est tenu de transmettre les informations sur l'augmentation du prix d'essence. Le juge a, par conséquent, ordonné qu'Esso/BHP transmette ces informations à GFC et à SEC et rejeté sa requête de remettre les détails seulement après que les sociétés cocontractantes auront signé un accord de confidentialité.

Dans un second temps, le juge s'est intéressé à la question du caractère privé de l'arbitrage et à celle de la confidentialité. Ce faisant, il a eu à répondre à trois questions : la première était de savoir si une personne étrangère pouvait être présente dans la salle d'audience arbitrale sans le consentement des parties ? La seconde était de savoir si une partie était libre de divulguer les informations obtenues au cours d'une procédure arbitrale. La troisième, plus proche des faits, était de savoir si GFC et SEC étaient libres de divulguer les informations obtenues sur la base des articles 19.8 et 12.8 ? Dans sa décision, le juge a retenu que : *« le simple fait que les parties à une procédure arbitrale s'accordent expressément ou de manière implicite à avoir leur litige arbitré en privé n'implique aucune obligation légale qui interdise de divulguer une information à des tiers même si ces informations sont obtenues en raison de l'arbitrage ou durant la procédure arbitrale »*. Pour lui, *« il n'y a pas une obligation générale ou une obligation fondée sur l'équité applicable à l'arbitrage par laquelle il est interdit à une partie à un processus arbitrale de partager les informations obtenues »*. Le juge du tribunal a accédé à la demande du ministre. En appel, *l'Appeal Division of Supreme court Victoria* a confirmé la décision de la juridiction inférieure. Un pourvoi en cassation a été formulé devant la haute cour d'Australie. Par une majorité de quatre contre un, la haute cour d'Australie a retenu le raisonnement des juridictions inférieures en retenant qu'*« il n'y a pas une obligation de confidentialité qui couvre les documents divulgués dans l'arbitrage »*.

Cet arrêt de la haute cour de 1995 vient remettre en cause la jurisprudence *Dolling-Baker* solidement implémentée devant les juridictions européennes, surtout londonienne, selon laquelle la confidentialité est inhérente à la nature même de l'arbitrage. Pour cette jurisprudence, pas besoin d'une clause de confidentialité pour protéger les informations.

La haute cour australienne a retenu dans sa décision que l'obligation de confidentialité existe dans deux situations. La première, lorsque les parties à une procédure, ont expressément introduit une clause de confidentialité dans leur convention arbitrale. La seconde, lorsqu'une partie produit des documents sur contrainte de l'arbitre.

Cependant, ce principe pour être effectif, les parties sont amenées à insérer une clause de confidentialité pour neutraliser l'arbitre à garder le secret. Il faut comprendre par-là que la confidentialité laisse le pas à la transparence, si telle est la condition que pose cet arrêt. L'arbitre est donc libre dans ces propos tant qu'il n'existe pas de clause dans ce sens. Alors, pourquoi parler de confidentialité, si la justice arbitrale tant à devenir une justice étatique ?

La doctrine également s'aventure dans cette même veine en émettant des débats sur le principe de confidentialité.

## **PARAGRAPHE II : Une controverse doctrinale du principe de confidentialité**

Cette controverse doctrinale du principe de confidentialité se matérialise d'une part, par le malaise de conceptualisation du principe de confidentialité (A) et d'autre part, par l'admission d'une présomption de ce principe (B).

### **A : Le malaise de conceptualisation du principe de confidentialité**

Le concept de la confidentialité a été remis en cause par de nombreux auteurs<sup>101</sup> en se fondant sur plusieurs désaccords<sup>102</sup>. Il y'a une divergence sur la source<sup>103</sup> du principe de la confidentialité sur le plan international. Trois positions essentielles illustrent cette divergence. Il s'agit de la position britannique, la position moderne australienne et la position de la cour de Suède qui a elle aussi rejeté le principe de la confidentialité inhérente dans l'arbitrage commercial et posé en lieu et place le principe de loyauté.

---

<sup>101</sup> Y. FORTIER qui estime que « Dans les faits, le principe selon lequel le principe de la confidentialité existe du moins dans la forme absolue telle que perçue par les parties est plus un truisme qu'une réalité... », *The occasionally unwarranted assumption of confidentiality*, 15, ARB. INT'L 131 ? 1998.

<sup>102</sup> Le concept traditionnel de l'arbitrage dont le leader est la Grande Bretagne stipule que la convention arbitrale suffit pour que la procédure arbitrale soit sous la protection de la confidentialité, voir *arrêt Ali Shipping*. Mais depuis 1995, cette position traditionnelle est devenue plus truisme que réalité. La haute cour australienne a estimé que la confidentialité des informations dans une procédure arbitrale n'existe que si les parties se sont accordées sur elle. Elle n'est pas inhérente à la convention d'arbitrage, voir *arrêt Esso*.

<sup>103</sup> V. ouvrage de J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, avec une seconde édition en langue anglaise, 2007 chez Thomson-Sweet et Maxwell ; v. aussi N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, M. HUNTER, REDFERN and HUNTER on international arbitration, 5<sup>e</sup> éd., oxford university press, 2009 ; G. BORN, international commercial arbitration, Kluwer Law International 2009 ; J.M.D LEW, L.A. 2003.

Quant aux lois portant arbitrage, il faut mentionner la position difficile dans laquelle se sont trouvés les législateurs lorsqu'ils réfléchissaient sur le principe de la confidentialité dans *l'arbitration act* de 1996. Les institutions internationales de l'arbitrage commercial ne donnent pas une définition de ce qu'il faut entendre par confidentialité. Elles se contentent, pour celles qui l'ont mentionné, de relever les éléments soumis au principe de la confidentialité et les obligations qui pèsent sur les parties et l'arbitre, impliqués dans une procédure arbitrale.

La version 2017 du règlement arbitral de la CCI dispose qu'une partie peut demander au tribunal arbitral de rendre une ordonnance de confidentialité (...) et prendre toute mesure pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles<sup>104</sup>. En son article 6, elle soumet les travaux de la cour à une confidentialité absolue<sup>105</sup>.

Le *Hong Kong international arbitration court* (HKIAC), dans l'article 42 de son règlement arbitral consacré à la confidentialité, traite de la protection des informations et des obligations à la charge des acteurs d'une procédure arbitrale. Pour ce règlement, à moins d'un accord entre les parties, aucune partie ne pourra publier, divulguer ou communiquer une information relative à l'arbitrage en cours. Cette disposition s'applique aussi au tribunal arbitral et à la cour qui administre l'arbitrage. Toutefois, l'article 42.1 du HKIAC ne protège pas la publication, la divulgation ou la communication d'information dans certains cas. Il dispose que les délibérations du tribunal arbitral sont confidentielles.

Le règlement arbitral de la *China international economic and Trade arbitration center* (CIETAC), en son article 38, dispose que la procédure arbitrale est privée, conduite en privé et que toutes les parties et leurs représentants, les arbitres, les témoins, les interprètes, les experts consultés par le tribunal arbitral et autres personnes nécessaires, ont l'obligation de ne pas divulguer les informations aussi bien matérielles que procédurales liées à l'arbitrage en cours<sup>106</sup>.

Ces différents règlements des institutions internationales se caractérisent par une absence totale de définition du principe de confidentialité. Aucune de ces institutions ne définit ce qu'il faut entendre par ce concept. Selon un auteur, il n'y a pas d'obligations

---

<sup>104</sup> Art. 22.3 du règlement CCI, <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration>. Consulté 12 octobre 2022 à 03h 12.

<sup>105</sup> Art. 6 de CCI, version 2017, confidentialité, « Les travaux de la cour ont un caractère confidentiel, que toute personne participant à un titre quelconque à ces travaux est tenue de respecter. La cour définit les conditions dans lesquelles des personnes extérieures peuvent assister aux réunions de la cour et à ses comités restreints et avoir accès aux documents afférents aux travaux de la cour et de son secrétariat ».

<sup>106</sup> <http://www.cietac.org/uploads/201607/5795f078aa6d5.pdf>. Consulté le 12 octobre 2022.

uniformes contenues dans les différents règlements arbitraux internationaux<sup>107</sup>, quant à la portée du principe de la confidentialité, puisque certains l'ont adopté étroitement (CNUDCI) et d'autres plus largement (SIAC). Ni au niveau des lois existantes, des Etats, des règlements arbitraux, de la jurisprudence, ne se dégage ni une certaine harmonie ni un consensus sur le concept de confidentialité.

Des auteurs de renom ont proclamé, d'une part, qu'il n'y a pas une convention internationale qui contient des dispositions contraignantes<sup>108</sup> et d'autre part, qu'il n'y a pas non plus des obligations uniformes de confidentialité dans les règlements arbitraux des institutions internationales.

Certains auteurs considèrent que la règle du secret est un principe largement reconnu au plan international qui a pour but de sauvegarder les intérêts des parties et l'efficacité des relations d'affaires. Selon un auteur *« la confidentialité de l'arbitrage aurait ainsi toutes les caractéristiques d'un usage international, dont la source ne résiderait dans aucune loi en particulier mais, dans la Lex mercatoria (...) »*<sup>109</sup>.

D'autres auteurs considèrent à juste titre, que l'obligation de confidentialité est contenue implicitement dans la convention d'arbitrage. Ce contrat *« (...) crée une obligation implicite de confidentialité, à la charge des parties "et de l'arbitre" qui recouvre l'ensemble de la matière arbitrale »*<sup>110</sup>. Et d'ajouter que *« cette obligation implicite s'impose comme une suite nécessaire de la convention d'arbitrage ; (...). S'il est vrai que l'arbitrage présente l'intérêt annoncé d'être une procédure confidentielle, force est alors de présumer que les parties ont fait de cette confidentialité un élément déterminant de leur engagement et qu'elles se sont engagées mutuellement à la préserver et à la respecter »*.

Ces auteurs démontrent que la confidentialité qui est inhérente à l'arbitrage fait objet d'absence de conceptualisation. Ce qui rend difficile sa compréhension et son étendue ambiguë. Il reste encore à savoir si cette confidentialité est toujours au rendez-vous avec l'arbitre, qui est égal du juge étatique. S'il n'y a pas de définition comment chaque Etat comprendrait le sens de la confidentialité. Chacun donnera en son sens une panoplie d'interprétation qui pourrait porter préjudice à l'arbitre, qui est le miroir de l'arbitrage.

---

<sup>107</sup> L. F. WYSS, « Comment protéger le secret d'affaires en arbitrage du commerce international », 06/2009, s. 158-167.

<sup>108</sup> BROWN, P. 990 ; voir aussi MÜLLER, p. 217, n° 8, FURRER, pp. 802-818.

<sup>109</sup> Ph. CAVALIEROS, *Cahiers de l'arbitrage*, vol. III, 2006, p. 60.

<sup>110</sup> E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 2006, p. 325.

## **B : L'admission d'une présomption de confidentialité**

Certains auteurs se demandent encore s'il existe réellement une confidentialité dans l'arbitrage, pour ne pas indexer directement l'arbitre. Raison pour laquelle, ils analysent ce principe en faisant allusion à une présomption.

En effet, un auteur<sup>111</sup> démontre par une question qu'il s'est posé, celle de savoir si une tierce personne destinée à être recrutée pour assurer le secrétariat peut être récusée au motif que la confidentialité ne serait pas assurée ? Puisque l'alinéa 2 de l'article 14 du règlement d'arbitrage CCJA repris par l'article 5.3 prévoit tout de même que les parties peuvent déroger à cette confidentialité qui lie « les parties, les arbitres, les experts et toutes les personnes associées à la procédure d'arbitrage ». Selon lui, une telle situation a fait l'objet d'une ordonnance avant dire droit rendue par le tribunal arbitral CAMEC-CCIB<sup>112</sup> de Cotonou (Benin) le 19 septembre 2016. En l'espèce, le président du tribunal arbitral dans la conclusion de ses propos introductifs convenait avec les parties qu'il lui paraissait raisonnable de porter à leur conclusion la mise à disposition de la juridiction d'un secrétaire-juriste dont la mission est de soutenir le tribunal dans la matérialisation de son mémoire et dans la résolution de ses préoccupations liées au secrétariat comme par exemple l'impression de documents. Le tribunal a cependant assorti sa décision d'accepter que l'intéressé, après avoir prêté serment, s'acquitte de la mission à la double condition que : il accepte de se conformer aux exigences de l'article 5 du règlement d'arbitrage relative à la confidentialité de la procédure ; les parties n'y trouvent pas d'objection.

Alors, le demandeur accepta l'initiative du CAMEC-CCIB. Le conseil de la défenderesse s'est opposé à la présence de ce tiers dans la procédure. En s'appuyant sur les dispositions de l'alinéa 10 de l'article 17 du règlement d'arbitrage « *sauf accord de l'arbitre et des parties, les audiences ne sont pas ouvertes aux personnes étrangères à la procédure* », le tribunal a décidé d'acquiescer à la demande formulée par l'avocat de la défenderesse. Le secrétaire envisagé n'a pas été autorisé à assister aux travaux relatifs aux règlements du litige.

Toutefois, dans un arbitrage ad hoc, cette posture du tribunal ne gênerait pas, car le secrétaire de circonstance ne garantit pas la confidentialité. En revanche dans l'arbitrage

---

<sup>111</sup> M. ADAMOU, « La confidentialité dans l'arbitrage OHADA à l'épreuve de la transparence », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n° 38, avr. 2017, pp. 21-22.

<sup>112</sup> CAMEC-CCIB : le centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la chambre de commerce et d'industrie du Benin.

institutionnel, comme c'est le cas, la réponse est nuancée, selon que le tiers pressenti pour assurer cette mission temporaire ait ou non prêté serment. En cas de non prestation de serment, la personne pourra être récusée. Et en cas de prestation de serment, il n'est pas possible, à notre avis, de la récuser. Le serment est donc l'affirmation ou la promesse en prenant Dieu ou à ce que l'on regarde comme divin à témoin, soit de dire la vérité, soit d'accomplir scrupuleusement une tâche<sup>113</sup>. Le CAMEC a sans doute considéré que le privilège de la confidentialité suppose que tous les membres du tribunal arbitral soient des agents du centre.

Aussi, le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage français a dans sa dualité consacré un arbitrage interne qui clairement pose que ce dernier est soumis à un principe de confidentialité. Par contre, sur le plan international, le droit de l'arbitrage français demeure muet. Selon le professeur GAILLARD<sup>114</sup>, il ne pose pas de présomption de confidentialité, ni de présomption contraire. Pour lui, ce silence traduit une neutralité du droit français de l'arbitrage international vis-à-vis de la question. Toutefois, dans une appréciation pas forcément conforme, il n'est pas exclu que cette neutralité du droit français vis-à-vis de la confidentialité au plan international vienne créer une incertitude au niveau des praticiens et de la doctrine qui peut être préjudiciable à la protection des secrets d'affaires.

Selon le professeur BERMANN, celui qui ne connaît pas bien le texte français peut présumer qu'il n'y a pas dans les affaires commerciales une présomption de confidentialité qui en fait n'existe pas. Dans sa réaction, le professeur GAILLARD a soutenu que les parties qui veulent une confidentialité dans un contrat doivent la mettre. Il stipule que : « *c'est une fausse protection que de se reposer sur la présomption que l'arbitrage est par nature confidentielle* »<sup>115</sup>. Le professeur CLAY réagissant à la préoccupation du professeur BERMANN, a soutenu que : « *au fond si on compare le texte interne et le texte international, le fait qu'il n'y ait pas un principe de confidentialité en matière interne et qu'il n'y en ait pas en matière internationale n'implique-t-il pas la présomption inverse, c'est-à-dire qu'à contrario la confidentialité n'est pas prévue en matière internationale ?* ». Le professeur GAILLARD en réaction à cette interrogation dira « *Non, c'est le rappel que les parties sont libres* ». Le professeur CLAY dira à son tour « *Oui, mais quid dans l'hypothèse où rien n'est inscrit dans les conventions, ce qui est quand même l'hypothèse la plus vraisemblable ? Avant que les promoteurs d'actes aient intégré qu'il faut désormais faire un choix relatif à la*

---

<sup>113</sup> L. CADIET, Dictionnaire de la justice, Paris : PUF, 2004, p. 1222.

<sup>114</sup> E. GAILLARD, *Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage*, op. cit. Note 346, p. 110.

<sup>115</sup> E. GAILLARD, *Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage*, op. cit. Note 346, p. 110.

*confidentialité, comme d'ailleurs sur la question du mode de notification, cela mettra un peu de temps* »<sup>116</sup>. Le professeur GAILLARD dira qu'à son avis, le décret pose le principe qu'en matière internationale, la question est abandonnée à la liberté des parties et, à défaut, à la liberté du tribunal arbitral. Pour lui, les parties et, à défaut, le tribunal arbitral, sont complètement libres de sanctionner ou de faire sanctionner des comportements qui seraient jugés inopportuns. Il conclut que le droit français ne penche ni dans un sens ni dans l'autre ; il demeure neutre sur la question de la confidentialité.

Par ailleurs, le professeur LAPASSE intervient à ce sujet en révélant qu'effectivement les versions ont varié puisque dans la première version de mars 2010, il était prévu que l'arbitrage international serait lui aussi soumis au principe de confidentialité. Il ajoute que : *« Finalement, après avoir écouté les uns et les autres, il a été décidé que pour l'arbitrage international, il existerait un principe de neutralité en la matière, ceci afin de laisser aux parties participant à la procédure d'arbitrage la liberté de convenir entre elles des modalités dans lesquelles s'exercerait ce principe de confidentialité »*<sup>117</sup>.

Selon le professeur CLAY : *« les parties peuvent convenir du principe et de l'étendue de la confidentialité de " l'arbitre " »*. Cette absence de la notion dans le décret<sup>118</sup> serait dommage car selon lui, il aurait permis d'appeler à l'attention des parties sur la confidentialité et de préserver l'arbitrage d'investissement.

Le professeur GAILLARD dira que cela était une bonne chose, car c'est une disposition absurde qui s'appliquerait à tous les sujets. Cette disposition, pour lui, aurait été dévastatrice pour bien d'autres sujets ; elle a bien fait de disparaître. Pour Maître DEGOS, il n'est pas écrit que la procédure est ou n'est pas confidentielle. Il est dit qu'il existe un principe de confidentialité, lequel est directement applicable en arbitrage interne. Il soutient qu'en revanche, le texte ne dit absolument pas que le principe de confidentialité n'existe pas en matière internationale puisqu'il existe.

Pour Maître BOISSESON, il n'y avait pas de référence à la confidentialité et cela n'a pas empêché les tribunaux et la cour d'appel de Paris à développer une certaine jurisprudence sur la confidentialité<sup>119</sup>. Bien qu'il soit d'accord avec le professeur GAILLARD sur le fait que la confidentialité est une notion assez relative pour de nombreuses raisons, il pense qu'il a un

---

<sup>116</sup> Idem.

<sup>117</sup> Idem.

<sup>118</sup> Décret français pris en décembre 2010, art. 1509.

<sup>119</sup> Aita v. ojjeh, cour d'appel, paris e ch., 18 fev. 1986, *Rev. Arb. Op. cit.* Note 464, p. 174.

besoin d'une certaine confidentialité en arbitrage contrairement aux partisans de la transparence dans l'arbitrage.

Ce débat entre ces auteurs démontre à suffisance que la doctrine n'est pas encore totalement fixée sur la confidentialité en arbitrage international, pour ne pas parler de cette obligation qui incombe à l'arbitre.

La confidentialité apparaît inhérente au processus d'arbitrage commercial international. La plupart des spécialistes s'entendent d'ailleurs pour affirmer que l'arbitrage demeure un processus essentiellement privé, malgré qu'il ne soit possible de se référer à une loi ou à un règlement d'autorité pour appuyer cette proposition. Effectivement, la confidentialité est considérée comme implicite puisqu'elle ne trouve sa source ni dans les conventions internationales, ni dans les législations nationales<sup>120</sup>. C'est toutefois ce manque d'autorité explicite qui fait de la confidentialité un sujet controversé comme le remarque FORTIER.

Donc le principe de confidentialité n'est pas absolu et est appliqué de manière hétérogène en droit comparé. Une évolution homogène en faveur de la transparence se fait sentir sous l'influence de l'arbitrage d'investissement et de la société d'information. Le débat est vif entre les partisans et détracteurs de la confidentialité. La solution semble se trouver dans les mains des parties à l'arbitrage. Leur volonté doit primer si cela ne contrevient pas à un impératif d'ordre public. Il faut donc dans ce contexte incertain et de controverse informer les parties de cet enjeu et les inciter à adopter des clauses complètes et adaptées. C'est aussi la solution retenue par un auteur dans sa conclusion<sup>121</sup>.

Ces débats ne pourront prendre fin que s'il y'a des textes qui montrent de manière explicite une définition, une étendue et les implications de la confidentialité.

Au regard de ces éléments analysés quant à l'exigence de la confidentialité de l'arbitre, il semblerait qu'elle soit confrontée aux exigences publiques, parlant de transparence au quelle l'arbitre doit faire face. Elle est donc fragilisée pour de diverses raisons qui méritent d'être connues.

---

<sup>120</sup> Ch. MÜLLER, « La confidentialité de l'arbitrage commercial international, un trompe œil ? » Bull. ASA 2005, n°2, vol. 23, p. 216.

<sup>121</sup> I. M. SMEUREANU, Confidentiality in international commercial arbitration, 2011 Wolters Kluwer law & business, conclusion.

## CHAPITRE II : UNE CONFIDENTIALITE FRAGILE

Cette fragilité se traduit par le fait qu'il existe entre confidentialité et transparence un fossé. La confidentialité peut se justifier par la volonté des deux parties privées en conflit d'éviter une publicité potentiellement défavorable ou dommageable normale engendrée dans un procès judiciaire. L'évocation de la transparence dans un arbitrage d'une manière générale ne s'accommode pas avec la confidentialité.

Le vocable « transparence » n'apparaît nul pas en droit OHADA. Au sens large, la transparence est une condition qui consiste non seulement à rendre accessible et publique les informations pertinentes mais aussi prendre les mesures dans la perspective d'une bonne gouvernance arbitrale<sup>122</sup>. La transparence dans les affaires est synonyme de visibilité.

Il résulte inévitablement que, plus une institution est importante, plus grande sera la probabilité d'entorses au principe de la confidentialité. A l'heure d'une exigence de transparence exacerbée, où les supports médias spécialisés en arbitrage sollicitent souvent les conseils quant aux affaires dont ils ont la charge et alors que ces derniers sont parfois tentés de communiquer autour de leur dossier, pour plus de visibilité.

L'arbitre est parfois confronté à de telles situations lorsqu'il doit faire face au juge d'instruction pour l'interroger sur une procédure arbitrale à laquelle il a participé. Il devra s'y conformer pour ne pas se rendre complice d'une affaire relevant de corruption ou de pratiques illicites.

A cet effet, le risque d'atteinte externe (**section I**) et le risque d'atteinte interne (**section II**) à la confidentialité, fragilisent ce principe.

### SECTION I : Le risque d'atteinte externe à la confidentialité de l'arbitre

Parler du risque d'atteinte externe à la confidentialité de l'arbitre, c'est faire allusion aux événements extérieurs qui viendront bouleverser la confidentialité de l'arbitre. Cette atteinte peut être une cause de fragilisation de la confidentialité, cela peut remettre en cause le principe qui fonde l'arbitrage.

---

<sup>122</sup> M. ADAMOU, « La confidentialité dans l'arbitrage OHADA à l'épreuve de la transparence », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n° 38, avr. 2017, p. 5.

En effet, la confidentialité est l'élément qui attire les gens vers l'arbitrage, or, si sa crédibilité fait objet d'atteinte, cela voudrait dire qu'elle n'est pas absolue et qu'elle peut s'effacer face à la transparence, pour des raisons indépendantes de la volonté de l'arbitre et des parties.

Ainsi, le risque d'atteinte peut se traduire par la divulgation de certaines informations pertinentes face à l'ordre public de fond (**paragraphe I**) et au contrôle procédural (**paragraphe II**).

## **PARAGRAPHE I : La divulgation de certaines informations pertinentes face à l'ordre public de fond**

L'ordre public est doublement porteur de sécurité juridique. Cette notion permet à un Etat de se prémunir contre les décisions arbitrales étrangères qui peuvent porter atteinte à son ordonnancement juridique.

De ce fait, l'arbitre se doit d'être conforme en étant transparent devant la justice étatique (**A**) car, c'est un moyen de préservation de la sécurité juridique (**B**).

### **A : La transparence de l'arbitre devant la justice étatique**

La règle de la confidentialité de l'arbitre n'est pas absolue. Elle connaît des exceptions. Ces exceptions résultent de l'exercice d'un recours contre une sentence arbitrale auprès d'une juridiction étatique. Dans ce cas, la décision de cette juridiction peut donner lieu à une publication.

Comme le souligne un arrêt du tribunal fédéral suisse de 19 juin 2006 : « la confidentialité caractéristique de la procédure arbitrale procède exclusivement de l'intérêt individuel des parties. Elle ne saurait justifier de faire exception au principe de la publicité de l'administration de la justice et notamment d'exclure la consultation publique et la publication de la décision du tribunal fédéral rendue en recours contre une sentence arbitrale »<sup>123</sup>. En l'espèce, les parties avaient convenu de recourir à l'arbitrage pour trancher un litige en

---

<sup>123</sup> Une note d'observations de P.Y. TSCHANZ et L.F. GAZZINI ? *Rev. Arb.*, 2007, p. 869.

matière d'utilisation de données technologiques sensibles, tout en précisant que la procédure devait être strictement confidentielle quant à l'existence du litige, son objet et qu'il fallait prendre les mesures nécessaires pour garantir la confidentialité absolue des secrets d'affaires. Les parties avaient ainsi en l'espèce « fait de la confidentialité une exigence allant au-delà de ce qui est usuel en matière d'arbitrage ».

L'exigence du dépôt de la sentence auprès du Greffe d'un tribunal étatique prévue dans certains pays comme la Belgique peut également mettre en péril la confidentialité de la décision du tribunal arbitral. Il ne s'agit pas d'une règle d'ordre public ; elle peut donc être écartée de commun accord par les parties soit directement soit par référence au règlement d'arbitrage auquel elles se sont soumises<sup>124</sup>.

Alors, c'est une bonne chose que l'arbitre fasse preuve de transparence devant la justice étatique, pour éviter d'être complice d'un fait illicite auquel il ignorait l'existence même de ces pratiques par les parties.

Pour éviter de tels comportements venant des parties, cette divulgation permettra de préserver la sécurité juridique.

## **B : La préservation de la sécurité juridique**

La confidentialité ne permet pas de garantir la sécurité du droit. « Rien ne pèse qu'un secret », écrivait un perspicace connaisseur de la nature humaine<sup>125</sup> et il serait naïf d'imaginer qu'il puisse être conservé, en matière arbitrale, d'une manière tout à fait absolue ou plus stricte que d'autres types de « secrets professionnels ». Il résulte que, plus une institution est importante, plus grande sera la probabilité d'entorse au principe de confidentialité. On trouve plusieurs histoires de fuites qui auraient permis à une partie perdante, informée à temps par un initié du projet de sentence, de prendre avant toute notification les mesures propres à se prémunir contre une exécution<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> G. KEUTGEN et G. A. DAL., *L'arbitrage en droit belge et international*, T. I., op., cit., pp. 423 et s., n° 528 et s.

<sup>125</sup> LA FONTAINE, *Les Femmes et Le Secret*, Fables VIII, 6, qui ajoute : « Le porter loin est difficile aux dames, et je sais même sur ce fait bon nombre d'hommes qui sont femmes ».

<sup>126</sup> Ce risque, concevable aussi dans l'arbitrage ad hoc, y est bien moindre, et limité en fait à une personne, celle de l'arbitre désigné par la partie perdante.

A l'heure d'une exigence de transparence exacerbée, où les supports médias spécialisés en arbitrage sollicitent souvent les conseils quant aux affaires dont ils ont la charge et alors que ces derniers sont parfois tentés de « communiquer » autour de leurs dossiers, pour plus de visibilité, il n'est pas toujours aisé pour eux de répondre strictement et éthiquement, à l'exigence de confidentialité. Ainsi, tout litige, ne devrait en principe pas pouvoir être divulgué à un tiers, sauf si cela devait s'avérer nécessaire pour le bon fonctionnement de la procédure, dans le cadre d'une expertise ou dans le cadre du financement de l'arbitrage par un tiers<sup>127</sup>.

Cependant, les sentences devraient être publiées pour permettre de dégager une jurisprudence CCI qui rassure les justiciables, tant sur la qualité des décisions au fond que sur le respect de son règlement d'arbitrage par le secrétaire de sa cour internationale d'arbitrage. La jurisprudence fournie de solides arguments, qui malheureusement sont inexploités, qu'il s'agisse de l'exécution des sentences CCJA hors de l'espace OHADA<sup>128</sup>. Ces décisions qui sont de bons arguments de marketing de l'arbitrage CCJA méritent une grande publicité qui peut être efficacement assurée par le commentaire des sentences anonymes<sup>129</sup>.

La chambre de commerce internationale, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, a décidé de rendre publiques certaines informations<sup>130</sup>. Il serait utile pour la CCJA d'identifier ses grandes décisions afin d'orienter les juridictions nationales, les praticiens ainsi que les chercheurs sur les solutions importantes. De telle démarche évite aux justiciables d'avoir à parcourir de centaines arrêts pour trouver une décision de principe. Ainsi, dans son recueil, la CCJA gagnerait à s'inspirer de la pratique de la cour de cassation française qui consiste à indiquer les arrêts précédents ayant traité le problème posé par une décision qu'elle rend.

---

<sup>127</sup> M.N. ALRASHID, J. WESSEL et J. LAIRD, « Impact of third-party funding on privilege in litigation and international arbitration », *Dispute Resolution International*, Vol. 6, n°2, p. 102.

<sup>128</sup> La cour d'appel de Paris dans un arrêt du 30 janvier 2008 (*recueil Penant*, janv-mars 2009, 58, note D. Motte-suranti) a admis l'exécution d'une sentence CCJA motif pris de sa régularité au droit français, ce qui atteste que la sentence déférée au juge hexagonal présentait toutes les qualités attendues d'une décision arbitrale.

<sup>129</sup> A. NGWANZA, « L'essor de l'arbitrage international en Afrique sub-saharienne : les apports de la CCJA », *revue de l'ERSUMA*, n°6, janvier 2016, p. 45.

<sup>130</sup> Les informations suivantes seront rendues publiques pour les arbitrages enregistrés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016 :

- le nombre de nominations d'un arbitre dans les procédures d'arbitrage CCI ;
- avec qui a siégé cet arbitre et son rôle au sein du tribunal arbitral (Co-arbitre ou président) ;
- si l'arbitre en question a été nommé par la CCI ou par les parties ;
- le nombre d'affaires d'arbitrage CCI pendantes auxquelles l'arbitre en question participe ;

Ces informations « seront publiées une fois le tribunal constitué », sur le site internet de la CCI.

Par ailleurs, un auteur<sup>131</sup> regrette que, lorsqu'elle existe, la jurisprudence arbitrale ne fait l'objet d'aucune diffusion. Certes, confidentiel, mais cela n'empêche pas la diffusion. L'attraction d'un centre d'arbitrage dépend essentiellement de la qualité de la jurisprudence produite par les tribunaux arbitraux fonctionnant sous l'administration du centre. Il semble, par conséquent, que le moyen le plus adéquat de se faire connaître des utilisateurs potentiels et la meilleure publicité pour un centre résident dans la diffusion de « sa » jurisprudence.

La transparence gagne du terrain grâce aux innovations technologiques, qui ont changé les mentalités ; aujourd'hui, la confession ne se fait pas au prêtre, mais au public, sur son *blog* ou sur *Facebook*. De même, les accords interétatiques tendant à éviter l'évasion fiscale se multiplient et sont accueillis avec soulagement par l'opinion publique<sup>132</sup>.

La confidentialité saute également devant le contrôle procédural.

## **PARAGRAPHE II : La divulgation face au contrôle procédural**

Le contrôle procédural est une méthode pour le juge de mener des investigations judiciaires afin de lever le voile sur un fait ou une pratique en déphasage avec l'ordre public.

Ainsi, l'obligation de confidentialité s'efface devant les principes supérieurs posés tantôt par l'ordre public procédural (A), tantôt par l'ordre public de fond (B).

### **A : L'ordre public procédural**

Il est difficile de définir l'ordre public. Toutefois, l'ordre public interne concerne souvent les intérêts essentiels d'un Etat, des règles fixées par chaque Etat, donc facile à identifier et à sanctionner. Quant à l'ordre public international auquel font référence les textes<sup>133</sup>, son interprétation s'avère délicate.

Comme indiqué, l'acte uniforme fait état de l'ordre public international des Etats membres tandis que le règlement CCJA fait état de l'ordre public international tout court.

---

<sup>131</sup> P. MEYER, « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'acte uniforme », *Revue de l'arbitrage*, n°3, 2010.

<sup>132</sup> Cf. « *Panama Papers* » en 2016 sur la révélation des paradis fiscaux de nombre de dirigeants.

<sup>133</sup> Art. 26, al. 5 et 31 de l'AUA.

Cette différence laisse présumer que l'étendue de l'ordre public international est plus large dans le cadre de l'arbitrage CCJA tandis que le juge compétent, dans le cadre de l'arbitrage de droit commun, ne doit refuser l'exequatur ou annuler la sentence que si elle est contraire à l'ordre public international des Etats parties.

Alors, l'ordre public procédural ne permettra que de voir si les procédures ont été respectées selon les règles établies dans la législation nationale.

Ainsi, dans l'affaire de la société nationale pour la promotion agricole (SONAPRA) c/ société des huileries du Benin (SHB), un contrat d'approvisionnement en graines de coton avait été conclu entre les deux sociétés. Aux termes de ce contrat, la SONAPRA s'engageait à fournir à la SHB, des graines de coton. Or, cette dernière s'est plainte d'avoir subi des préjudices, du fait de l'insuffisance des graines fournies. Ainsi, conformément à la clause compromissoire, le litige est porté devant la CCJA.

Le 26 septembre 2006, le tribunal arbitral a rendu une sentence partielle. La SONAPRA a introduit un recours en contestation de validité. En l'occurrence, elle reproche à la sentence d'avoir « violé l'ordre public international ».

La CCJA répond « attendu qu'aux termes de la clause compromissoire en vertu de laquelle opposant la SHB et la SONAPRA a été soumis à l'arbitrage, le droit applicable au fond du litige est le droit béninois ; que le litige, qui oppose, deux sociétés de droit béninois relativement au commerce interne, relève de l'arbitrage interne ; que dès lors, c'est à tort qu'est invoqué la violation de l'ordre public international comme d'annulation de la sentence rendue dans un tel arbitrage et qu'il échet de rejeter ledit moyen »<sup>134</sup>.

Cet arrêt de principe est longuement attendu, car la doctrine est divisée sur l'interprétation de l'ordre public<sup>135</sup>. Il s'agit d'un litige interne et l'ordre public ne peut qu'être interne. Alors que l'arrêt affirme la violation de l'ordre public international, ce qui veut dire que cet ordre ne peut être appliqué à l'ordre public interne.

L'harmonisation de l'ordre public des Etats membres de l'OHADA aurait un effet bénéfique, surtout avec une réécriture de l'article 26 et 31 de l'AU « le recours en annulation

---

<sup>134</sup> Art. 29 du règlement d'arbitrage CCJA « La reconnaissance et l'exequatur sont refusés si la sentence est manifestement contraire à une règle d'ordre public international des Etats parties » ; CCJA, Assemblée plénière, 17 juillet 2008, *Rev. Arb.* 2010, n°3, pp. 595-599.

<sup>135</sup> E. ASSI ASSEPO, op. cit., pp. 753-668.

est ouvert si la sentence est contraire à l'ordre public »<sup>136</sup>, en lieu et place de : « l'ordre public international des Etats signataires du traité ». Le contrôle du juge ne devrait pas porter sur le raisonnement de l'arbitre mais sur la conformité de la sentence à l'ordre public interne ou international.

Aussi, La confidentialité cède-t-elle le plus souvent devant l'ordre public procédural. En effet, dès lors que les recours au juge d'appui sont mis en œuvre, le parapluie de la confidentialité se trouve ôté au profit de la publicité des débats. Cependant, aujourd'hui, on ne peut que déplorer le comportement procédurier de certaines parties ou de leurs conseils, ainsi que l'usage abusif des tactiques dilatoires<sup>137</sup> que sont les incidents de procédure et les recours contre la sentence. L'arbitre tenu par cette confidentialité, est amené parfois à déballer certains faits de la procédure arbitrale devant l'ordre public procédural. De ce fait, il n'est en rien responsable d'avoir brisé cette obligation de confidentialité, s'il s'agit donc d'une exigence à laquelle il doit se soumettre.

En réalité, un ordre public communautaire doit être défini par la CCJA.

Quand en est-il de l'ordre public de fond, qui, lui aussi est un élément qui fragilise la confidentialité de l'arbitre ?

## **B : L'ordre public de fond**

En ce qui concerne l'ordre public de fond, les obligations légales peuvent faire sauter le parapluie de la confidentialité. En effet, la loi peut imposer aux parties des obligations d'informations, de révélation ou de transparence sur la procédure arbitrale. Le plus souvent, l'arbitre est celui qui est le plus confronté à de telle situation. Etant donné qu'il est le juge des parties en question, il a donc des informations qu'il doit révéler face aux exigences de l'ordre public de fond, quand bien même qu'il doit garder la confidentialité qui lui est imposée.

Les droits financiers ou boursiers peuvent aussi neutraliser l'obligation de confidentialité<sup>138</sup>. A ce titre, les juridictions anglaises et la High Court a jugé qu'une sentence

---

<sup>136</sup> J-P. ANCEL, « Le contrôle de la sentence », in *L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, 2000 Bruylant, p. 191 ; CH. DELANOY, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Revue de l'arbitrage* 2007, n°2, pp. 212-213.

<sup>137</sup> J-J. ARNALDEZ, « L'acte déterminant la mission de l'arbitre », *Etudes offertes à Pierre BELLET* Paris Litec, 1991, p. 1.

<sup>138</sup> V. B. FAGE, « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », *op. cit.*, p. 5.

était un document public identifiant les droits et obligations des parties et qu'elle pouvait être divulguée s'il paraît raisonnable que sa publication soit nécessaire afin d'établir ou de sauvegarder les droits d'une partie à l'arbitrage à l'égard des tiers<sup>139</sup>. Il en va de même pour les lois fiscales et pénales. La confidentialité cède devant les droits de défense.

La multiplication des textes en matière de droit financier et de droit boursier exigeant la publication immédiate de tout fait important susceptible, s'il est connu, d'avoir une incidence sensible sur le cours de bourse. Cette obligation trouve sa source principalement dans des textes communautaires<sup>140</sup> lesquels s'inscrivent dans un mouvement d'harmonisation des exigences de transparence financière à l'échelle mondiale sous l'effet de l'internationalisation des marchés<sup>141</sup>. L'obligation de publication porte selon les cas sur l'engagement d'une procédure arbitrale ou sur la sentence arbitrale portant sur des éventuelles condamnations qu'elle contient.

La même solution s'impose lorsque la fourniture d'information ou de documents est requise aux termes de lois fiscales ou pénales. La confidentialité de l'arbitre ne peut justifier un refus d'une telle communication d'informations et de documents. Il en est de même en matière d'énergie<sup>142</sup>.

S'agissant d'une exigence de la loi dans le domaine financier ou boursier, celle-ci est le plus souvent dans l'ordre interne une loi de police applicable aux émetteurs d'un pays déterminé qui bat en brèche les dispositions contractuelles. Elle l'emporte dans la mesure où elle protège l'intérêt public alors que le principe de confidentialité demeure d'intérêt privé.

Comme le souligne un auteur, « néanmoins, l'atteinte à la confidentialité doit demeurer strictement limitée aux nécessaires de l'information financière. De telle sorte que si la confidentialité se trouve bien partiellement violée, la transparence demeure quant à elle

---

<sup>139</sup> HASSUEH INSURANCE, 2 Lloyd's report, 243- sur cette décision V. PAULSSON, RAWDING, « Les aléas de la confidentialité », Bull. cour CCI, mai 1994, p. 49. Cité par E. LOQUIN, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, n°2, 2010, p. 230.

<sup>140</sup> Voy, not., la directive du parlement Européen et du conseil 2001/34 du 28 mai 2001 concernant l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle et l'information à publier sur ces valeurs, J.O L., 6 juillet 2001, vol. 184 ( modifiée par la directive du parlement Européen et du conseil 2004/109 du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34, JO L., 31 décembre 2004, vol. 390 qui pose des exigences singulièrement en matière d'information continue et périodique).

<sup>141</sup> F. FAGES, « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », *Rev. Arb.*, 2003, pp. 5 et s.

<sup>142</sup> Voy., à ce propos, la décision de la Haute cour d'Australie dans l'affaire Esso c. Plawman (arrêt du 7 avril 1995, *Rev. Arb.*, 1998, p. 539 et note de D. KAPELIUK-KLINGER).

voilée »<sup>143</sup>. Concrètement, c'est dire que si l'existence d'un litige peut être une information secrète c'est surtout son enjeu financier qui est une donnée personnelle, car il permet d'éclairer les investisseurs ; toutefois, dans la plupart des cas la publication du nom de l'autre partie n'est pas indispensable, pas plus que l'objet du litige sauf dans l'hypothèse où celui-ci pourrait avoir une incidence majeure sur l'activité future de la société comme par exemple la perte d'un brevet ou d'une licence obligatoire<sup>144</sup>.

Dans la pratique, en cas de conflit entre la règle de la confidentialité et celle qui oblige à donner des informations financières, les émetteurs ont une tendance à privilégier cette dernière. Ceci découle non seulement des sanctions souvent secrètes liées au non publication d'informations financières mais surtout des conséquences désastreuses qu'une défaillance au niveau de la publication peuvent avoir sur la valeur boursière des sociétés cotées.

C'est ainsi qu'une sentence CIRDI, citée par F. FAGES<sup>145</sup>, les obligations d'informations financières sur la confidentialité, s'agissant d'un litige susceptible d'avoir un impact sur la valeur boursière de la société. En l'occurrence, le président de la société demanderesse avait donné des informations aux actionnaires et aux analystes financiers sur la procédure d'arbitrage en cours et il avait donné son sentiment quant à l'issue du litige. Les arbitres n'ont pas donné suite à la demande de la partie défenderesse qui leur demandait de prendre des mesures conservatoires pour sauvegarder la confidentialité de l'arbitrage.

Il faut retenir que la confidentialité exigée par l'arbitrage à l'arbitre ne peut plus jouer, quand il s'agit des règles étatiques ou lois étatiques. Pour une meilleure préservation de la sécurité juridique, l'arbitre doit tout dire et surtout avec les lois de police étatique qui s'appliquent à tous sans exception.

La confidentialité n'est pas seulement fragilisée par les atteintes externes, mais aussi par les atteintes internes.

---

<sup>143</sup> F. FAGES, « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », Op. cit., *Rev. Arb.*, 2003, p. 25, n° 32.

<sup>144</sup> Voy., l'opinion plus réservée de W.L. CRAIG, W. PARK et J. PAULSSON, *international chamber of commerce arbitration*, 3<sup>e</sup> éd., New York/Londres/Paris, Oceana publication/ICC publishing, 2000, p. 312, par. 1606.

<sup>145</sup> F. FAGES, « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », Op. cit., *Rev. Arb.*, 2003, p. 24, n° 30.

## **SECTION II : Le risque d'atteinte interne à la confidentialité de l'arbitre**

Le risque d'atteinte interne est tous les événements qui tournent autour de l'arbitre et des parties à une procédure arbitrale. A ce niveau l'arbitre se doit d'être transparent envers les parties d'une part, pour la simple raison de son impartialité et de son indépendance, des exigences prévues par les textes OHADA et d'autre part envers le public.

Les parties également sont amenées à faire sauter le parapluie de la confidentialité par leur manière de pouvoir se satisfaire devant la justice étatique, lorsqu'elles n'ont pas trouvé gain de cause dans leur démarche arbitrale.

Alors, ces risques peuvent donner lieu à la divulgation des informations par l'arbitre (**paragraphe I**) et par les parties (**paragraphe II**).

### **PARAGRAPHE I : La divulgation du fait de l'arbitre**

L'arbitre ou les institutions d'arbitrage peuvent délivrer un certain nombre d'informations aux parties (**A**) ou au public (**B**) mais, tout en allant pas au-delà. Ce qui serait de nature à porter atteinte à la confidentialité.

#### **A : Les informations envers les parties**

Les informations envers les parties sont relatives à l'indépendance et à l'impartialité de l'arbitre dans une procédure arbitrale. Ainsi, les conditions d'indépendance et d'impartialité sont prévues par le règlement d'arbitrage de la CCJA qui demande à l'arbitre d'informer sur « tous faits et circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties »<sup>146</sup>. Ces obligations ont pour corollaire l'obligation d'information. Aussi, l'article 4.1 alinéa 2 du même règlement qui dispose que : « il doit poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci », ce qui veut dire que l'arbitre est tenu obligatoirement par ces informations.

---

<sup>146</sup> Art. 4.1, al. 3 du règlement d'arbitrage CCJA.

Si l'arbitre est une personne physique, il doit jouir de ses « droits civils ». L'obligation de jouissance des droits civils est générale et imprécise. Cette obligation est appréciée par rapport au droit personnel de chaque pays<sup>147</sup>. Cependant, les obligations d'indépendance et d'impartialité sont les plus importantes. Ces deux notions n'ayant pas de définition légale, nous nous contenterons des définitions du vocabulaire juridique de Gérard Cornu. L'indépendance signifie absence de subordination<sup>148</sup>. Quant à l'impartialité, elle est définie comme une « absence de parti pris, de préjugé, de préférence, d'idée préconçue, exigence consubstantielle à la fonction juridictionnelle dont le propre est de départager des adversaires en toute justice ». Elles sont connexes à l'équité, à l'éthique et à la loyauté des parties<sup>149</sup>. Mais différentes dans la mesure où l'indépendance correspond à une situation de fait, plus objectif<sup>150</sup>, et l'impartialité est un concept abstrait, il renvoie à la psychologie et à l'état d'esprit de la personne<sup>151</sup>. L'indépendance de l'arbitre dans la pratique arbitrale, se traduit par une absence de parenté, de relation d'affaires, d'alliance, de collaboration avec l'une des parties. Si de telles relations existaient, elles pourraient servir à l'autre partie comme arguments pour soulever la partialité de l'arbitre.

Disait un auteur : « l'indépendance est une présomption d'impartialité »<sup>152</sup>. Ainsi, en droit comparé, est-il souvent fait cas des conditions d'indépendance et d'impartialité des arbitres à la bonne tenue de la procédure arbitrale<sup>153</sup>.

Il est à souligner aussi que le doute sur l'indépendance de l'arbitre résulte de « l'existence de liens matériels ou intellectuels avec l'autre partie »<sup>154</sup>. C'est cette qualification que la jurisprudence retient souvent, pour apprécier le manque d'indépendance de l'arbitre. Comme c'est le cas dans l'affaire « Société Nestlé Sahel c/ Société commerciale

<sup>147</sup> Burkina Faso, art. 1013 du code des personnes et de la famille ; Centrafrique, art. 40 de la loi 61.71 du 03 juin 1965 ; Congo, art. 820 du code de la famille ; Côte d'Ivoire, art. 3, al 3 du code civil ; Gabon, art. 32 du code civil ; Guinée, art. 9, al 3 et 4 de la loi du 14 avril 1962 ; Togo, art. 703 du code de la famille ; Sénégal, art. 841 du code de la famille.

<sup>148</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, éd. PUF, p. 536.

<sup>149</sup> A. DIALLO, *Réflexion sur l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Thèse en Droit privé, Université de Perpignan, 2016, Hal open science, p.86.

<sup>150</sup> P. MEYER, « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'acte uniforme », *Revue de l'arbitrage*, n°3, 2010, pp. 151-153.

<sup>151</sup> P. MEYER, « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'acte uniforme », op. cit., pp. 152-153.

<sup>152</sup> P. MEYER, « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'acte uniforme », op. cit., pp. 151-152.

<sup>153</sup> G. DAVET F. L'HOMME, « Arbitrage crédit lyonnais c/ Bernard Tapie placé en garde à vue », journal, *Le Monde*, 24 juin 2013 ; G. DAVET, F. L'HOMME F., « Affaire Tapie : comment l'arbitrage a été verrouillé », *Le Monde*, 17 juin 2013.

<sup>154</sup> P. COURBE, « Arbitrage international, arbitre, indépendance, impartialité », *Recueil Dalloz* 1999, pp.497-500.

d'importation AZAR et SALAME », la requérante, la société Nestlé invoque le manque d'indépendance d'un arbitre du fait que « l'une des parties détenait non seulement l'adresse personnelle de chaque partie, mais aussi connaissait le déroulement de la procédure, d'autant que les arbitres ont reçu son courrier la veille des audiences des 25 et 26 novembre ; que seule l'annulation de la sentence permet de sanctionner équitablement cette faute grave qui viole les dispositions de l'article 14 du règlement de procédure d'Arbitrage de la cour de céans ». La CCJA, dans sa réponse, annule la sentence au motif que « les arbitres en statuant plus en équité qu'en droit ont outrepassé l'acte de mission »<sup>155</sup>. Le juge motive sa décision sur les autres moyens et refuse de se prononcer sur celui du manque d'indépendance. Cette décision est assujettie à des critiques où l'absence d'indépendance et d'impartialité a été prouvée par la requérante, la CCJA aurait dû se prononcer sur ce moyen. Pour ne pas dire qu'elle a manqué à son rôle d'interprétation, de création de la règle de droit.

Toutefois, la transparence de l'arbitre doit se traduire par ces deux principes tant dans la procédure arbitrale qu'envers les parties. La réforme de 2011, précisément développe une politique de transparence dans un souci d'attractivité. La cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale, publie désormais et par défaut les noms des arbitres siégeant dans ses procédures, leurs nationalités et les modalités de leur désignation, sauf décision contraire commune des litigants. En droit international, il s'agit d'une véritable règle matérielle directement applicable dans toute instance arbitrale internationale<sup>156</sup>. Cette obligation de révélation pèse sur l'arbitre et qui fait obstacle à sa confidentialité.

Cependant, l'arbitre doit-il tout dire de ses relations avec les autres professionnels du dossier ? Le fait que les arbitres se connaissent ou aient déjà croisé les avocats de l'affaire dans une conférence n'a rien de très original. En réalité, si le choix de l'arbitre est libre, cette liberté est encadrée d'une part, par la règle imposante qu'il s'agisse d'une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits et d'autre part, par le devoir de l'arbitre d'être et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties.

Sur la question, la cour de cassation française a été ambiguë. En premier lieu, elle a élargi le devoir de révélation de l'arbitre au point de le contraindre à dévoiler tout élément susceptible de laisser planer le doute. Il en fut ainsi, dans un arrêt rendu le 1<sup>er</sup> février 2012 comme dans celui rendu le 16 décembre 2015 (confirmant l'arrêt de la cour d'appel de Paris).

---

<sup>155</sup> Arrêt n°028/2007 du 19 juillet 2007, « Société Nestlé Sahel c/ Société commerciale d'importation AZAR et SALAME dire SCIMAS », in *Revue trimestrielle de droit africain*, avril-juin 2009, n°867, pp.226-235.

<sup>156</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris LITEC, 1996, p.1056. 85.

Cette conception très large emporte la conséquence de placer l'arbitrage à un très haut degré d'indépendance et de neutralité, ce qui tend à la rendre irréprochable. En second lieu, elle a restreint davantage le périmètre de la révélation. Sans doute l'obligation de révélation devrait être tempérée par l'utilité de la révélation, le curseur permettant à l'arbitre de savoir s'il doit ou non révéler. C'est ce qui ressort de la première décision de la 2<sup>e</sup> chambre civile de la cour de cassation de janvier 2017 : « Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la pertinence des causes de récusation alléguées que la cour d'appel a retenu que le terme d' « ami » employé pour désigner les personnes qui acceptent d'entrer en contact par les réseaux sociaux ne renvoie pas à des relations d'amitié au sens traditionnel du terme et que l'existence de contacts entre ces différentes personnes par l'intermédiaire de ces réseaux ne suffit pas à caractériser une partialité particulière, le réseau social étant simplement un moyen de communication spécifique entre des personnes qui partagent les mêmes centres d'intérêt et, en l'espèce la même profession »<sup>157</sup>.

Cependant, il existe des limites à l'obligation de révélation de l'arbitre. La première limite concerne les informations notoires. Ce qui est notoire n'a pas à être révélé. Il est bien établi que la connaissance par l'une des parties d'un fait de nature à faire suspecter l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre, même non révélé par lui, est de nature à supprimer les garanties prévues par la loi pour protéger la partie, qui se plaint de la non révélation par l'arbitre de ce fait<sup>158</sup>.

La seconde limite résulte de la prise en considération de l'objet de l'obligation de révélation. Concerne-t-il des faits auxquels l'arbitre a participé ou des faits dont il ne peut avoir connaissance qu'indirectement en s'informant sur les activités d'autrui. Tel est le cas lorsque l'arbitre doit vérifier si des bureaux du cabinet où il exerce son activité d'avocat ont accompli des missions au profit de l'une des parties à l'arbitrage ou d'une société du groupe auquel appartient l'une des parties à l'arbitrage. En effet, la cour d'appel de Paris<sup>159</sup> a jugé dans l'arrêt *Société La Valaisanne Holding* que « *n'a pas tenté d'échapper à l'obligation de révélation qui s'imposait à lui et manqué par-là à son devoir de transparence l'arbitre qui a loyalement étendu ses investigations sur un éventuel conflit d'intérêts aux bureaux étrangers de son cabinet* ». Dans cette espèce, le cabinet de l'arbitre n'avait pas pour cliente l'une des parties à l'arbitrage, ou une société membre d'un groupe de sociétés dans lequel figurait cette partie. Il était reproché à l'arbitre de ne pas avoir révélé les liens ayant pu exister entre le

---

<sup>157</sup> Arrêt n°1 du 5 janvier 2017, 16-12.394, cour de cassation, deuxième chambre civile.

<sup>158</sup> E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Joly édition, pratique des affaires, 2015, p. 193.

<sup>159</sup> C. A. Paris, 2 juillet 2013, société La Valaisanne Holding : *Rev. Arb.* 2013, somm. P. 819.

cabinet d'avocats dont il est associé et un tiers intéressé à la procédure d'arbitrage. Les seuls liens existants étaient qu'un avocat du même cabinet que l'arbitre, avait fourni des prestations à un groupe en conflit avec un actionnaire indirect de l'une des parties à l'arbitrage. Cependant, la problématique est la même et que l'enseignement de cet arrêt vaut dans les deux cas. L'arbitre n'est pas directement impliqué dans la situation susceptible de constituer un conflit d'intérêt. Il n'a fourni, en qualité d'avocat, aucune prestation, ni au bénéfice de l'une des parties, ni au bénéfice d'une société faisant partie du même groupe que l'une des parties, ni au bénéfice d'une société tierce intéressée par le litige<sup>160</sup>.

La nature exacte de l'obligation de révélation à la charge de l'arbitre devrait être précisée.

L'arbitre ne fait pas seulement face aux parties mais il se doit d'être aussi transparent envers le public.

## **B : Les informations envers le public**

La position tenue par un auteur lors d'un discours de circonstance prononcé à l'occasion de l'ouverture des cours du master Arbitrage et commercial international<sup>161</sup>, a pu dire en quatre axes comment renforcer l'arbitrage : le contrôle judiciaire, le contrôle institutionnel, le contrôle professionnel et le contrôle public. Nous nous attarderons sur le dernier point. Sur ce, l'auteur soutient que : « la justice n'est plus secrète, il ne faudrait pas qu'elle le redevienne, ce qui se décide doit être connu, analysé, critiqué, (...) cela donnerait au public l'occasion de les connaître et au besoin de les critiquer. C'est le rôle fondamental des professeurs, qui ne peuvent borner leurs horizons au domaine judiciaire, mais doivent l'étendre au fond. Leur responsabilité, notre responsabilité est essentielle »<sup>162</sup>. Pour lui, la justice arbitrale ne devrait ni être secrète ni confidentielle de peur qu'il ait des compromis dérogeant aux règles d'ordres publics, pour cela, les sentences arbitrales devraient faire l'objet d'une publicité.

Cependant, d'autres auteurs pondèrent cette pensée. Ainsi, l'avocate Nilofar MMOÏNÏ-SHABESTARI analyse cette obligation de confidentialité qui « revêt une acuité

---

<sup>160</sup> E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, op. cit., p. 194.

<sup>161</sup> P. TERCIER, « L'arbitrage : une alternative aux juridictions étatiques », journal de l'arbitrage de l'université de Versailles, janvier 2017, n°1.

<sup>162</sup> Idem.

toute particulière au moment du rendu de la sentence (car) tous les efforts des parties pour garder le secret sur l'existence d'un litige entre elles seraient vains si la sentence venait à être révélée aux tiers »<sup>163</sup>. Elle montre plutôt le contraire en privilégiant la confidentialité comme le point culminant des sentences arbitrales mais tout en relativisant ses propos.

Alors, les avis sont partagés, selon les auteurs, la publication des sentences serait un grand apport : « l'accès aux sentences rendues présente un intérêt intellectuel certain. La connaissance de ce corpus peut s'avérer utile pour divers acteurs de la scène arbitrale : les arbitres sont susceptibles de s'inspirer des décisions rendues pour résoudre les litiges à venir, voire pour ceux qu'ils seraient sur le point de trancher ; parallèlement, les parties sont mises en mesure d'évaluer la probabilité de réussite de leurs actions avant de s'engager dans un procès »<sup>164</sup>. Ainsi, leur publication permettrait « la constitution d'une jurisprudence arbitrale »<sup>165</sup> et assurerait « une plus grande transparence de procédures »<sup>166</sup>.

L'analyse montre que la confidentialité est un atout de l'arbitrage, qui met en valeur l'arbitre. Mais, si l'on s'en tenait à cette obligation, n'est-ce pas autoriser des situations compromettantes ? Il serait donc mieux de mettre à la connaissance du public les informations qui pourront être d'une grande utilité pour certaines personnes comme les étudiants chercheurs, les professionnels du domaine, etc. les parties peuvent se diriger vers l'arbitrage pour sa rapidité mais pas pour sa confidentialité, parce que la justice ne peut être secrète pour des raisons de transparence et d'ordre public, alors la justice arbitrale serait considérée comme une dérogation au règle de la justice étatique. Et donc l'arbitre, qui s'apparente au juge est dans l'obligation de porter la tenue de ce dernier en étant aussi transparent que possible.

Il n'y a pas que l'arbitre qui doit se soumettre aux exigences publiques mais, aussi les parties qui se livrent elles-mêmes à une divulgation des informations censées être confidentielles.

---

<sup>163</sup> N. MMOÏNĬ-SHABESTIR, parrainée par Coppo B., « La publication des sentences arbitrales : les leçons milanaïses », journal de l'arbitrage de l'université de Versailles, octobre. 2012, n°1, p.12.

<sup>164</sup> Idem.

<sup>165</sup> L. WEILLER, « L'information en matière d'arbitrage », LPA 30 avril 2019, n°138u6, p.40.

<sup>166</sup> Idem.

## **PARAGRAPHE II : La divulgation du fait des parties**

Les parties sont souvent elles-mêmes, qui révèlent de manière explicite (A) ou implicite (B) les informations confidentielles sur la procédure arbitrale.

### **A : Une divulgation explicite**

Si les incidents de procédure peuvent fragiliser la confidentialité de l'audience arbitrale, les recours contre la sentence arbitrale quant à eux, anéantissent la confidentialité de celle-ci. La confidentialité ne saurait porter atteinte au droit de défendre ses intérêts dont dispose toutes parties en arbitrage. Chacune des parties dispose du droit de contester la sentence devant le juge étatique compétent ou peut attaquer l'ordonnance d'exequatur qui donne à la sentence la force exécutoire.

Ce droit heurte de plein fouet l'obligation faite à chacune des parties de garder l'arbitrage confidentiel, non seulement la procédure arbitrale est révélée par ses actions, mais également la sentence et parfois même certains événements de l'audience arbitrale. Toutefois, l'abus du droit de recours au juge est sanctionné<sup>167</sup>. Un auteur a d'ailleurs pu constater que les sentences arbitrales, sont aujourd'hui largement répandues, qu'il en vient à promouvoir le recours à la jurisprudence arbitrale<sup>168</sup>.

En effet, la présence des incidents de procédure et la mise en jeu des voies de recours sont de nature à mettre en cause le principe de la confidentialité. Du coup, on peut se demander si la confidentialité est-elle encore un critère du rayonnement de l'arbitrage ? Doit-on reprocher au législateur OHADA d'avoir admis ces éventualités ? La réponse serait non. La préservation de la confidentialité dépend de la volonté des parties en cause. D'où la prudence nécessaire de son affirmation catégorique.

Les parties se prononcent sur leurs affaires confidentielles explicitement, mais elles le font aussi implicitement.

---

<sup>167</sup> Paris 18 février 1986, *Revue de l'arbitrage*, 663, note FLECHEUX.

<sup>168</sup> J-M. JACQUET, « Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale ? », *Revue de l'arbitrage*, n°3, 2010, pp. 445-466, *contra* E. LOQUIN, in « Réflexion sur la jurisprudence arbitrale, sa cohérence et ses divergences », souligne que la jurisprudence arbitrale est inconcevable en théorie, *Rev. Arb.*, n°3 ? 2010 ? P. 452.

## **B : Une divulgation implicite**

Parler de la divulgation implicite, c'est mettre à nu des informations confidentielles de manière floue, imprécise. Il résulte inévitablement que, plus une institution est importante, plus grand sera la probabilité d'entorses au principe de confidentialité. On trouve ainsi, plusieurs histoires de fuites qui auraient permis à une partie perdante, informée à temps par un initié du projet de la sentence, de prendre avant toute notification les mesures propres à se prémunir contre une exécution<sup>169</sup>. Les institutions sont bien conscientes de ce risque potentiel, qui ne doit être ni surestimé, ni ignoré.

En effet, le positionnement stratégique du centre d'arbitrage de la CCJA suppose une rupture paradigmatique quant à la conception de la transparence, la confidentialité des procédures et des sentences n'est pas synonyme d'opacité. L'exemple de la CCI en la matière devrait être suivi, cette dernière n'hésite pas à divulguer ses statistiques annuelles, mais surtout elle publie un recueil de sentences commentées qui donne une vue d'ensemble sur des questions épineuses, sans révéler l'identité des parties.

Cette méthode de travail permet de dégager une jurisprudence CCI qui rassure les justiciables, tant sur la qualité des décisions au fond que sur le respect de son règlement d'arbitrage par le secrétaire de la cour international d'arbitrage<sup>170</sup>. Il faut être plus ou moins d'accord avec l'idée de jurisprudence arbitrale, mais ne pas ignorer le risque ou les dangers de ces publications, car des personnes n'exerçant pas dans le cadre d'une institution arbitrale, pourraient divulguer la sentence tout en donnant quelques éléments qui permettraient d'identifier les parties prenantes.

Par ailleurs, le plan de communication du centre d'arbitrage de la CCJA devra mettre en avant son impartialité vivement suspectée en doctrine<sup>171</sup>.

Au regard de la confidentialité fragile, l'arbitre et aussi les parties au litige sont amenés à révéler des informations secrètes de la procédure arbitrale. Raison de plus, que cette divulgation est normale, parce que certains principes l'exigent, pour faire éclairage sur des faits susceptibles d'engager la responsabilité de l'un ou l'autre, et aussi de préserver la sécurité des investisseurs et de la justice. Cependant, quand il n'est pas nécessaire pour

---

<sup>169</sup> Ce risque est concevable aussi dans l'arbitrage ad hoc.

<sup>170</sup> M. ADAMO, « La confidentialité dans l'arbitrage OHADA à l'épreuve de la transparence », op. cit., p. 11.

<sup>171</sup> Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage dans l'OHADA », *International Law FORUM du droit international*, Volume 3, n° 3, August 2001, p. 180.

l'arbitre de révéler des informations strictement interdites, d'être connues par tous, alors il peut être sanctionné pour avoir violé le principe de confidentialité.

**DEUXIEME PARTIE : L'ARBITRE, PARFOIS SANCTIONNE POUR  
INOBSERVATION DU PRINCIPE DE CONFIDENTIALITE**

L'arbitre est un être humain, or l'erreur est humaine donc l'arbitre peut commettre des erreurs. Partant de ce syllogisme, l'arbitre peut pour autant être de manière absolue libre de toute responsabilité ? Il existe l'une des tendances, celle qui déresponsabilise totalement l'arbitre au motif que ce dernier est doté de pouvoirs et de missions qui l'absout en quelque sorte de toute faute, il est ainsi mis sur un pied d'égalité que le juge.

La sanction est une mesure de contrainte accompagnant toute règle de droit (constituant le critère distinctif du droit et de la morale) ; mesure de réaction à une violation de la légalité (peine, nullité, échéance, caducité, etc...) ; mesure de réaction d'une obligation<sup>172</sup>.

Cependant, il est considéré comme des prestataires de service et est donc tenu de répondre de sa négligence pour faute comme n'importe quel professionnel, prestataire de service. Par conséquent, l'évocation de son immunité est partielle ou totale, couvrant sa responsabilité sur la base des dommages causés par sa négligence.

Alors que, l'AUA exige que les délibérations arbitrales soient secrètes, il est muet sur les sanctions encourues par l'arbitre en cas de révélation du secret des délibérations (**chapitre I**). Dans le même temps, la mission juridictionnelle de l'arbitre lui confère une certaine immunité qui vient atténuer les éventuelles sanctions (**chapitre II**).

---

<sup>172</sup> Lexique des termes juridiques, op. cit. p. 988.

## CHAPITRE I : LES SANCTIONS ENCOURUES PAR L'ARBITRE EN CAS DE REVELATION

Ces sanctions relèvent à la fois du droit commun et du droit de l'arbitrage. Le droit de l'arbitrage prévoit la révocation et la récusation de l'arbitre soit par les parties, soit par l'institution chargée d'organiser l'arbitrage, soit même par le juge.

La question de la responsabilité de l'arbitre ne fait l'objet d'aucune disposition textuelle en droit OHADA. Mais en droit français, on trouve désormais un article relatif aux obligations au contrat d'arbitre, aux termes duquel « *Les parties et l'arbitre agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure* »<sup>173</sup>. Ce rappel des obligations de l'arbitre et des parties jouera nécessairement un rôle dans l'identification des cas dans lesquels l'arbitre peut voir sa responsabilité engagée.

Face au silence du législateur et en l'absence de système disciplinaire, la jurisprudence, des juges du fond, de la cour de cassation française, s'est efforcée d'esquisser les règles régissant la responsabilité des arbitres partant du contrat d'arbitre tel qu'il a été identifié en doctrine<sup>174</sup>. Consacré par la jurisprudence tout récemment<sup>175</sup>, le contrat d'arbitre unit d'un côté les litigants et de l'autre côté l'arbitre, et constitue le siège de la responsabilité civile de l'arbitre, mais aussi pouvant constituer un lien en dehors du contrat.

Face au silence du rédacteur OHADA, c'est partant du contrat d'arbitre tel qu'il a été identifié en doctrine<sup>176</sup> que nous donnerons les sanctions de l'arbitre.

Alors, l'arbitre peut faire face à une sanction judiciaire (**section I**) et une sanction extrajudiciaire (**section II**).

---

<sup>173</sup> Art. 1464 al. 3 du code de procédure civile, sur la consécration du contrat d'arbitre par cet article, cf. J.-B. RACINE, *Le nouvel arbitre*, in Th. CLAY, *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011, p. 117, spéc. Note 30 et s. : Th. CLAY, *Code de l'arbitrage commenté*, préface de L. CADIET, spéc. n° 55 et sous art. 1464.

<sup>174</sup> Th. CLAY, *L'arbitre*, Nouvelle bibliothèque de Thèses, édition Dalloz, 19 janvier 2001, n° 587 et s.

<sup>175</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-25.687.

<sup>176</sup> Th. CLAY, *L'arbitre*, Op. cit., 2001, n° 587 et s.

## **SECTION I : Les sanctions judiciaires de l'arbitre**

Les condamnations et les peines regroupent les différentes sanctions prononcées par le juge ou par les forces de l'ordre à l'encontre d'infractions commises. Elles sont prévues par la loi et leur sévérité est proportionnelle à l'acte puni.

A cet effet, l'arbitre se verra appliquer une sanction en fonction de la faute qu'il aura commise dans l'exercice de ses fonctions, surtout pour ce qui relève du principe de confidentialité. La violation de ce principe sera analysée sur la gravité du préjudice subi par l'une des parties à l'arbitrage.

Ce rappel des obligations de l'arbitre et des parties jouera forcément un rôle dans l'identification des cas dans lesquels l'arbitre peut voir sa responsabilité engagée. Toutefois, l'utilité d'une telle disposition est tributaire de la détermination, en amont, des principes régissant la responsabilité de l'arbitre.

Les sanctions judiciaires dont il s'agit ici sont la responsabilité civile (**paragraphe I**) et la responsabilité pénale (**paragraphe II**).

### **PARAGRAPHE I : La responsabilité civile de l'arbitre**

La responsabilité civile au sens générique, est toute obligation de répondre civilement du dommage que l'on a causé à autrui, c'est-à-dire de le réparer en nature ou en équivalence<sup>177</sup>.

Le contrat d'arbitre fournissant le cadre général de l'activité de l'arbitre<sup>178</sup>, est d'une part sa responsabilité civile contractuelle (**A**) et d'autre part sa responsabilité civile délictuelle (**B**).

---

<sup>177</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, éd. PUF.

<sup>178</sup> Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n°927, p.704.

## A : La responsabilité civile contractuelle de l'arbitre

La responsabilité civile contractuelle est une obligation pour le contractant qui ne remplit pas (en tout, en partie, ou à temps) une obligation que le contrat mettait à sa charge, de réparer (en nature si possible ou, à défaut, en argent) le dommage causé à l'autre partie (créancier), soit par l'inexécution totale ou partielle, soit par l'exécution tardive de l'engagement contractuel<sup>179</sup>.

En principe, si l'on considère que l'arbitre est lié aux parties par un contrat, alors sa responsabilité devrait être engagée dans les conditions de l'article 1142 du code civil Napoléonien<sup>180</sup>. Cette position a été adoptée par la cour de cassation en ces termes : « Les arbitres n'étant investis d'aucune fonction publique et ne pouvant, par suite, engager la responsabilité de l'Etat énoncée par l'article 505 du code de procédure civile (...), l'action en dommages-intérêts contre eux à raison de l'accomplissement de leur mission ne peut l'être que dans les conditions du droit commun<sup>181</sup>.

La première décision du genre est intervenue pour ce qui est de la France en 1993 où l'arbitre a été condamné à des dommages et intérêts pour inexécution du contrat d'arbitre<sup>182</sup>. En appel dans cette même affaire, le juge affirme que : « La responsabilité de l'arbitre à l'égard des parties peut être engagée pour tout manquement à ses obligations », l'arbitre était assimilé à un contractant ordinaire<sup>183</sup>. De là, on peut penser à l'existence d'une certaine égalité entre les parties au contrat d'arbitre. Pourtant, il n'y a pas d'égalité des parties dans le contrat d'arbitre, car l'un des contractants est le juge de l'autre<sup>184</sup>. Le juge n'est pas l'égal de son justiciable puisqu'il décide du sort de sa prétention<sup>185</sup>.

Au regard de cette origine contractuelle, il faut dire que l'arbitre a une mission juridictionnelle. Par conséquent, sa responsabilité ne peut être engagée sur la décision qu'il rend. Cela serait perçu comme un empêchement à sa mission. C'est dans ce cadre qu'une

---

<sup>179</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, éd. PUF.

<sup>180</sup> Art. 1142 du code civil NAPOLEONIEN « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

<sup>181</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 juin 1960, D., 1960.622; RTD civ., 1960.348, obs. P. HEBRAUD. Décision rapportée par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1966, n°1080, p.607.

<sup>182</sup> TGI Paris, 12 mai 1993, Raoul Duval, *Revue arbitrale*, 1996. 411(2<sup>e</sup> esp.), obs. Ph. FOUCHARD, p.325, spec. n°19, 31, 73 et suivant; cite par Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit, n°928, p.705.

<sup>183</sup> Paris, 12 octobre 1995, Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n°931, p.707.

<sup>184</sup> R. DIFFO MAFO, « Vers la prévalence de l'irresponsabilité arbitrale en droit OHADA ? » *Revue de l'ERSUMA*, 2016, l'Université de Yaoundé 2, p.606.

<sup>185</sup> Th. CLAY, *L'arbitre*, op. ci., n°803, p.618.

jurisprudence précise que : « une telle action ne peut être substituée aux voies de recours ouverts contre la sentence ni conférée indirectement au juge étatique un pouvoir de révision de la décision arbitrale (...), qu'il n'entre donc pas, par principe, dans les attributions d'un tribunal de grande instance, saisi d'une action en justice de droit commun, d'apprécier le bien ou le mal jugé de la décision des arbitres (...) »<sup>186</sup>.

Cependant, cette position n'est pas appréciée de tous, parce que le juge peut engager sa responsabilité dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle. La cour de cassation belge a eu à admettre la responsabilité pour faute du juge dans l'aspect juridictionnel de son activité, à condition que la décision juridictionnelle fautive ait été au préalable réformée par l'exercice d'une voie de recours, que le magistrat ne se soit pas comporté suivant le critère du magistrat normalement soigneux et prudent, et que le plaideur démontre que le dommage dont il se plaint n'a pu être réparé par le seul exercice des voies de recours ayant abouti à l'anéantissement de la décision régulière<sup>187</sup>.

L'inquiétude provient de ce qu'il n'est pas évident de dissocier l'aspect contractuel de l'aspect juridictionnel dans la mission de l'arbitre. En résumé, c'est en accomplissant plusieurs obligations contractuelles que l'arbitre tranche le litige. Les deux aspects étant liés, nous pouvons affirmer que l'obligation principale de l'arbitre est de nature juridictionnelle<sup>188</sup>. Par conséquent, « *le contrat d'arbitre se situant au confluent du juridictionnel et du contractuel, la responsabilité contractuelle de l'arbitre doit se chercher au même endroit, compte tenu de la coloration juridictionnelle de sa mission contractuelle* »<sup>189</sup>. La responsabilité contractuelle de l'arbitre est de telle sorte qu'il faut l'identifier à travers une faute personnelle et une faute lourde.

---

<sup>186</sup> TGI Paris, 13 juin 1990, Bompard c/ Consorts Carcassone et autres, *Gaz. Pal.*, 1990.II, somm. P.417 ; décision rapportée par Ph. FOUCARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit., n°1083, p.608.

<sup>187</sup> Cass. Belge, 19 décembre 1991, *Revue Crit. Jur. Belge* 1993.285, note RIGAUX et V. COMPERNOLLE ; Cass. Belge, 8 décembre 1994, *journal de Liège, Mons et Bruxelles* 1995n n°10, p. 387, note PHILIPPE, *journal des tribunaux* 1995.497, obs. DALCQ ; décisions citées par S. GUINCHARD, « Responsabilité encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », in Répertoire de procédure civile, *Dalloz*, mise à jour octobre 2013, n°31.

<sup>188</sup> R. DIFFO MAFO, « Vers la prévalence de l'irresponsabilité arbitrale en droit OHADA ? » *Revue de l'ERSUMA*, 2016, l'Université de Yaoundé 2, p.607.

<sup>189</sup> Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n°931, p. 707.

La faute personnelle est considérée tant par la doctrine que la jurisprudence comme un cas particulier de la faute lourde<sup>190</sup>. Pourtant il faut comprendre par faute personnelle, la faute intentionnelle de l'arbitre<sup>191</sup>.

La faute lourde a été rattachée à la notion d'erreur grossière du juge ou à son intention de nuire par la jurisprudence. C'est ainsi que la jurisprudence française définissait la faute lourde comme celle « *qui a été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat ou un fonctionnaire de justice, normalement soucieux de ses devoirs, n'y eût pas été entraîné* »<sup>192</sup>. Cette position a été contredite en assemblée plénière où la cour de cassation a décidé que : « *constitue une faute lourde toute défaillance caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi* »<sup>193</sup>. Faisant allusion à l'arbitre, puisqu'il n'est pas tributaire du service public de justice, alors la conception de faute lourde devant être retenue est celle se rapportant à la faute grossière, le caractère intentionnel renvoyant plutôt à la faute personnelle.

La jurisprudence, dans l'affaire Bompard<sup>194</sup> a dû se prononcer sur la responsabilité contractuelle de l'arbitre, et a exclu l'application d'une immunité absolue. « La responsabilité civile des arbitres ne peut être engagée (...) que s'il est établi à leur encontre la preuve d'une fraude, d'un dol ou d'une faute lourde ». Cette analyse a ultérieurement été confirmée dans l'affaire Raoul Duval<sup>195</sup> où les juges ont sanctionné l'arbitre pour son défaut de révélation sur le plan de la responsabilité contractuelle. Une des parties, la société Raoul Duval, a appris que l'arbitre avait été embauché par la partie adverse le lendemain du prononcé de la sentence.

---

<sup>190</sup> DURRY, note sous Civ. 1<sup>er</sup>, 5 mars 1980, *RTD civ.* 1980.772 ; ESTOUP, note sous Versailles, 27 juillet 1989, *JCP* 1990.II.21450 ; TGI Paris, 22 juillet 1998, *D.* 1999. IR 214 ; Civ. 1<sup>er</sup>, 13 octobre 1998, n°96-13.862, *D.*2000.576, note LEMAIRE, cités par S. GUINCHARD, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », in *Répertoire de procédure civile, Dalloz*, mise à jour octobre 2013, n°64.

<sup>191</sup> S. GUINCHARD la définit comme une faute intentionnelle du juge, celle qui ne sera pas absorbée par le service public, même au titre d'une faute lourde, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », in *Répertoire de procédure civile, Dalloz*, mise à jour octobre 2013, n°64.

<sup>192</sup> Civ. 1<sup>er</sup>, 13 octobre 1953, *Bull. civ. I*, n°224; civ. 1<sup>er</sup>, 20 février 1996. I. 3938, n°1, obs.CADIET; décisions citées par S. GUINCHARD, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », in *Répertoire de procédure civile, Dalloz*, mise à jour octobre 2013, n°21.

<sup>193</sup> Cass., ass. Plén., 23 février 2001, n°99-16.165, Bolle-Laroche, *D.* 2001.1752, note DEBBASCH ; décisions citées par S. GUINCHARD, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », in *Répertoire de procédure civile, Dalloz*, mise à jour octobre 2013, n°21.

<sup>194</sup> TGI Paris, 13 juin 1990, Bompard c/ C., *Gaz. Pal.* 1990 II somm. P. 417.

<sup>195</sup> Paris 1<sup>ere</sup> ch., 12 octobre 1995, Merkorla Sucden c/ société Raoul Duval, *Rev. Arb.* 1999.324, l'annulation a été prononcée dans un arrêt du 2 juillet 1992. Paris 1<sup>ere</sup> ch. C., 2 juillet 1992, société Raoul Duval c/ société Merkorla Sucden, *Rev. Arb.*, 1996.411, note Ph. FOUCHARD, p. 325.

L'arbitre, pendant l'instance arbitrale, n'a pas dévoilé ces relations d'affaires avec l'autre au litige. La société Raoul Duval a exercé un recours en annulation de la sentence.

On peut aussi imaginer d'autres qui naîtraient directement du manquement par l'arbitre à ses obligations. Ce serait le cas si l'arbitre dévoilait des secrets commerciaux dont il aurait pris connaissance au cours des audiences, favorisant les concurrents du litigant concerné. Il en irait de même si l'arbitre prenait un tel retard dans le traitement du litige qu'une des sociétés litigantes serait placée en redressement judiciaire pour n'avoir pu recouvrer dans un délai raisonnable la créance contre son adversaire.

Par ailleurs, on distingue parmi les obligations de l'arbitre qui ont été détaillées, celles qui étaient des obligations de moyens de celles qui étaient des obligations de résultat. Lorsque l'obligation inexécutée est une obligation de résultat, la responsabilité peut être assez facilement engagée, sous réserve des conditions d'exonération de droit commun. Il s'agit des obligations dont l'exécution ne risque pas d'être perturbée par l'intervention des litigant, et dont on pourrait facilement imputer l'inexécution à l'arbitre. Ce sont les obligations de siéger dans le tribunal arbitral, de ne pas se déporter, d'organiser et de participer aux délibérés, et de signer la sentence lorsque le tribunal arbitral n'est constitué que d'un seul arbitre<sup>196</sup>.

Pour ce qui concerne l'inexécution des obligations de moyens, la question de la responsabilité de l'arbitre est plus complexe car ces obligations de moyens ne sont pas toutes du même degré. Certaines sont des obligations de moyens classiques qui engagent la responsabilité de l'arbitre en cas de simple faute de sa part. On y inclut les obligations de se comporter en juge, d'indépendance, de confidentialité, de disponibilité, et de diligence. En cas d'inexécution de l'une de ces obligations, la responsabilité de l'arbitre peut être recherchée à condition qu'une faute lui soit imputable<sup>197</sup>.

Le contrat est donc l'élément fondamental sur lequel les parties sont liées à l'arbitre, qui devait respecter toutes les clauses de ce contrat. Tout se repose sur le contrat d'arbitre à une procédure arbitrale. Ce dernier doit faire preuve de vigilance afin de ne pas violer les règles de cette clause, surtout que si ce contrat contient une clause de confidentialité.

L'arbitre peut aussi être fautif s'il commet une faute délictuelle.

---

<sup>196</sup> Th. CLAY, *L'arbitre*, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Dalloz, pp. 708-709.

<sup>197</sup> Idem.

## **B : La responsabilité civile délictuelle de l'arbitre**

On entend par responsabilité civile délictuelle, toute obligation pour l'auteur du fait dommageable, de réparer le dommage causé par un délit civil (que celui-ci soit ou non un délit pénal), en indemnisant la victime, presque toujours par le versement d'une somme d'argent à titre de dommages-intérêts ; désigne plus spécifiquement la responsabilité personnelle (par opposé à la responsabilité du fait d'autrui)<sup>198</sup>.

En effet, dans deux cas de figure, l'arbitre pourrait engager sa responsabilité civile délictuelle ; soit lorsqu'il n'y a pas de lien contractuel entre les parties en cause, soit lorsque l'arbitre s'est rendu coupable d'une faute précontractuelle.

Dans le premier cas, la référence est faite tout d'abord aux tiers à l'instance arbitrale ayant subi un préjudice imputable à l'arbitre. Ensuite, elle concerne également les autres intervenants à l'instance arbitrale qui ne sont pas liés par le contrat violé par l'arbitre. Dans ce dernier cas, l'illustration est faite par la possibilité pour l'arbitre d'être poursuivi par un autre membre du tribunal arbitral si ce dernier a subi un dommage du fait de son comportement, ou encore, les parties peuvent subir un dommage né de l'inexécution du contrat de collaboration liant l'arbitre au centre d'arbitrage, ou enfin la responsabilité de l'arbitre peut être engagée par le centre d'arbitrage pour inexécution du contrat de collaboration<sup>199</sup>.

Dans le second cas, il s'agit de la violation d'une obligation précontractuelle de l'arbitre, notamment celle d'information qui doit intervenir avant la signature du contrat d'arbitre tel que le mentionne l'article 7 alinéa 2 de l'AUA : « *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* »<sup>200</sup>. En effet , cette obligation existe alors que l'arbitre n'a pas encore endossé cette qualité, même si elle peut être étendue à l'instance arbitrale, en cas de survenance d'un fait nouveau qui mérite d'être révélé, même si l'acte uniforme portant droit de l'arbitrage n'est pas très explicite sur l'extension de cette obligation à l'instance arbitrale, contrairement à l'article 4.1 alinéa 5 du règlement d'arbitrage de la CCJA, qui dispose en ces termes que : « *l'arbitre fait connaître immédiatement par écrit au secrétaire général de la cour et aux parties, les faits et circonstances de même nature ( qui*

---

<sup>198</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, éd. PUF.

<sup>199</sup> R. DIFFO MAFO, « Vers la prévalence de l'irresponsabilité arbitrale en droit OHADA ? » *Revue de l'ERSUMA*, 2016, l'Université de Yaoundé 2, p.609.

<sup>200</sup> Art.7, al. 2 AUA.

*pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties) qui surviendraient entre sa nomination ou sa confirmation par la cour et la notification de la sentence finale »<sup>201</sup>. La condamnation de l'arbitre devra se faire sur le fondement de l'article 1382 du code civil Napoléonien<sup>202</sup>. Il sera soumis à une réparation du dommage causé, si la cause, le préjudice et le lien de causalité ont été remplis.*

Toutefois, il ne faudra pas aussi ignorer le fait que l'arbitre peut être confronté à un cas de force majeure, qui pourrait le déresponsabiliser de toute faute contractuelle ou délictuelle.

Par ailleurs, la confidentialité de l'arbitre ne fait pas obstacle à sa responsabilité pénale, car pour des raisons de complicité, de fraude ou de corruption, il peut se voir pénalement responsable.

## **PARAGRAPHE II : La responsabilité pénale de l'arbitre**

La responsabilité pénale est toute obligation de répondre de ses actes délictueux en subissant une sanction pénale dans les conditions et selon les formes prescrites par la loi<sup>203</sup>.

Il s'agira donc de faire référence aux infractions commises dans le cadre des fonctions de l'arbitre **(A)** ainsi que la mise en œuvre de cette responsabilité de l'arbitre comme complice des parties **(B)**.

---

<sup>201</sup> Art. 4.1, al. 5 RA/CCJA.

<sup>202</sup> TGI, Paris, 9 décembre 1992, *Sté L'Oréal*, *Rev. Arb.* 1996. 483, 3<sup>e</sup> esp., obs. Ph. FOUCHARD, p. 325, spéc. n°11, 13, 35, 36 et 72 et s.; cite par Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n°941, p. 711 ; art. 1382 du code civil « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

<sup>203</sup> Lexique des termes juridiques, Dalloz, éd. 2013.

## **A : Les infractions commises dans le cadre des fonctions de l'arbitre**

Les arbitres mettent en jeu leur responsabilité pénale dans les conditions du droit commun. Ils sont soumis à toutes les infractions de droit commun et sont également visés par des infractions qui les concernent spécifiquement en raison de leur mission juridictionnelle<sup>204</sup>.

Ainsi, alors que la responsabilité civile de l'arbitre est atténuée, précisément en raison de cette mission juridictionnelle, sa responsabilité pénale ne fait paradoxalement l'objet d'aucune limitation. Cette différence de régime s'explique par le fait que les comportements visés par cette responsabilité pénale sont en principe d'une telle gravité, qu'ils ne peuvent rester impunis. De ce fait, il est à vérifier si l'atteinte à la confidentialité de l'arbitre est une faute pénale.

L'article 226-13 du code pénal français dispose que : « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». L'arbitre est détenteur d'informations confidentielles que les parties lui confient afin qu'il puisse trancher leur différend.

Il n'existe toutefois, aucune jurisprudence en ce sens. Le principe de confidentialité des arbitrages internes est prévu par le dernier alinéa de l'article 1464 du code de procédure civile<sup>205</sup>, qui n'est pas applicable à l'arbitrage international, pour lequel aucun texte ne met à la charge de l'arbitre une obligation de confidentialité. Or, l'article 226-13 du code pénal s'applique aux secrets reconnus légalement ou réglementaire<sup>206</sup>. Donc, les infractions qu'il institue ne devraient pas être appliquées qu'aux arbitres intervenant dans des arbitrages internes.

Également, la responsabilité pénale de l'arbitre peut être engagée sur la base de la violation du secret professionnel. Mais la question de savoir si l'arbitre est tenu par le secret professionnel. La jurisprudence reste muette sur cette question, de même que la doctrine.

---

<sup>204</sup> C'est également le cas des magistrats qui sont soumis aux infractions de droit commun et à des infractions spécifiques. Contrairement aux arbitres, les magistrats sont également visés par les infractions qui concernent les personnes dépositaires de l'autorité publique. Les magistrats sont, par exemples, visés par l'article 432-12 alinéa 1<sup>er</sup> du code pénal qui incrimine la prise illégale d'intérêt. La situation d'un arbitre qui conserverait ou prendrait un intérêt dans une entreprise concernée par l'arbitrage serait résolue par l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre et la possibilité pour les parties de demander la récusation ou de mettre en cause la validité de la sentence par le défaut d'indépendance ou d'impartialité.

<sup>205</sup> Art. 1464, al. 4 du code de procédure civile : « sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité ».

<sup>206</sup> Cass. Crim., 3 avril 2002, n°11-85.571.

Pourtant, certains auteurs l'ont étendu à l'arbitre. Selon DELVOLLE « ...le secret professionnel est ...garanti pénalement. On fera entrer sans peine dans son champ d'application, non seulement l'avocat des parties dans une affaire d'arbitrage, mais encore l'arbitre lui-même...par (sa) mission temporaire »<sup>207</sup>. L'arbitre est tenu au secret professionnel car, il est un « dépositaire » par sa « fonction » ou sa « mission » « temporaire »<sup>208</sup> arbitrale. L'arbitre étant un juge privé à qui les parties litigantes confient temporairement une mission de juger, doit respecter le secret professionnel.

La question de la responsabilité de l'arbitre et de son contraire, l'immunité est délicate et complexe en droit interne. L'immunité des arbitres ne peut être affirmée que par la loi. Or, cette immunité ne peut être accordée que par l'autorité publique dans un but d'intérêt général<sup>209</sup>. Et en présence d'une clause élisive de responsabilité, celle-ci serait inefficace en droit interne.

Toutefois, le droit pénal a vocation à s'appliquer à l'arbitre, que ce soit par l'action en corruption, l'escroquerie, recel, etc...

La responsabilité pénale de l'arbitre a été retenue dans l'affaire *B.E.L. Tronics* où l'arbitre a été condamné pour escroquerie, tentative d'escroquerie, faux en écriture privée et usage de faux. Ses deux complices ont été aussi condamnés à des peines de prison et d'amendes, et par suite ils ont été tous les trois solidairement condamnés à des dommages et intérêts civils à hauteur d'un million de francs<sup>210</sup>. Cette affaire relevait des faits peu banals, ce qui explique sans doute pourquoi ils ont intéressé la grande presse<sup>211</sup>. Pour résoudre un litige entre une société canadienne et une société française, un prétendu centre d'arbitrage, « le conseil national d'arbitrage », a constitué un tribunal arbitral dans lequel siégeaient trois arbitres. Ceux-ci rendirent une sentence qui condamna lourdement la société canadienne, et contre laquelle un recours en annulation fut formé, avant d'être rejeté par la cour d'appel de Bordeaux<sup>212</sup>. Mais une enquête de police a ensuite montré que le centre d'arbitrage était fictif, qu'il n'y avait eu aucune audience d'arbitrage, que les procès-verbaux étaient des faux, que

---

<sup>207</sup> J-L DELVOLLE, « Vraies et fausses confidences ou les petits et grands secrets de l'arbitrage », loc. cit. p. 378.

<sup>208</sup> V. Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n°92, p. 74, sur « la temporalité de la mission des arbitres ».

<sup>209</sup> Ph. FOUCHARD *et ali*, op. cit., p. 605.

<sup>210</sup> TGI Strasbourg, 7<sup>e</sup> ch. Correctionnelle, 6 mars 1990, *Sté de droit canadien B.E.L. Tronic's Int. C/ B. Ardouin, M. Viandier, M. Vignals et Sté Portex*, inédit ; cité par Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n°944, p. 714.

<sup>211</sup> *Liberation* 4 juill. 1988, p. 22, obs. J. FORTIER.

<sup>212</sup> Bordeaux 14 oct. 1987 (*Sté de droit canadien B.E.L. Tronic's Ltd c. Sté Portex*), rôle gén. 2916/87 et 2917/87, inédit.

l'arbitre unique était également président du centre d'arbitrage, et qu'il avait agi en complicité avec le dirigeant de la société française bénéficiaire de la sentence.

Plus récemment, l'on peut citer l'arbitrage intervenu entre l'Etat français (le crédit Lyonnais) et Bernard TAPIE, à l'issue duquel un juge arbitre est mis en examen pour escroquerie en bande organisée, alors que les deux autres juges arbitres sont placés sous le statut de témoin assisté, statut intermédiaire entre celui de simple témoin et de mis en examen et leur permettant tout de même d'avoir accès au dossier<sup>213</sup>. Il ne s'agit que d'une étape supplémentaire dans cette procédure où, l'arbitre Pierre ESTOUP avait déjà été mis en cause pour faux et usage de faux dans sa déclaration d'indépendance, déclaration dans laquelle il aurait menti par omission au sujet de ses liens avec les parties à l'arbitrage, notamment Bernard TAPIE et son conseil Maurice LANTOURNE<sup>214</sup>. Cependant, l'issue de cette affaire est encore inconnue.

Il peut également exister d'autres hypothèses où l'arbitre, sans être coupable de délits, peut être confronté à des actes pénalement répréhensibles.

## **B : La mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'arbitre vue comme complice des parties**

L'arbitre qui permet à une opération défectueuse de bénéficier d'un acte doté de l'autorité de la chose jugée<sup>215</sup>, serait complice de l'infraction. Sa responsabilité pénale peut être recherchée, car il ne bénéficie pas des protections inhérentes à sa fonction juridictionnelle, puisque l'infraction est sans rapport avec elle<sup>216</sup>.

A cet effet, un auteur a considéré que l'arbitre n'avait pas à se livrer à des investigations sur la licéité d'un contrat litigieux même lorsqu'elle n'apparaît pas invraisemblable<sup>217</sup>. Un autre pense au contraire que l'arbitre doit prendre garde « à ne pas se

---

<sup>213</sup> Article de presse publié dans journal français Le Monde du 10 avril 2014, lettre d'information du 11 avril 2014, info@ohada.com.

<sup>214</sup> Article de presse publié dans le journal français Le Monde, du 4 novembre 2013, « Les juges et le simulacre de l'arbitrage TAPIE » de G. DAVET et F. LHOMME, in lettre d'information du 15 novembre 2013, info@ohada.com.

<sup>215</sup> Les sentences arbitrales ont pour force autorité de la chose jugée, ce qui veut dire que cette sentence ne peut y avoir d'autre voie de recours.

<sup>216</sup> Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n°944, p. 714.

<sup>217</sup> G. VEDEL : « L'arbitre et la corruption », colloque de l'AFA, 27 sept. 1995, *publications de l'AFA*, spéc. p. 32-36.

rendre complice d'une infraction, lorsque la convention illicite a un objet délictueux. De plus, indépendamment du souci d'efficacité de la sentence, l'arbitre doit veiller, dans l'appréciation de sa compétence, à respecter l'autorité du législateur qui édicte une prohibition en vue de la défense des intérêts généraux »<sup>218</sup>. Le même auteur énonce que l'arbitre devra se déclarer incompétent face à un contrat illicite<sup>219</sup>. Cette seconde opinion paraît plus en rapport avec la mission de juge de l'arbitre, il semble que l'arbitre qui permettrait à une opération délictueuse de bénéficier d'un acte doté de l'autorité de la chose jugée serait complice de l'infraction.

La procédure d'arbitrage, qui aboutit généralement à la condamnation d'une partie à verser une somme d'argent à une autre pourrait être utilisée par les parties peu scrupuleuses pour blanchir de l'argent d'origine criminelle ou commettre le délit de fraude fiscale. Les procédés envisageables sont multiples et peuvent consister en la création artificielle d'un litige pour justifier un transfert d'argent illicite. Les parties peuvent également modifier les caractéristiques d'un litige existant pour bénéficier de façon induue d'un traitement fiscal plus favorable.

Les parties pourraient conclure une transaction et demander au tribunal arbitral de constater leur accord dans une sentence d'accord-parties. Une telle sentence, qui se résume à une constatation et qui ne tranche pas le litige, ne revêt pas la qualité d'acte juridictionnel<sup>220</sup>. La signature de cette sentence par un arbitre en connaissance de cause pourrait caractériser l'infraction de blanchiment ou de complicité de l'infraction commise par les parties. C'est pourquoi le règlement d'arbitrage CCI de 1998 modifié en 2011, pour permettre aux arbitres de refuser de rendre une sentence d'accord-parties. L'article 26 du règlement de 1998 prévoyait que : « *si les parties se mettent d'accord alors que le tribunal arbitral est saisi du dossier dans les termes de l'article 13, le fait peut, à la demande des parties et avec l'accord du tribunal, être constaté par une sentence rendue d'accord parties* », le nouvel article 32 du règlement prévoit désormais que : « *si les parties se mettent d'accord pour régler leur différend à l'amiable alors que le tribunal arbitral a été saisi du dossier conformément à l'article 16, ce règlement à l'amiable peut, à la demande des parties et avec l'accord du tribunal arbitral, peut constater par une sentence d'accord parties* ».

---

<sup>218</sup> P. MEYER : « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », Rec. Cours *la Haye* 1989.v.319, spéc. n° 40, note 66.

<sup>219</sup> P. MEYER : « Le contrat illicite », in « L'arbitre et le contrat », Travaux du comité français de l'arbitrage, Paris, 12 jan. 1984, *Rev. Arb.* 1984.205, spéc. p. 206 et 216-217.

<sup>220</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., nov. 2012, n°11-24.238.

Le contrat en lui-même peut aussi constituer une infraction, dans la mesure où il dissimule un pacte de corruption. Alors, l'arbitre dont la décision donnerait effet à ce contrat pourrait le rendre complice par fourniture d'aide ou d'assistance.

Ceci étant, l'arbitre qui doit trancher la cause des parties, pourrait se voir complice des faits illicites causés par les parties. Or, le contrat qui lie les parties à l'arbitre pourrait tomber sous le coup de la loi pénale, sous prétexte de la recherche d'informations explicites quant aux affaires des parties. L'arbitre tenu par la confidentialité de la procédure arbitrale, ne doit en principe enfreindre à cette règle. Mais, aux vues des circonstances pouvant l'entraîner comme complice, il est dans l'obligation de briser le principe de confidentialité et être transparent.

Il n'y a pas que la sanction judiciaire au quelle l'arbitre est exposée, mais aussi il peut être confronté à des sanctions extrajudiciaires.

## **SECTION II : La sanction extrajudiciaire de l'arbitre**

L'arbitre peut engager sa responsabilité extrajudiciaire qui est la sanction administrative. Il s'agit entre autres des sanctions disciplinaires et institutionnelles.

Le régime des sanctions attachées au non-respect de règles disciplinaires est autonome, « tant en ce qui concerne les instances compétentes et la procédure que la définition des infractions et la nature des peines »<sup>221</sup>. La discipline est donc avant tout une affaire de comportement.

Les règles disciplinaires ne sont pas des règles aussi strictes et précises que peuvent l'être des lois ou des décrets, elles appartiennent à des zones de frontière entre le droit et non droit si bien décrites par le doyen Carbonnier. La justice arbitrale, parce qu'elle n'est pas un simple clone privé de la justice étatique, se développe elle aussi dans une certaine souplesse, au gré des spécificités des affaires qui lui sont soumises.

Cette sanction est d'une part disciplinaire **(A)** et d'autre part institutionnelle **(B)**.

---

<sup>221</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, article « discipline », p. 313.

## **PARAGRAPHE I : La sanction disciplinaire de l'arbitre**

La discipline est à la fois la règle de conduite imposée à soi-même, la règle imposée par une autorité dont on dépend, et l'aptitude d'un individu à obéir à ces règles<sup>222</sup>. Contrairement aux responsabilités éthique ou déontologique qui sont rattachées à la morale, la responsabilité disciplinaire est généralement classée parmi les responsabilités juridiques, aux côtés des responsabilités civile et pénale<sup>223</sup>.

Cette sanction disciplinaire prend en compte la révocation de l'arbitre (**A**) et la récusation de l'arbitre (**B**).

### **A : La révocation de l'arbitre**

La révocation de l'arbitre n'a pas été traitée en droit OHADA. Elle est alors souvent renvoyée aux conditions de récusation de l'arbitre. Ainsi, tandis que la récusation est l'acte unilatéral de l'une des parties au litige, la révocation est quant à elle un acte conjoint des deux parties. C'est dire que pour parvenir à la révocation d'un arbitre, il faut que les parties le souhaitent conjointement.

Sous cet angle l'article 1458 du nouveau code de procédure civile français énonce que, la révocation suppose l'accord des deux parties, mais ne précise pas les raisons qui peuvent la justifier. L'existence même du contrat liant les parties à l'arbitre interdit qu'elle soit discrétionnaire. Elle ne peut être légitime que si l'arbitre a manqué à ses obligations. Elle est en réalité la résiliation pour inexécution du contrat liant les parties à l'arbitre. La loi type de la CNUDCI le dit expressément en prévoyant que la révocation est la sanction « de la carence » de l'arbitre<sup>224</sup>.

Cette règle présente l'avantage de rendre la révocation de l'arbitre plus difficile à obtenir car elle nécessite l'accord des deux parties. Cela permet d'éviter la révocation intempestive. La révocation de l'arbitre ne doit en effet se produire que lorsque certaines

---

<sup>222</sup> Rapport du club des juristes, « La responsabilité de l'arbitre », commission ad hoc 2017, p. 63.

<sup>223</sup> P. B. LEBRUN, « La responsabilité », *Empan*, 3/2015, n°99, pp. 105-109.

<sup>224</sup> Art. 14 de la loi type de la CNUDCI, cité par E. LOQUIN, « *L'arbitrage du commerce international* », Op. cit., p. 207.

circonstances le justifient, de telle sorte que les parties consentent à l'unanimité qu'elles ne sauraient laisser l'arbitre aller jusqu'au terme de ses missions.

L'inconvénient de cette règle réside cependant dans le fait que les parties peuvent révoquer un arbitre sans qu'il n'existe aucun grief contre lui dans la mesure où il suffit que les parties soient d'accord conjointement pour révoquer l'arbitre. Puisque les missions que remplit l'arbitre ne le sont que dans le seul intérêt des parties, cela explique pourquoi rien ne pourrait les contraindre à rester contractuellement liées avec un juge dont elles ne veulent plus.

En matière d'arbitrage de droit commun, l'acte uniforme prévoit que l'arbitre peut être révoqué ou remplacé conformément à la convention des parties<sup>225</sup>. Il est donc impératif de statuer expressément sur ces points dans les conventions ou les règlements d'arbitrage et de préciser les causes et les modalités de révocation et de remplacement des arbitres pour éviter toutes difficultés ultérieures. Il convient de souligner que la CCJA dispose d'un pouvoir d'auto-saisine en ce qui concerne la révocation de l'arbitre et son remplacement<sup>226</sup>. Elle tient ce pouvoir à la fois du Traité OHADA<sup>227</sup> et du règlement d'arbitrage<sup>228</sup>.

La révocation d'un arbitre est donc une sanction pouvant être brandie par les parties ou les autorités ayant ce pouvoir pour s'assurer de la bonne foi des arbitres.

La sanction disciplinaire se traduit aussi dans certains cas par la récusation de l'arbitre en cas de défaillance dans son obligation de confidentialité.

---

<sup>225</sup> Art. 5 de l'AU/DA.

<sup>226</sup> M. DIAKITE, *L'arbitrage institutionnel Ohada, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique*, Thèse en Droit privé et sciences criminelles, université de TOULOUSE, 5 décembre 2016, p. 305.

<sup>227</sup> Le traité établit un pouvoir d'auto-saisine de la CCJA qui assoit son rôle de gardienne de la régularité administrative des procédures arbitrales en cours. La CCJA semble investie d'un droit de demander, à tout instant de la procédure, des observations à l'arbitre sur la conduite de celle-ci, elle constate un manquement aux règles établies dans le traité et le règlement, compris de façon subjective comme le non-respect des délais impartis à la procédure arbitrale.

<sup>228</sup> Le règlement d'arbitrage de la CCJA va plus loin dans le pouvoir d'auto-saisine de la CCJA, puisqu'il ajoute aux éléments figurant dans le traité, la possibilité pour elle de constater qu'un arbitre est empêché d'accomplir sa mission. Ceci induit de façon encore plus claire la fonction de supervision permanente de la CCJA sur le déroulement de l'instance arbitrale.

## **B : La récusation de l'arbitre**

La récusation en droit de l'arbitrage est une procédure par laquelle une partie demande que tel arbitre s'abstienne d'être membre du tribunal arbitral parce qu'il a des raisons de suspecter sa partialité ; et cela en vertu de situations ou de circonstances de nature à jeter un doute sur son indépendance. L'abstention également est une possibilité qu'offre le droit à l'arbitre de se retirer de la procédure lorsque des circonstances semblent affectées son indépendance ou son impartialité. En droit OHADA, c'est l'article 7, alinéa 2 qui en parle<sup>229</sup>.

La procédure de récusation relève d'abord de la volonté des parties. S'agissant d'un arbitrage ad hoc, il est rare que les parties aient envisagé une procédure de récusation. Par contre, dans l'arbitrage institutionnel, les règlements d'arbitrage organisent souvent de manière minutieuse une procédure interne d'examen de la récusation.

Tel est le cas dans l'arbitrage institutionnel de la CCJA qui permet aux parties de solliciter auprès de la cour la récusation d'un arbitre. L'article 4.2 du règlement de la CCJA précise que la demande de récusation pourra être fondée sur une « allégation de défaut d'indépendance ou sur tout autre motif ». La récusation de l'arbitre pourra ainsi, résulter d'un défaut d'indépendance de l'arbitre. Elle pourra également se fonder sur tout motif, tel qu'un défaut d'impartialité, de confidentialité ou le manquement de l'arbitre aux devoirs et obligations résultant du règlement CCJA.

La récusation est aussi permise lorsque l'arbitre n'a pas exécuté son obligation de révélation et que les faits mettant en doute ses qualités et sont démasqués durant le procès. En principe, la procédure de récusation ne suspend pas l'instance arbitrale. Les arbitres peuvent continuer à administrer l'instance jusqu'à ce que la décision du juge tombe. Les actes accomplis durant cette période restent légaux et valables<sup>230</sup>. Cependant, pour éviter que la sentence soit annulée parce que rendue par un arbitre récusé les parties peuvent prévoir directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, que l'instance arbitrale soit suspendue. Cette suspension entraînera une suspension du délai également.

---

<sup>229</sup> Article 7 alinéa 5 de l'AUA.

<sup>230</sup> Paris, 12 novembre 1998, *Rev. Arb.* 1999, p. 374, note Ch. JARROSSON.

Comme dans la plupart des arbitrages institutionnels<sup>231</sup>, le règlement de la CCJA donne compétence à l'institution chargée d'administrer la procédure et plus précisément à la cour pour statuer sur les demandes de récusation. Le règlement pose ainsi le principe d'une compétence exclusive de la cour pour statuer sur les demandes de récusation formées à l'encontre de l'un des arbitres ; la compétence de la cour fait notamment échec à ce qu'un tribunal arbitral, constitué sous l'égide de la CCJA, puisse statuer sur la demande de récusation introduite à l'encontre de l'un de ses membres<sup>232</sup>.

C'est ainsi que dans l'affaire *M. Leopold Ekwa et autres c/ société Nationale d'hydrocarbures*<sup>233</sup> la cour a eu l'occasion de rappeler cette règle dans le cadre d'un recours en contestation de validité contre une sentence rendue. La cour a alors rappelé « *qu'en application de l'article 4 du règlement d'arbitrage de la CCJA, régissant les arbitrages institutionnels sous l'égide de ladite cour, la décision de confirmation de récusation ou de remplacement d'un arbitre incombe à la cour (...); qu'il y a lieu dès lors de dire que ne viole pas ledit Règlement d'arbitrage, le tribunal arbitral, constitué sous l'égide de la CCJA, qui s'est déclaré incompétent pour apprécier une décision de récusation d'un arbitre et qui s'est contenté de prendre acte de la décision de confirmation dudit arbitre par la cour* ».

Sur la base de ces observations, la cour sera appelée à se prononcer sur la demande de récusation. La décision de la cour portera tout d'abord sur la recevabilité de la demande. La demande de récusation formée hors des délais prévus par le règlement CCJA pourra ainsi être déclarée irrecevable. Dans un second temps, et s'il y a lieu, la cour sera amenée à statuer sur le bien-fondé de la demande. En pratique, la cour ne statuera pas en formation plénière ; la demande de récusation sera porter devant l'une des deux formations restreintes en charge de l'examen des dossiers d'arbitrage, en application de l'ordonnance n° 163/2018 du 2 juillet 2018<sup>234</sup>.

La cour pourra rejeter la demande de récusation ou l'accepter. En toutes hypothèses, le règlement CCJA rappelle que la décision prise par la cour statuant sur une demande de récusation ne peut faire l'objet d'un recours<sup>235</sup> ; la décision de la cour constitue en effet une décision administrative et n'est pas soumise à une exigence de motivation. Toutefois, depuis

---

<sup>231</sup> Regl. CCJA, art. 15.1.

<sup>232</sup> Th. LAURIOL, E. A. ASSIEHUE, C. du PAC de MARSOULIES, E. RAYNAUD, préface de F. D. MELE, *Droits africains, le règlement d'arbitrage CCJA*, commentaire article par article, LexisNexis, p. 61.

<sup>233</sup> CCJA, 15 oct. 2015, n° 102/2015, *M. Leopold EKWA NGALLE, Mme Helene NJONJO NGALLE, SA international Business corporation SA c/ Sté Nationale d'hydrocarbures*, citation 3-16-95.

<sup>234</sup> V. *infra*, annexe 13.

<sup>235</sup> Regl. CCJA, art. 4.6.

la réforme de 2017, les parties à la procédure pourront solliciter, à l'avance, que les motifs de la décision de la cour leur soient communiqués<sup>236</sup>.

En cas de litige, et si les parties n'ont pas réglé la procédure de récusation, le juge d'appui statue sur la récusation.

Dans l'hypothèse où la demande de récusation est acceptée par la cour, celle-ci procédera à la désignation d'un nouvel arbitre selon la procédure décrite à l'article 3.3 du règlement CCJA.

La CACI également admet des sanctions disciplinaires. Ces sanctions s'appliqueront à l'arbitre dès lors que « sa responsabilité sera recherchée »<sup>237</sup>, cette expression qui est différente de « sa responsabilité sera engagée », est démontrée par la CACI qu'il faudra savoir d'abord de quelle responsabilité il s'agit avant d'appliquer une sanction qui correspond à la faute de l'arbitre.

## **PARAGRAPHE II : La sanction institutionnelle de l'arbitre**

Le comportement de l'arbitre n'échappe pas à tout contrôle. Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, supervisé par un centre d'arbitrage préconstitué. L'arbitre est lié à l'institution par un ensemble d'obligations de nature contractuelle, que ces obligations résultent, selon la doctrine, d'un contrat dit de « collaboration arbitrale » ou d'un contrat sui generis.

Le non-respect d'obligations mises à sa charge par ce contrat est susceptible d'engager sa sanction contractuelle **(A)** mais aussi, l'annulation de la sentence rendue **(B)**.

---

<sup>236</sup> Regl. CCJA, art. 1.1, v. supra, n° 10, commentaire de l'article 1.1 du Regl. CCJA.

<sup>237</sup> Sur les mots de KEITA Makan, assistant juridique et administratif de la CACI.

## **A : La sanction contractuelle**

En acceptant sa mission, l'arbitre se soumet aux obligations énoncées de manière expresse ou implicite dans un ensemble de documents contractuels. La variété des documents régissant la mission de l'arbitre peut rendre délicate l'identification de ses obligations. Le règlement d'arbitrage de l'institution met à la charge de l'arbitre un certain nombre d'obligation : conduire la procédure de manière impartiale, dans les délais impartis, rendre une sentence, ne pas déroger par une convention particulière avec les parties au barème de rémunération de l'institution, observer la confidentialité de la procédure arbitrale, etc... l'étendue de ces obligations varient selon les institutions. C'est pourquoi, il faudra souvent étudier d'autres documents de l'institution tels que son règlement interne, les brochures promotionnelles, les guides et les lignes directrices, les notes, un code ou des principes d'éthique, les documents modèles pour déterminer si tel comportement est imposé, préconisé, admis, toléré, ou prohibé<sup>238</sup>.

Tout règlement d'arbitrage doit prévoir les modalités de contrôle des engagements contractuels de l'arbitre. Dans un arbitrage institutionnel, il revient à l'institution de mettre en œuvre les sanctions édictées par le règlement.

La sanction peut consister en une mesure à caractère financier ou en la perte de la qualité d'arbitre.

En matière financière, l'institution dispose de deux moyens pour veiller au respect des obligations par l'arbitre. Elle peut imposer à l'arbitre une diminution de ses honoraires ou l'en priver totalement. Pour ce faire, l'institution doit faire connaître publiquement les sanctions prévues en cas de manquement, pour éviter que l'arbitre ne prétende ne pas connaître ces sanctions.

Les manquements de l'arbitre à ses obligations sont considérés par les parties et l'institution comme étant les plus graves, peuvent conduire à la destitution de l'arbitre. Cette gravité peut relever du secret professionnel, la divulgation de certaines informations confidentielles par l'arbitre. La mise en œuvre de la procédure de destitution n'aboutit pas immédiatement à la perte de la qualité d'arbitre. L'initiative de la procédure peut émaner des

---

<sup>238</sup> Parmi les documents de type « ligne directrice », on peut citer les lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, émises pour la première fois en 2004 et dont la version anglaise a fait l'objet d'une mise à jour en 2014.

parties s'accordant sur la révocation de l'arbitre. Elle peut également venir d'une partie et aussi de l'institution.

L'institution d'arbitrage peut refuser d'entrer dans une relation contractuelle avec un arbitre. L'institution ne nommerait pas l'arbitre pressenti ou refuserait de le confirmer lorsqu'il a été proposé par une ou plusieurs parties. Ce refus de contracter pourrait s'expliquer par la fourniture d'informations insuffisantes par l'arbitre mettant l'institution dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations envers les parties. Une telle situation pourrait se rencontrer si un arbitre refusait de se soumettre à l'obligation de révélation permettant de vérifier son indépendance, mais aussi, l'institution ne pourrait pas prendre le risque de prendre un arbitre indiscret.

L'institution peut aussi exercer une police de comportement en retirant de sa liste d'arbitres, lorsqu'il y en a une, les individus qui n'ont pas donné de satisfaction en les inscrivant sur une liste noire réelle ou virtuelle.

Cependant, il n'y a pas que la sanction contractuelle mais aussi l'annulation de la sentence rendue par l'arbitre qui aurait failli à l'une de ses obligations.

.

## **B : L'annulation de la sentence**

La question à analyser est celle de savoir si le manquement à l'obligation de confidentialité de l'arbitre pouvait annuler la sentence qu'il a rendue ?

L'article 26 de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage énumère les conditions d'annulation d'une sentence arbitrale en ces termes : « *le recours en annulation n'est recevable que : a) que si le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ; b) si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ; c) si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée ; d) si le principe du contradictoire n'a pas été respecté ; e) si la sentence arbitrale est contraire à l'ordre public international ; f) si la sentence arbitrale est dépourvue de toute motivation* ».

Si une sentence doit être annulée, c'est seulement dans ces six conditions. Alors qu'il faudra savoir si l'arbitre qui n'a pas respecté son obligation de confidentialité, pourra donner lieu à l'annulation de la sentence comme une sanction pour l'arbitre.

Au regard de la troisième hypothèse selon laquelle le tribunal arbitral aurait statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée. L'arbitre est amené à exercer ses missions, conférées par le règlement de la CCJA lorsque les parties le désignent. Si l'on considère la confidentialité comme l'une des missions de l'arbitre, alors, cela dit que dès lors qu'il aura violé cette règle, la sentence rendue pourra être annulée si les parties considèrent qu'elles ont subi un préjudice par la faute de l'arbitre n'ayant pas gardé le secret de la sentence.

En principe la sentence ne peut être annulée qu'avec les conditions susmentionnées par l'acte uniforme, mais avec les hypothèses, il y a une possibilité que la sentence rendue par l'arbitre indiscret puisse être annulée.

Ainsi, l'arbitre qui perd ses qualités juridictionnelles, perd dans le même élan son pouvoir de dire le droit. La sentence qui serait rendue par un arbitre, qui manifestement n'est pas indépendant ou impartial court le risque d'être annulée lors de son contrôle par le juge de l'annulation<sup>239</sup>. Le recours en annulation permet aux parties de se rattraper lorsqu'elles n'ont pas exercé leur droit de récusation<sup>240</sup>. L'annulation de sentence peut être aussi causée par le défaut de révélation de l'arbitre<sup>241</sup>.

L'annulation de la sentence est le moyen le plus sûr d'éviter qu'une sentence rendue par un arbitre ayant violé l'obligation de confidentialité ait un quelconque effet. Il reste que l'annulation d'une sentence constitue toujours un échec car, elle intervient alors que l'instance arbitrale est allée à son terme.

L'étude de la jurisprudence française montre que les tribunaux ont procédé à des annulations de sentences rendues par un arbitre non indépendant et indiscret. D'un point de vue quantitatif, on relève que les annulations ont surtout été prononcées depuis le milieu des années soixante, avec une augmentation sensible dans les années quatre-vingt-dix. La dernière datant du 30 novembre 1999<sup>242</sup>. Cependant, force est de constater que le nombre de sentences annulées pour défaut d'indépendance en France depuis la révolution est dérisoire puisque, toutes juridictions confondues, on ne dénombre parmi les décisions publiées que dix-sept annulations de sentences<sup>243</sup>.

---

<sup>239</sup> Paris, 7 février 2008, *Rev. Arb.* 2008, p. 501, note J. B. RACINE.

<sup>240</sup> Com. 25 mars 1999, *Bull. civ.*, II, n°56.

<sup>241</sup> Civ. 1<sup>er</sup>, 4 novembre 2010, *cah. Arb.* 2010, p. 1147.

<sup>242</sup> Paris 30 nov. 1999 (D. Marteau), *Rev. Arb.* 2000.299 (2<sup>e</sup> esp.), note Ph. Grandjean ; *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> – 2 déc. 2000, p. 54.

<sup>243</sup> Colmar 11 juill. 1811, *jur. Gén.*, v arbitrage-arbitre, n° 347 ad notam ; *cass. Com.*, 16 juill. 1964 (sté Georges), *Bull. Civ.* III, n° 375 ; *Rev. arb.* 1964.125 ; *Gaz. Pal.* 1964.2.371 ; TGI Paris 30 avr. 1969 (Ury), *Rev.*

Toutefois, la lecture des décisions annulant les sentences suscite un motif de préoccupation. On ne peut s'empêcher de constater un grand désordre dans les moyens d'annulation des sentences, alors que leur défaut est toujours le même : celui d'avoir été rendues par les arbitres non indépendants.

A côté de cette sanction disciplinaire, nous avons une sanction qui lui est proche : la responsabilité institutionnelle.

Les sanctions de l'arbitre sont atténuées par certaines mesures adoptées par les institutions arbitrales.

---

*Arb.* 1969.36 ; *Gaz. Pal.* 1969.1.299 ; et sur appel : Paris 8 mai 1970, *Rev. Arb.* 1970.80, conc. Av. gén. L. GRANJON ; D. 1970.635, note J. ROBERT ; JCP 1970.II.16.437, note P. LEVEL. ; RTD civ. 1971.130, obs. Y. LOUSSOUARN ; RTD com. 1970.688, obs. A. JAUFFRET ; *Gaz. Pal.* 1970.1.360, et la note ; et sur le pourvoi, rejeté : cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 avr. 1972, Bull. civ. II, n° 91 ; *Rev. Arb.* 1975.235 notes E. LOQUIN ; D. 1973.2, note J. ROBERT ; JCP 1972.17189, note P. LEVEL ; *Gaz. Pal.* 1972.2.753 ; RTD civ. 1973.769, obs. Y. LOUSSOUARN ; cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 fev. 1974 (FACO), Bull. civ. II, n° 68 ; *Rev. arb.* 1975.238 ; D. 1974.IR.109 ; JCP 1974.IV.123.

## CHAPITRE II : LE TEMPERAMENT AUX SANCTIONS DE L'ARBITRE

La propension des parties à mettre en cause la responsabilité de l'arbitre est le pendant du caractère limité des cas d'ouverture des voies de recours contre la sentence arbitrale, et justifie d'ailleurs l'idée de rejet d'une immunité absolue de l'arbitre dans l'exercice de sa mission<sup>244</sup>. Pourtant, l'absence de toute limitation de responsabilité personnelle de l'arbitre aura pour conséquence de limiter l'engouement des personnes privées à accepter la mission d'arbitre, à une époque où l'expansion continue du commerce international et celle des litiges qu'il suscite inévitablement, font grandir le besoin d'arbitre qualifié<sup>245</sup>.

En effet, les sanctions de l'arbitre sont confortées par des immunités et privilèges qui lui sont reconnus. Ce qui traduit l'idée d'atténuation de ses responsabilités à l'égard de la loi. Alors, comment peut-on comprendre que certains de ces arbitres sont dépourvus de cette protection tandis que d'autres en profitent ? Cette question a certainement des réponses qui nous permettront de mieux comprendre cette complexité que révèle cette immunité.

Toutefois, cette immunité octroyée aux arbitres en cas de sanction (**section I**) fait office de discrimination entre ceux-ci (**section II**) dans l'espace OHADA.

### SECTION I : L'immunité des arbitres en cas de sanction

L'immunité est définie comme « le droit de ne pas être soumis à la loi commune »<sup>246</sup>. C'est un privilège ou un super privilège qui permettent à des institutions politiques, administratives, judiciaires et arbitrales de ne pas être soumis à la loi commune. Il en est ainsi du traité de l'OHADA, qui a instauré l'immunité des juges et des arbitres<sup>247</sup>.

Bien que des dispositions sur la base desquelles les juridictions des Etats membres de l'OHADA peuvent restreindre les immunités étatiques, les juridictions nationales et la CCJA appliquent restrictivement et rigidement les immunités étatiques.

---

<sup>244</sup> P. LALIVE, « Sur l'irresponsabilité arbitrale », in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J-F. POUDRET*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, pp. 419-435, document sous format PDF, [www.google.fr](http://www.google.fr), p. 16.

<sup>245</sup> P. LALIVE, « Sur l'irresponsabilité arbitrale », op. cit., p. 15.

<sup>246</sup> Larousse, 2015, p. 408.

<sup>247</sup> Art. 49 du traité modifié en 2008.

A cet effet, il faudrait analyser le fondement de l'immunité de l'arbitre (**paragraphe I**) et ses caractères (**paragraphe II**).

## **PARAGRAPHE I : Le fondement de l'immunité des arbitres dans l'espace OHADA**

Il n'existe toujours pas à l'heure actuelle une réponse uniforme en ce qui concerne la justification de l'immunité de l'arbitre. Cependant il existe deux principales sources de réponse, il s'agit d'une étude approfondie parue en 1990, qui a examiné l'immunité de l'arbitre dans 13 pays ; et les travaux de la chambre de commerce internationale sur le statut de l'arbitre, dont seule une synthèse a été publiée<sup>248</sup>.

Deux enseignements sont tirés, il existe d'une part l'immunité de l'arbitre du fait de sa fonction juridictionnelle (**A**) et d'autre part le domaine de son application (**B**).

### **A : L'immunité fondée sur la fonction juridictionnelle de l'arbitre**

Parce qu'il a une mission juridictionnelle, le juge étatique est protégé contre les actions que les parties voudraient intenter contre lui, sans quoi, comme l'a dit un magistrat, il pourrait être victime de manœuvres de chantage et d'intimidation qui risqueraient de tétaniser l'action judiciaire<sup>249</sup>.

En droit français, le juge judiciaire bénéficie d'une immunité de principe du fait de sa mission juridictionnelle ainsi que les juges africains. Partant de là, l'arbitre qui est assimilé au juge du fait, qu'il exerce lui aussi une mission juridictionnelle, est de même bénéficiaire de l'immunité. En effet, l'immunité de l'arbitre lors de sa mission juridictionnelle reste quasi absolue. L'arbitre ayant une mission de même nature que celle du juge étatique, il est légitime qu'il soit lui aussi protégé contre les actions que les parties voudraient intenter contre lui. Le fondement de cette immunité est donc bien la nature juridictionnelle de la mission exercée.

Par ailleurs, la comparution d'un arbitre en tant que témoin devant une juridiction étatique, en vue de discuter du processus arbitral, n'est pas un sujet qui a suscité beaucoup

---

<sup>248</sup> Bull. CIA de la CCI, volumen 7, n°1, 1996.

<sup>249</sup> M. EZRATTY, « L'interview du mois », Dr. et Patrim., avr. 1996, p. 14, spéc. p. 18. Marie-Anne, Frison - Roche a récemment parlé à ce propos d'« effet pervers » de la responsabilité civile des magistrats.

d'écrits. En effet, la question de savoir si un arbitre peut être appelé à témoigner devant le tribunal en charge de l'annulation ou de l'exequatur de la sentence implique une contestation de l'immunité accordée aux arbitres exerçant leur mission juridictionnelle. Ce principe permet aux arbitres d'exercer leur mission en toute indépendance et de préserver la confidentialité du processus arbitral. Après le prononcé de la sentence, l'arbitre peut être confronté à la rancœur de la partie perdante et cette dernière tentant de mettre à mal l'exequatur de la sentence, peut user de certaines stratégies pour en retarder l'application. L'arbitre ne doit pas se trouver à la merci d'une partie mécontente. L'intégrité et le bon fonctionnement de la justice privée en dépend. De même, cette intrusion étatique dans le processus arbitral ne devrait être possible que dans des cas très précis et limités. Or, très peu de textes viennent éclairer ce dilemme et la majorité des lois étatiques tout comme les règlements arbitraux et même la loi type CNUDCI sont silencieux à ce sujet.

Ce que l'on entend par immunité de l'arbitre mérite d'être précis. Ce principe découle de l'immunité juridictionnelle accordée aux juges.

Cependant, les parties peuvent formuler devant l'arbitre de nouvelles demandes reconventionnelles ou non, à condition que ces demandes restent dans les limites fixées par l'acte de mission visé à l'article 19 ou qu'elles fassent l'objet d'un addendum<sup>250</sup> à ce document qui sera signé par les parties et communiqué<sup>251</sup>.

Il arrive souvent que la partie qui s'oppose à ce que ces nouvelles demandes soient soumises à l'arbitrage ait juridiquement de bonnes raisons de le faire. Il est alors probable qu'elles acceptent d'étendre le pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral quelles que soient les pressions dont elle peut faire l'objet.

Les règles de procédure qui donnent explicitement à un tribunal arbitral le pouvoir de se prononcer sur son propre pouvoir juridictionnel, telles que celles qui figurent dans le règlement d'arbitrage de la CNUDCI mentionné supra, poursuivent un but utile. Elles font apparaître clairement que les parties à l'arbitrage se sont mises d'accord pour que le tribunal arbitral ait les pouvoirs conférés par ces règles.

---

<sup>250</sup> Note additionnelle.

<sup>251</sup> Règlement de la CCI, art. 16. Il peut se poser certains problèmes lorsque de nouvelles demandes sont introduites avant que l'acte de mission n'ait été rédigé. Il paraît cependant évident que, dans ce genre de circonstances, l'acte de mission doit être rédigé sur la base des demandes originelles ; c'est seulement après que le tribunal arbitral peut décider valablement si les nouvelles demandes restent ou non dans les limites fixées par l'acte de mission, cité par A. REDFERN, M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, 2<sup>e</sup> édition, p. 222.

L'immunité de l'arbitre s'applique forcément dans un domaine bien précis.

## **B : Le domaine de l'immunité**

Il a été vu que l'immunité de l'arbitre procédait de la spécificité de sa mission juridictionnelle, il est alors légitime que cette immunité ne s'attache qu'à ce qui rend cette mission spécifique, c'est-à-dire l'acte de juger. En d'autres termes, l'immunité de l'arbitre ne porte que sur l'essence de sa fonction juridictionnelle, c'est-à-dire la justesse du jugement rendu. Il convient en effet, d'adopter une conception restrictive de l'immunité et de ne pas l'étendre au-delà de ce qui la justifie. C'est uniquement contre les actions fondées sur un éventuel mal jugé de sa décision que l'arbitre est protégé.

Il est d'ailleurs impossible d'envisager un système sans immunité sous peine de porter atteinte à l'arbitrage. Si l'arbitre n'en bénéficiait pas pour ce qu'il décide, cela signifierait que le juge étatique qui aurait à statuer sur la responsabilité de l'arbitre du fait d'une décision, devrait se prononcer sur le bien ou mal jugé pour savoir si la responsabilité est engagée. Autrement dit, il ne pourrait pas éviter de réexaminer le fond du litige pour savoir si l'arbitre l'a bien jugé. Cela reviendrait à permettre au juge étatique de contrôler la décision de l'arbitre, ce qui est précisément ce que veulent éviter les parties qui choisissent de faire trancher leur litige par voie de l'arbitrage. On sait bien que la liberté de jugement de l'arbitre est une condition de son existence. Non seulement l'arbitre bénéficie de l'immunité pour ce qui relève de l'essence de sa fonction juridictionnelle, mais aussi en réalité, il n'est pas possible qu'il en soit autrement.

Cela explique aussi l'enjeu de l'interprétation qu'il faut donner au texte<sup>252</sup>. En autorisant des recours pour non-conformité de l'arbitre à sa mission, laisse-t-on pas la porte ouverte aux recours pour mal jugé ? Autrement dit, la mission de l'arbitre n'est-elle pas forcément non respectée s'il commet un mal jugé ?

Certains auteurs avaient vu le danger dès la promulgation du texte et avaient relevé les risques de multiplication des recours<sup>253</sup>. Un auteur a très logiquement proposé par la suite

---

<sup>252</sup> Art. 1486 et art. 1502 du NCPC.

<sup>253</sup> Ph. FOUCHARD : « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », JDI 1982.374, spec. N° 85 ; F. Ch. JEANTET, « L'accueil des sentences étrangères ou internationales dans l'ordre juridique français », in « La réforme de l'arbitrage international en France. Décret du 12 mai 1981 ». Travaux du comité français de l'arbitrage, Paris, 23 sept. 1981, *Rev. Arb.* 1981.503, spec. P. 518 ; P. BELLET et E. MEZGER :

qu'une modification du texte réduise les cas pour lesquels ce recours serait ouvert<sup>254</sup>, même s'il a noté que la cour d'appel « ne se laisse jamais entrainer à une révision au fond »<sup>255</sup>. Et on ne peut déduire avec un autre auteur<sup>256</sup>, qui s'appuie sur une enquête sociologique<sup>257</sup>, que « *c'est la jurisprudence qui freine la tentation des plaideurs de l'invoquer un peu trop facilement* ».

L'arbitre est donc à la fois personnellement bénéficiaire de l'immunité contre des actions en responsabilité pour mal jugé, et protégé du réexamen du bien-fondé de sa décision. On trouve du reste cette double protection à la fois de l'arbitre et de la sentence en droit romain<sup>258</sup>.

L'immunité de l'arbitre présente des caractères qui méritent d'être connus.

## PARAGRAPHE II : Les caractères de l'immunité de l'arbitre

Les caractères de l'immunité de l'arbitre sont perçus comme des éléments distinctifs, permettant de savoir la particularité de cette immunité, et ce à travers une immunité liée au statut particulier de l'arbitre (**A**) et aussi les clauses limitatives de responsabilité (**B**).

---

« L'arbitrage international dans le Nouveau code de procédure civile », RCDIP 1981.611, spec. P. 646 ; P. MAYER, « L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français », in Y. DERAÏNS (sous la direction de), *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*. Avant-propos de R. Pichard du Page. FEDUCI, 1984, p. 81, spec. N° 29. Aide Ch. JARROSSON, « La qualité de partie à l'arbitrage d'une société nationale et le contrôle de la décision d'incompétence par les arbitres », note sous Paris 16 juin 1988 (Sté Swiss oil), *Rev. Arb.* 1989.309, spec. P. 321.

<sup>254</sup> Ph. FOUCHARD, « Vers une réforme du droit français de l'arbitrage ? Quelques questions et suggestions », in « Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage ». Travaux du comité français de l'arbitrage, 27 janvier 1992, Paris, *Rev. Arb.* 1992.199, spec. P. 203.

<sup>255</sup> Ph. FOUCHARD, « Brèves remarques sur les conventions bilatérales de coopérations judiciaire et leur rapport avec l'arbitrage », note sous Paris 14 jan. 1997, *Rev. Arb.* 1997.395, spec. P. 401.

<sup>256</sup> E. PUTMAN : compte rendu bibliogr. De la thèse de S. CREPIN, *Les sentences arbitrales devant le juge français...*, RTD civ. 1995.996, spec. P. 998.

<sup>257</sup> S. CREPIN, *Les sentences arbitrales devant le juge français. Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*. Préface de Ph. FOUCHARD. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 249, 1995, spec. N° 371-397.

<sup>258</sup> M. HUMBERT, « Arbitrage et jugement à Rome », *Dr. et cult.*, vol. n° 28, 1994.47, spec. P. 59-60.

## A : L'immunité liée au statut particulier de l'arbitre

Les lois étatiques connaissent des dispositions spécifiques relatives à la personne des arbitres, aux qualités que la loi requière d'eux. Mais, ces dispositions sont incomplètes. Elles sont complétées par la jurisprudence des juridictions étatiques, mais aussi par les sources privées du droit de l'arbitrage, en particulier par les règlements des institutions d'arbitrage. De la convergence de ces sources émerge un « statut »<sup>259</sup> des arbitres du commerce international.

L'extension de l'immunité diplomatique aux arbitres nommés par la CCJA semble mettre plus l'accent sur la personne de l'arbitre que sur sa fonction et elle a d'importantes et regrettables conséquences. Tout d'abord, elle opère une distinction considérable entre les arbitres nommés par la CCJA et ceux qui sont désignés par les parties. Ensuite, la CCJA en tant que centre d'arbitrage peut commettre des fautes qui ne seront pas poursuivies. De même, l'arbitre nommé par la CCJA qui commettrait des fautes dans l'exercice de ses fonctions ne pourrait pas être poursuivi. Toute action en responsabilité contre l'arbitre buterait sur une fin de non-recevoir du fait de l'immunité dont il bénéficie. Ce droit de l'arbitrage n'est pas le seul à reconnaître une immunité apparemment totale aux arbitres. Aux Etats Unis, plusieurs lois d'Etats fédérés et une jurisprudence abondante, remontant à 1884, écartant la responsabilité civile des arbitres ainsi que celle des institutions arbitrales, pour tous les actes accomplis en qualité d'arbitre : « les arbitres peuvent agir en toute impunité car ils représentent une communauté favorisée »<sup>260</sup>.

La convention de Genève de 1961 prévoit à l'article 3 que « dans les arbitrages soumis à la présente convention, les étrangers peuvent être désignés comme arbitres ». Les lois modernes sur l'arbitrage ont éliminé tous les obstacles liés à la nationalité de l'arbitre. Les lois types de la CNUDCI disposent que « nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêchée d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties. La seule restriction commune à toutes les sources de l'arbitrage est celle de la pleine capacité juridique de l'arbitre, laquelle est régie par sa loi personnelle.

---

<sup>259</sup> Ph. FOUCHARD, « Le statut des arbitres dans la jurisprudence française » : *Rev. Arb.* 1996, p. 325 ; commission de l'arbitrage international de la CCI, « Le statut de l'arbitre » : *Rev. Arb.* 1996, p. 559 ; Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., cité par E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Op. cit., p. 181.

<sup>260</sup> Sur cette citation v. A. TWEEDDALE et K. TWEEDDALE, *Arbitration of commercial disputes, international and english law and practice*, édition OXFORD, 2005, p. 147.

Toutefois, une confusion opérée entre le tribunal arbitral et l'arbitre<sup>261</sup>. L'arbitre est le tiers désigné pour exercer une fonction d'arbitre. En revanche, le tribunal arbitral est un collège investi de la fonction juridictionnelle<sup>262</sup>. L'arbitre est alors le talon d'Achille de l'arbitrage. C'est le personnage central de l'arbitrage, assure la doctrine<sup>263</sup>.

Cependant, force est de constater qu'en dépit de son rôle primordial au sein de l'arbitrage, l'arbitre reste un acteur peu vulgarisé. Ce peu d'intérêt se manifeste aussi dans les textes législatifs. Par exemple en France<sup>264</sup>, un auteur remarquait que « *le nouveau code de procédure civile est resté fort discret sur la personne, la mission, les droits et les obligations de l'arbitre* »<sup>265</sup>. L'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage en son article 7 ne fait pas mieux puisqu'il ne se borne qu'à une énonciation non exhaustive de quelques droits et obligations liés au statut de l'arbitre. Heureusement que le droit n'est pas que textuel. Il s'appuie également sur la doctrine et la jurisprudence qui ont permis de dégager les prémisses du statut de l'arbitre<sup>266</sup>.

Ainsi, le contrat d'arbitre établit un lien conventionnel entre les parties et l'arbitre : c'est le lieu de l'acceptation entre « *l'offre de service d'arbitrage et la demande en arbitrage* »<sup>267</sup>, puisque d'un côté, les litigants désignent le ou les arbitres et de l'autre côté, le ou les arbitres acceptent de trancher le contentieux. Cependant, le contrat d'arbitre ne doit pas être confondu avec le contrat d'organisation de l'arbitrage qui émane des centres d'arbitrage.

Le contrat d'arbitre fait peser des droits et des obligations sur l'arbitre vis-à-vis des parties et vice versa. L'étendue de ces droits varie d'une législation à une autre, d'une institution à une autre<sup>268</sup>.

Le statut de l'arbitre revêt d'une importance. Dans le cas du statut du juge étatique, il faudrait voir la place qu'il occupe dans la justice étatique et même l'influence qu'il présente. Donc avec cette comparaison, l'arbitre est le juge dans la justice arbitrale. Pour ce faire, il

---

<sup>261</sup> Th. CLAY, *L'arbitre*, préface Ph. FOUCHARD, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, n°647-648, pp. 513-514.

<sup>262</sup> Un arbitre unique constitue également un tribunal arbitral.

<sup>263</sup> J. B. RACINE, Th. CLAY (sous la dir), « Le nouvel arbitre », in *le Nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso éd., 2011, p. 117.

<sup>264</sup> Les décrets du 14 mai 1980 et du 12 mai 1981.

<sup>265</sup> Ph. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Rev. Arb.* 1996, p. 325, reproduit in *Ecrits*, CFA, 2007, p. 147.

<sup>266</sup> Le statut de l'arbitre, suppl. spéc., Bull. cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1995.

<sup>267</sup> C. H. MASSOSSO BENGHA, *La déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA*, Thèse, université de Perpignan Via Domitia, soutenue le 24 janvier 2019, p. 189.

<sup>268</sup> En droit OHADA, les art. 7, 8, 13, 14 viennent définir l'ensemble des droits et obligations qui pèsent sur l'arbitre. Voir aussi M. N. NDEYE COUMBA, « Le statut de l'arbitre dans la réforme de l'arbitrage en droit OHADA », *LEDARF* mai 2018, n°11, p. 5.

mérite d'être protégé tout comme le juge, en sa qualité d'arbitre juge. C'est pourquoi, il lui est accordé une immunité, qui empêche les parties à exercer une poursuite judiciaire dans l'exercice de sa fonction.

D'une part, cette initiative est la bienvenue dans la mesure où l'arbitre est protégé contre tout abus des parties dans la procédure d'arbitrage. Et d'autre part, cela pourra constituer pour l'arbitre un avantage qu'il userait pour accomplir des actes illégaux et surpasser son autorité dans la procédure d'arbitrage. En d'autres termes, cela constituerait une forteresse autour de l'arbitre.

Les obligations liées à la fonction juridictionnelle de l'arbitre comprennent notamment les principes d'indépendance, d'impartialité, de révélation, de célérité, de loyauté, de juger, d'organiser efficacement l'arbitrage mais surtout de garder la confidentialité.

La mission principale de l'arbitre est de trancher le litige qui lui est soumis. Il ne peut donc déléguer sa mission juridictionnelle à un tiers<sup>269</sup>.

Le système de la CCJA dresse une véritable forteresse autour des arbitres. Concrètement, toute action en responsabilité contre les arbitres confirmés par la CCJA buterait sur une fin de non-recevoir. Cela constitue une grave entorse au contrat d'arbitre liant les parties à celui-ci.

Certains systèmes juridiques étrangers posent le principe de l'immunité assorti souvent de quelques exceptions<sup>270</sup>. La loi française étant aussi silencieuse sur ce point, les tribunaux français ont prudemment estimé qu'il ne leur appartenait pas de poser en principe que les arbitres sont à l'abri de toute action en responsabilité à l'occasion de l'exercice de leur mission.

Une première solution négative a été acquise sans difficulté, les arbitres étant des juges privés, ils ne peuvent engager la responsabilité de l'Etat ni être soumis à la procédure de prise à partie<sup>271</sup>. Pourtant, le fondement de certaines des règles relatives à la responsabilité du service public de la justice à savoir la nécessité de protéger les magistrats contre des plaideurs mécontents, conserve sa valeur à l'égard des arbitres. Alors qu'un arrêt de la cour de cassation

---

<sup>269</sup> Ch. JARROSSON, « L'expertise juridique », in *Liber Amicorum Claude Reymond autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, P. 127, spéc. N°8, P. 130.

<sup>270</sup> Pour l'état du droit comparé en 1995, v. le rapport de la commission de l'arbitrage international de la CCI sur le statut de l'arbitre, Bull. de la CIA, CCI, mai 1996, p. 28 et s., spéc. p. 38 et s.

<sup>271</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 29 janvier 1960, *Rev. Arb.*, 1960.121 ; D., 1960.262 ; Trib. Gr. Inst. Paris, 1<sup>ere</sup> C, 12 mai 1993, Raoul Duval, préc.

de 1960 affirmait que « *l'action en dommages-intérêts dirigée contre (les arbitres) à raison de l'accomplissement de leur mission ne peut l'être que dans les conditions de droit commun* »<sup>272</sup>.

En fin de compte l'arbitre est bénéficiaire de l'immunité en raison de sa fonction qu'il exerce et non pour des fautes qu'il aurait commises personnellement. Il devrait avoir des décisions de justice dans l'espace OHADA pour que l'on puisse mieux apprécier le statut et la fonction de l'arbitre quant à son immunité et sa responsabilité.

Cependant, comme pour la responsabilité civile contractuelle, la responsabilité disciplinaire ne doit pas pouvoir être mise en jeu dans des conditions trop large, elle deviendrait une menace excessive non seulement pour l'arbitre, mais aussi pour sa fonction. C'est pourquoi il a été mis en place des systèmes de limitation de responsabilité, afin de prévenir tous les dangers.

## **B : Les clauses limitatives de responsabilité**

La clause limitative de responsabilité est une clause qui fixe un plafond au montant des dommages et intérêts et qui obéit au même régime que la clause de non responsabilité<sup>273</sup>. C'est donc une clause qui permet d'exonérer une personne à l'avance d'une responsabilité.

Face au poids des responsabilités, aux risques inhérents à une mission juridictionnelle et à la multiplication des actions mettant en cause les arbitres, des clauses limitatives de responsabilité ont été envisagées.

Deux clauses limitatives de responsabilité sont de plus en plus insérées dans les règlements d'arbitrage afin de tenter de protéger l'arbitre des actions en responsabilité dirigées contre lui. La clause la plus radicale est celle qui figure désormais dans le règlement d'arbitrage de la CCI de 1998, dont l'article 34 énonce que les arbitres seront irresponsables « *pour tout fait, acte ou omission en relation avec l'arbitrage* »<sup>274</sup>. Si une

---

<sup>272</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 29 Jan. 1960, préc.

<sup>273</sup> Lexique des termes juridiques, éd. 2013.

<sup>274</sup> Sur cet art., cf. M. de BOISSEON: « The arbitration act 1996 and the New ICC arbitration rules 1998: A comparative approach », intern. Arb. Law Rev. 1998.68, spec. p. 69.

disposition analogue existait déjà dans la première version du règlement de la CCI de 1923<sup>275</sup>, elle avait disparu par la suite. Elle n'est réapparue qu'en 1998.

D'autres règlements d'arbitrage contiennent aussi des clauses limitatives de responsabilité, mais dont l'étendue est en général moins large car elles ne couvrent pas les fautes intentionnelles. Il s'agit des règlements d'arbitrage de la LCIA<sup>276</sup>, de l'OMPI<sup>277</sup>, de l'AAA pour l'arbitrage international<sup>278</sup>.

Si le contrat d'arbitre était amené à faire l'objet d'*instrumentum*<sup>279</sup>, on peut penser que des clauses limitatives y seraient également insérées, alors même qu'elles présentent comme inconvénient d'affaiblir le lien de confiance, pourtant si nécessaire, entre l'arbitre et les parties aux litiges<sup>280</sup>.

Pourtant, la protection qu'offre ces clauses limitatives paraît illusoire et assez inutile. Illusoire car, la validité de ces clauses est contestable et contestée<sup>281</sup>. Le droit commun ne permet en effet, jamais à une clause de prévoir qu'aucune responsabilité ne sera recherchée<sup>282</sup>. Quel que soit son contenu, une clause limitative ne saurait écarter toute responsabilité en cas d'inexécution de l'obligation essentielle du contrat<sup>283</sup> ou en cas de dol, de faute lourde ou encore de faute inexcusable. Elles sont considérées abusives si elles sont passées entre professionnels et consommateurs, et qu'elles créent un déséquilibre significatif entre eux<sup>284</sup>.

---

<sup>275</sup> Art. B-14 et C-45 du regl. CCI 1923.

<sup>276</sup> Art. 31 du regl. LCIA.

<sup>277</sup> Art. 77 du regl. OMPI « La sentence est traitée de manière confidentielle par les parties et ne peut être divulguée à un tiers sauf si, et dans la mesure où,

- i) Les parties y consentent ; où
- ii) Elle tombe dans le domaine public en raison d'une action intentée devant une juridiction nationale ou une autre autorité compétente ; où
- iii) Elle doit être divulguée en vertu d'une obligation légale qui incombe à une partie, ou pour établir ou protéger les droits légalement reconnus d'une partie à l'égard d'un tiers ».

<sup>278</sup> Art. 36 du regl. AAA, version du 1<sup>er</sup> mars 1991, la responsabilité des arbitres ne pouvait être engagée du fait de ses actes ou omissions, sous réserve toutefois qu'ils « peuvent être responsables envers une partie des conséquences de leurs fautes délibérées et intentionnelles », or dans sa version 1<sup>er</sup> novembre 1993, cette réserve a disparu, et l'exclusion de responsabilité est absolument générale.

<sup>279</sup> L'*instrumentum* est un document écrit pouvant constituer la preuve d'une situation. Le *negotium* est le contenu d'une convention.

<sup>280</sup> En ce sens, cf. P. LALIVE, « Sur l'irresponsabilité arbitrale », op.cit., spéc. p. 425.

<sup>281</sup> Ph. FOUCARD, « La responsabilité de l'arbitre », op. cit. ; Ph. FOUCARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », op. cit., spéc. n° 82 ; Ph. FOUCARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., spec. N° 1151-1154.

<sup>282</sup> Ph. Le TOURNAU et L. CADIET, « Droit de la responsabilité et des contrats », op. cit., spéc. n° 1138 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE : droit civil, *Les obligations*. Dalloz, coll. Précis-droit privé, 7<sup>e</sup> éd. 1999, spéc. n° 595.

<sup>283</sup> Cass. Com., 22 oct. 1996 (Sté chronopost), Bull. Civ. IV, n° 261 ; D. Aff. 1997.235, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCI 1997.II.22881, note crit. D. COHEN.

<sup>284</sup> Art. I. 132-1 ? al. 1<sup>er</sup> du code de la consommation.

Inutiles, ces clauses le sont pour deux raisons : d'une part, elles ne couvrent ni la responsabilité civile délictuelle<sup>285</sup>, ni la responsabilité pénale<sup>286</sup>, et ne portent donc que sur la responsabilité civile contractuelle de l'arbitre. Or, d'autre part, il est vu que cette responsabilité contractuelle était déjà très difficile à mettre en jeu en raison de la spécificité de la mission juridictionnelle de l'arbitre. C'est donc pour des fautes simples que ces clauses pourront jouer en faveur de l'arbitre.

Au regard de cette insuffisance au niveau des clauses limitatives de responsabilité, les arbitres ont envisagé un autre type de protection à savoir l'assurance privée. Les praticiens de l'arbitrage sont majoritairement favorables<sup>287</sup> et les auteurs conseillent le recours à ce type d'assurance<sup>288</sup>. Il a même été avancé qu'elle devrait être obligatoire<sup>289</sup>.

Certains y voient le signe du « fossé » qui sépare le juge de l'arbitre<sup>290</sup>, alors que d'autres estiment que c'est une façon pour celui-ci de jouir d'une sécurité analogue à celle qu'offrent aux juges les articles 505 CPC et I. 781-1, alinéa 1<sup>er</sup> du code de l'organisation judiciaire<sup>291</sup>.

Le centre d'arbitrage qui souscrit lui-même une assurance de responsabilité au nom de l'arbitre, sans nécessairement l'avertir de peur qu'il remplisse sa mission avec moins de sérieux parce qu'il se saurait protéger. En effet, comme l'a récemment écrit un auteur : « la nature humaine étant ce qu'elle est, l'irresponsabilité juridique des arbitres n'est-elle pas susceptible d'encourager l'irresponsabilité tout court ? »<sup>292</sup>.

L'inconvénient des polices d'assurance proposées aux arbitres est que leur étendue reste encore mal déterminée. Elles sont soit trop concises pour qu'on sache exactement ce qu'elles visent, soit trop complexes pour être réellement intelligibles. C'est donc une belle initiative réfléchie pour permettre aux arbitres de ne pas toujours être sous le coup de la loi.

---

<sup>285</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 fevr. 1955 (SNCF), D. 1956.17, note R. RODIERE ; Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Dalloz, coll. Grands arrêts, 11<sup>e</sup> éd. 2000, spéc. t. 2, n° 178, obs, F. TERRE et Y. LEQUETTE.

<sup>286</sup> Idem.

<sup>287</sup> Sur ce point, cf. la synthèse des réponses aux questionnaires de la CCI sur le statut de l'arbitre, Bull. CIA de la CCI, vol. 7, n° 1, 1996.33, spéc. p. 34.

<sup>288</sup> Ph. FOUCHARD (sous la présidence de), « *Rapport final sur le statut de l'arbitre* », op. cit., spéc. p. 32 ; Y. GUYON, *L'arbitrage*. Economica, coll. Droit des affaires, droit poche, 1995, spéc. p. 50 ; Ph. MALAURIIE, L. AYNES et P. Y. GAUTIER, Droit civil. Contrats spéciaux, op. cit., spéc. n° 1211.

<sup>289</sup> S. GUINCHARD, « La responsabilité des gens de la justice. Rapport de synthèse », in 22<sup>e</sup> colloque des institutions d'études judiciaires, Nantes, 8-9 nov. 1996, Just. N° 5, 1997.109, spéc. p. 113.

<sup>290</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES et P. Y. GAUTIER, Droit civil, Contrats spéciaux, op. cit., spéc. n° 1211.

<sup>291</sup> S. GUINCHARD, « La responsabilité des gens de la justice. Rapport de synthèse », op. cit., loc. cit.

<sup>292</sup> P. LALIVE, « Sur l'irresponsabilité arbitrale », op. cit., spéc. p. 429.

Cependant, toutes ces protections autour de l'arbitre entraînent une discrimination quant à leur immunité.

## SECTION II : L'existence d'une discrimination entre les arbitres

La discrimination est un traitement différentiel consistant à refuser à des individus, à des groupes ou à des Etats, des droits ou des avantages qui sont reconnus par ailleurs à d'autres ; s'oppose à l'égalité de traitement<sup>293</sup>.

Au regard de l'article 49 nouveau du traité OHADA qui dispose que : « *Dans les conditions déterminées par un règlement, les fonctionnaires et employés de l'OHADA, les juges de la cour commune de justice et d'arbitrage ainsi que les arbitres nommés ou confirmés par cette dernière jouissent dans l'exercice de leurs fonctions des privilèges et immunités diplomatiques.*

*Les immunités et privilèges mentionnés ci-dessus peuvent être, selon les circonstances, levés par le conseil des Ministres.*

*En outre, les juges ne peuvent être poursuivis pour des actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions qu'avec l'autorisation de la cour »*<sup>294</sup>. Cet article reste encore à l'appréciation de tous.

Cette discrimination faite entre les arbitres relève du fait que certains arbitres sont reconnus par la CCJA et d'autres non. Elle se base sur des critères de reconnaissance de l'immunité diplomatique (**paragraphe I**) et les motifs engendrant cette discrimination (**paragraphe II**).

---

<sup>293</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, éd. PUF.

<sup>294</sup> Art. 49 du traité OHADA, révisé à Québec le 17 octobre 2008.

## **PARAGRAPHE I : Le critère discriminant de la reconnaissance de l'immunité diplomatique**

La cour accorde une protection à l'arbitre et tente de rétablir une égalité entre les arbitres à travers l'article 49 susmentionné, certes, mais, l'on constate toujours une inégalité qui se traduit par l'exclusion des arbitres ne relevant pas de la CCJA (A), si bien que l'on suggère un rétablissement de l'égalité entre les arbitres dans l'espace OHADA (B).

### **A : L'exclusion des arbitres ne relevant pas de la CCJA**

Contrairement aux arbitres de la CCJA, les autres ne bénéficient pas des privilèges et immunités diplomatiques.

Cela s'explique d'abord, à travers des arbitres intervenants dans le cadre de l'arbitrage ad hoc. Ils sont réputés ne pas être dépendants d'un quelconque organisme d'arbitrage, et leur sentence ne fait pas l'objet d'un examen préalable avant d'être rendue. Ils n'ont donc aucune institution, sinon leur propre personne. Ils agissent pour leurs seuls intérêts privés et non pour un quelconque intérêt général, parce que ce sont des personnes privées. Raison pour laquelle ils ne peuvent bénéficier ni de privilèges, ni d'immunités.

Cependant, leur protection est de leur propre initiative, dans la mesure où ils prévoient dans leur contrat d'arbitre des clauses élisives<sup>295</sup> de responsabilité ou souscrivent une assurance contre leur responsabilité civile éventuelle. Or, dans ces hypothèses, la clause évasive de responsabilité serait inefficace en cas de dol ou de faute lourde. Aussi, faut-il indiquer que la faute intentionnelle n'est pas toujours garantie par les assureurs, tel indique l'article 11 alinéa 2 du code CIMA « *toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et des dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* »<sup>296</sup>.

Ensuite, s'agissant des arbitres relevant des institutions privées d'arbitrage se trouvant dans l'espace OHADA. Cela s'explique certainement par le fait qu'en tant qu'institutions privées d'arbitrage, elles ne bénéficient pas de la protection accordée au centre d'arbitrage de la CCJA, institution publique faisant partie de l'OHADA. Cette protection ne serait s'étendre

---

<sup>295</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, édition 12, PUF, « élisive » qui tend à exclure, à supprimer.

<sup>296</sup> Art. 11, al. 2 du code CIMA.

aux arbitres parce que les institutions auxquelles ils sont rattachés n'en bénéficient pas. Même si le centre privé d'arbitrage avait reconnu dans son règlement une telle immunité, elle serait sans effet, car les centres d'arbitrage n'ont pas un pouvoir législatif analogue à celui des Etats, leur force obligatoire ne provenant que du fait de leur incorporation à la convention d'arbitrage des parties<sup>297</sup>.

Il a par ailleurs déjà été indiqué que seule l'autorité publique pouvait conférer l'immunité à des arbitres<sup>298</sup>. D'où le constat de ce que la plupart des institutions privées d'arbitrage se trouvant dans l'espace OHADA n'aient pas envisagé l'immunité ou l'irresponsabilité de l'arbitre<sup>299</sup>.

A notre sens, soit on attribue une immunité à tous les arbitres, qu'ils soient d'une institution ou non, soit on annule cette immunité qui est considérée comme une plaie en termes de discrimination. Même si cela représente un élément de distinction entre les arbitres.

Pour cela, des suggestions méritent d'être faites en ce sens, afin de galvaniser le législateur OHADA à songer à mettre une disposition permettant de clarifier ou donner de bonne raison de cette discrimination.

## **B : La suggestion d'un rétablissement de l'égalité entre les arbitres dans l'espace OHADA**

De nombreux arguments ont été avancés pour restaurer l'égalité entre tous les arbitres dans le cadre de la réglementation. Il a été dit qu'une révision du traité constitutif de l'OHADA était nécessaire afin de supprimer l'immunité et les privilèges diplomatiques conférés aux arbitres<sup>300</sup>. Cette argumentation ne semble pas avoir été suivie, puisque le traité constitutif de l'OHADA a été modifié, notamment au regard de l'article 49 conférant cette protection aux arbitres CCJA, laquelle d'ailleurs au lieu d'être supprimée, a plutôt été étendue

---

<sup>297</sup> Th. CLAY, *L'arbitre*, op. cit., n°723, p. 566.

<sup>298</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit., n°1354, p. 605. Ici l'autorité publique renvoie soit à la loi, soit à un tribunal étatique.

<sup>299</sup> On peut citer le règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage du GICAM, le règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de DAKAR qui pourtant se prononce s'agissant de la responsabilité du conciliateur (art.5 du règlement de conciliation dudit centre), le règlement d'arbitrage de la cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI).

<sup>300</sup> Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. Arb.*, 1999, p. 579 ; cité par P. MEYER, *OHADA Droit de l'arbitrage*.

aux arbitres confirmés par la CCJA, laissant toujours persister une discrimination entre les arbitres officiant sous l'égide de la CCJA et les autres arbitres<sup>301</sup>.

Il est dès lors justifié que la doctrine persiste dans cette voie, en affirmant que tous les arbitres ont besoin d'être confrontés dans l'exercice de leur fonction occasionnelle de juger. Si l'on devait étendre cette immunité diplomatique à tous les arbitres sachant que l'institution elle-même n'en bénéficie pas, alors sur quel fondement devrait-on conférer une telle protection aux autres arbitres ? Pour un auteur, il aurait fallu conférer à ces derniers une immunité juridictionnelle en insérant dans l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage des dispositions conséquentes, qui auraient vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouverait dans l'un des Etats parties<sup>302</sup>.

Il serait intéressant que cet argumentaire soit suivi, parce que les arbitres ne font pas partie du personnel de l'OHADA, mais pour les motifs susmentionnés.

En attendant qu'une réforme dans ce sens puisse intervenir, une solution transitoire a été proposée, celle pour la CCJA d'amener les arbitres désignés ou confirmés par elle, à renoncer à leur immunité et privilège diplomatique<sup>303</sup>. Cela serait sans doute possible si elle se présentait comme une condition préalable pour la signature du contrat de collaboration arbitrale. Cependant, pour y renoncer, l'arbitre devrait déjà en être titulaire, or, celui-ci n'en bénéficie qu'à partir du moment où il est désigné ou confirmé par la CCJA. La renonciation ne peut intervenir qu'après, au moment où le centre d'arbitrage n'a plus de moyen de pression sur la personne de l'arbitre.

Pour d'autre, les immunités diplomatiques sont prévues par le droit international. Précisément, la convention de Vienne dans son article 1<sup>er</sup> qui dispose que : « *les agents diplomatiques ont droit aux immunités dans l'intérêt de leurs fonctions* »<sup>304</sup>. Si cette immunité s'applique uniquement aux juges, elle serait justifiée. En effet, les juges et les autres fonctionnaires de la cour sont des fonctionnaires d'une organisation internationale. A l'instar, des autres organisations, les fonctionnaires de la cour méritent d'être protégés, dans l'exercice exclusif de leurs fonctions. Toutefois, les arbitres sont des personnes privées, ils sont choisis et payés par les parties, en vue de résoudre un différend. Les raisons de protection de l'arbitre

---

<sup>301</sup> R. DIFFO MAFO, « Vers la prévalence de l'irresponsabilité arbitrale en droit OHADA ? » *Revue de l'ERSUMA*, 2016, l'Université de Yaoundé 2, p.617.

<sup>302</sup> F. ANOUKAHA, *OHADA Sociétés commerciales et G.I.E, Les questions d'éthique et de responsabilité*, Bruxelles, édition Bruylant, 2002, p. 10.

<sup>303</sup> P. MEYER, *OHADA droit de l'arbitrage*, coll. Droit uniforme, Bruxelles Bruylant, 2002.

<sup>304</sup> Art. 1 de la Convention de Vienne.

invoquées ne sont pas pertinentes, parce que dans l'exercice de sa fonction, il peut commettre des fautes susceptibles d'engager sa responsabilité personnelle comme en atteste les affaires de conflits d'intérêts<sup>305</sup>. Par conséquent, s'ils sont tributaires de l'immunité diplomatique, sur quelle base, faudrait-il engager leur éventuelle responsabilité ? Compte tenu de toutes ces raisons, il estime nécessaire de supprimer les immunités diplomatiques accordées aux arbitres<sup>306</sup>.

Les fautes de nature à lever l'immunité dont jouit l'arbitre dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle pourraient être plus précisément définies.

Certainement qu'en parlant de discrimination, il existerait des motifs pour justifier une telle situation.

## **PARAGRAPHE II : Les motifs de la discrimination**

Les discriminations en raison du statut de l'arbitre (**A**) et en raison des normes institutionnelles (**B**) peuvent être les motifs justifiant une telle discrimination entre les arbitres.

### **A : La discrimination en raison du statut de l'arbitre**

Le titre d'arbitre peut être l'objet de la discrimination. Car, partant du fait qu'il y a des personnes exerçant autres fonctions que celles exigées, peut poser problème, tel est le cas des magistrats.

Dans le choix du troisième arbitre, souvent le choix se porte sur un magistrat en exercice pour un certain nombre de raisons évidentes liées à la confiance des parties pour leur éthique et leur impartialité.

---

<sup>305</sup> Cour d'Appel de Paris, pôle 1, ch. 1, arrêt du 03 décembre 2015, inédit.

<sup>306</sup> A. DIALLO, *Réflexion sur l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Thèse en Droit privé, Université de Perpignan, 2016, Hal open science, p. 232.

La liberté de ce choix est remise en cause, pour les magistrats de l'ordre judiciaire, par un projet de loi concernant le statut des magistrats et actuellement en discussion devant le parlement.

Il convient de rappeler que l'article 8 de l'ordonnance statutaire du 22 décembre 1958 portant sur l'interdiction du cumul des fonctions permettait aux magistrats de bénéficier de dérogations individuelles pour en exercer certaines ; un décret pris sur la base de ce texte visait les activités d'arbitrage. Ainsi, le magistrat pressenti pour être arbitre devrait-il obtenir préalablement l'autorisation de son supérieur hiérarchique qui se prononçait au regard des compétences et de l'indépendance de l'intéressé<sup>307</sup>.

En un mot, l'arbitrage n'est pas lié aux défaillances de la justice car ceux qui y recourent le font en raison de l'intérêt spécifique qui s'attache et qu'ils attachent à cette procédure pratiquée le plus souvent dans les litiges internationaux et de plus en plus nationaux. On ne peut donc à la fois reprocher au corps judiciaire d'être trop coupé des réalités extérieures et le priver d'une des possibilités qu'il a, grâce à l'arbitrage, de mieux les connaître. Ainsi, l'arbitrage constitue-t-il une opportunité pour les juges, qui dépassent très largement les considérations matérielles personnelles<sup>308</sup>.

Certaines rares lois nationales réservent encore la fonction d'arbitre aux juristes, aux experts de la matière litigieuse. En France, la loi NRE du 15 mai 2001 fait interdiction aux magistrats en exercice, d'exercer les fonctions d'arbitre. La sanction de cette interdiction sera seulement disciplinaire et frappera celui qui a exercé des fonctions d'arbitre interdites par son statut. En aucun cas, l'incompatibilité ne pourra affecter la validité de la sentence<sup>309</sup>.

Dans ces conditions, pourquoi faire une distinction si le titre d'arbitre ne relève pas d'une profession mais, d'une fonction ? Pour nous, il faudrait encore donner plus d'explication sur la qualité des personnes qui peuvent exercer la fonction d'arbitre, parce que le magistrat qui est une profession est à mesure de bien assurer ce rôle d'arbitre sans toutefois se mettre dans le vêtement d'un magistrat, mais en fonction de la qualité d'arbitre qu'il va refléter.

Cette discrimination est aussi due aux normes institutionnelles.

---

<sup>307</sup> Cet article a été rédigé avant l'adoption de la loi organique n°2001-359 du 25 juin 2001.

<sup>308</sup> A. MOURRE, « *Les cahiers de l'arbitrage* », A propos du statut de l'arbitre et de celui de la magistrature : quelle place pour le droit français ? p. 121.

<sup>309</sup> E. LOQUIN, « L'arbitrage du commerce international », op. cit., p. 181.

## **B : La discrimination en raison des normes institutionnelles**

Sur le plan positif, l'immunité des arbitres ne peut être affirmée que par la loi, gouvernant la procédure arbitrale ou le contrat d'investiture. Comme l'observent les auteurs du traité sur l'arbitrage commercial international, « cette immunité (des arbitres) ne peut être accordée que par l'autorité publique (loi ou tribunal étatique) dans un but d'intérêt général (garantir la sérénité de la justice arbitrale) »<sup>310</sup>. Ils ajoutent « qu'en l'absence de convention internationale sur cette question, seuls les droits nationaux peuvent conférer à l'arbitre cette immunité »<sup>311</sup>.

D'autres auteurs notent de manière identique que « la législation applicable...peut conférer aux arbitres l'immunité du fait qu'ils exercent une fonction judiciaire ou quasi judiciaire »<sup>312</sup>. Ils précisent que « c'est une question d'ordre public qui est de nature à varier d'un Etat à l'autre ... »<sup>313</sup>. Or, sur ce point, force est de constater que la législation uniforme sur l'arbitrage ne contient aucune disposition pouvant être interprétée comme conférant aux arbitres une quelconque immunité, a fortiori une immunité pleine et totale. Par contre, dans l'arbitrage institutionnel de la CCJA, l'article 49 du traité confère une immunité qualifiée de diplomatique aux arbitres nommés par la cour.

Ceci exclut que les arbitres puissent être attirés devant une juridiction pour toute faute même intentionnelle ou grave commise dans l'exercice de leur fonction. Cette immunité a été qualifiée d'incompréhension<sup>314</sup>, de malencontreuse et choquante<sup>315</sup>.

Cette immunité ne concerne que les arbitres nommés par la cour et non ceux désignés par les parties. La solution est encore plus choquante, car elle introduit un déséquilibre entre deux types d'arbitres. On peut même se demander si une telle disposition ne constitue pas une

---

<sup>310</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, janvier 1996, LITEC, p. 605.

<sup>311</sup> Idem.

<sup>312</sup> A. REDFERN et M. HUNTER, *Law and practice of international commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, 4 th ed 2004, p. 216.

<sup>313</sup> Idem.

<sup>314</sup> J. LOHOUES-OBLE, in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, op. cit., p. 57.

<sup>315</sup> Ph. LEBOULANGER, *L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, op. cit., p. 578.

violation de l'égalité des droits des parties, qui constitue un principe d'ordre public procédural<sup>316</sup>.

En l'absence de normes juridiques conférant aux arbitres une immunité, il paraît contraire au droit positif de faire bénéficier ces derniers d'une immunité de principe. C'est donc par défaut que les centres institutionnels confèrent cette immunité à l'arbitre.

---

<sup>316</sup> P. MEYER, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 164.

## CONCLUSION

La problématique de la confidentialité de l'arbitre face à la transparence exigée par l'ordre public, reste encore un sujet polémique. L'arbitre étant l'acteur central de la justice arbitrale, parce que choisie par les parties pour trancher un litige. L'arbitre est un juge tout comme le juge étatique en raison de sa fonction juridictionnelle. Il est cependant, soumis à des exigences énumérées par les textes OHADA. Mais quant à sa confidentialité, l'article 14 du règlement de la CCJA n'est point précis. Cette confidentialité dont elle fait allusion reste encore ambiguë car de manière implicite le législateur nous fait croire que l'arbitre est tenu par ce principe puisque l'arbitrage est confidentiel. Il serait souhaitable qu'il soit beaucoup plus explicite pour permettre aux justiciables et aux pratiquants d'avoir une meilleure compréhension des textes portant sur la confidentialité attribuée à l'arbitre.

Cette confidentialité devient un principe parce que, pour certains elle tire sa source dans le contrat d'arbitre et pour d'autres elle est inhérente à l'arbitrage. Sa consécration demeure encore un sujet de débat jurisprudentiel et doctrinal. Concernant sa protection, le caractère inhérent du principe de la confidentialité adopté dans l'arrêt Ali Shipping doit être abandonnée car elle est source de plusieurs incertitudes. La source doit non seulement être formelle mais aussi être une manifestation explicite de la volonté des parties au contrat d'avoir leur arbitrage placé sous le couvert du principe de la confidentialité<sup>317</sup>.

Cependant, l'arbitre toujours dans un dilemme de conservation de la confidentialité, est parfois amené à révéler des informations interdites, parce que certains principes d'ordre public l'obligent à être transparent. Alors, le principe de confidentialité se sent fragiliser par des atteintes. Autrement dit, un excès de transparence pourrait affecter sans nul doute l'arbitrage.

L'arbitre doit observer le principe de confidentialité mais lorsqu'il viole ce principe alors qu'il n'était pas nécessaire de révéler quoique ce soit, il risque d'engager sa responsabilité civile pour manquement à son obligation de confidentialité ; sa responsabilité pénale pour s'être rendu complice des pratiques illicites et sa responsabilité disciplinaire qui relève d'une sanction administrative.

---

<sup>317</sup> Th. A. de NIKA BITHO, *La protection des secrets commerciaux dans l'arbitrage commercial international*, thèse de doctorat, université paris I sorbonne, soutenue le 9 janvier 2020.

Face à toutes ces sanctions, il est accordé à l'arbitre des immunités diplomatiques et privilèges par la CCJA. Ces protections contre l'arbitre font l'objet de discussion par des auteurs, en raison de ce que la cour applique une discrimination entre les arbitres. Pour eux, ces immunités devraient être supprimées pour garder une égalité entre les arbitres ou revoir encore l'article 49 du règlement de la CCJA. Également, une autre protection est accordée à l'arbitre, il s'agit des clauses limitatives de responsabilité et l'assurance privée. Ce sont des mesures pour éviter que l'arbitre ne soit toujours à la merci des parties pour une quelconque faute. Ces protections sont prévues par le droit étranger.

Au regard de tout ce qui précède, il faut souligner en effet, qu'il n'existe pas de règles qui définissent les droits et obligations de l'arbitre dans l'espace OHADA. Or, les arbitres doivent avoir un statut qui fixe leurs droits et obligations. Ce statut est susceptible de garantir leur indépendance et leur impartialité, mais surtout leur confidentialité<sup>318</sup>. « L'indépendance et l'impartialité, (la confidentialité) de l'arbitre sont des exigences universelles de l'arbitrage »<sup>319</sup>.

Au-delà des propositions qui pourront être faites pour assurer une meilleure confidentialité de l'arbitre dans une procédure arbitrale tant en ce qui concerne le droit interne que du droit commercial international, le législateur OHADA doit pouvoir se rendre efficace pour donner une définition assez agréable à la confidentialité de l'arbitre dans l'espace OHADA, s'il considère que cette confidentialité est inhérente à l'arbitrage d'une part et d'autre part si elle est l'affaire des parties. C'est pour donner plus de visibilité à la portée de la confidentialité de l'arbitre.

Aussi, s'il est considéré que l'arbitre a droit à une protection contre les sanctions, il faudrait que cette protection soit équilibrée et équitable, mais aussi il faudrait que le législateur pense à consacrer des sanctions pour des cas de violation d'une quelconque obligation de l'arbitre à une procédure arbitrale.

---

<sup>318</sup> Th. CLAY, *l'arbitre*, Dalloz, op. cit., p. 70.

<sup>319</sup> A. S. MAFONGOAMGA, « L'éthique dans l'arbitrage OHADA : étude à la lumière de la pratique internationale », *penant, Revue trimestrielle de droit africain*, jan.- avr. 2016, n° 894, pp. 74-75.

## BIBLIOGRAPHIE

### I- OUVRAGES GERERAUX

- ANOUKAHA (F), *OHADA Sociétés commerciales et G.I.E, Les questions d'éthique et de responsabilité*, Bruxelles, édition Bruylant, 2002, 589 p.
- ARNALDEZ (J-J.), *L'acte déterminant la mission de l'arbitre*, Etudes offertes à Pierre BELLET Paris Litec, 1991, 31 p.
- AZZALI (S), BESSON (S), *L'arbitre international et l'urgence*, bruylant, édition Bruxelles, parution 12 mai 2014, 202 p.
- BELLEFONDS (X. L.) et HOLLANDE (A), *L'arbitrage*, presses universitaires de France, PUF, 10 avril 2003, 127 p.
- CADIET (L), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 15 octobre 2004, 1362 p.
- COCTEAU (J), Lettre à Jacques Maritain, 1925, 146 p.
- CRAIG (W.L.), PARK (W) et PAULSSON (J), *International chamber of commerce arbitration*, 3<sup>e</sup> éd., New York/Londres/Paris, Oceana publication/ICC publishing, 2000, 312 p.
- CREPIN (S), *Les sentences arbitrales devant le juge français*, « Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les reformes de 1980-1981 ». Préface de FOUCHARD (Ph), LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, Thèses, Tome 249, 1 janvier 1995, 385 p.
- DAVID (R), *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, 613 p.
- FOUCHARD (Ph), GAILLARD (E), GOLDMAN (B), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, janvier 1996, LITEC, 1225 p.
- GAILLARD (E), *Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage*, Note 346, p. 110.
- JARROSSON (Ch), *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, 408 p.
- KEUTGEN (G) et G. A. DAL., *L'arbitrage en droit belge et international*, Tome I, Bruxelles, Bruylant, 2004, s., n° 528 et s. 1121 p.

- KEUTGEN (G) et G. A. DAL., *L'arbitrage en droit belge et international*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2014, 1468 p.
- LA FONTAINE, *Les Femmes et Le Secret*, Fables VIII, 6, qui ajoute : « Le porter loin est difficile aux dames, et je sais même sur ce fait bon nombre d'hommes qui sont femmes », 185 p.
- LAGARDE (P), *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959, 245 p.
- LAURIOL (Th), ASSIEHUE (E. A), *Le règlement d'arbitrage CCJA*, commentaire article par article, Droits africains, LexisNexis, novembre 2018, 410 p.
- LAURIOL (Th), ASSIEHUE (E. A.), C. du PAC de MARSOULIES, RAYNAUD (E), préface de MELE (F. D.), *Le règlement d'arbitrage CCJA*, commentaire article par article, Droits africains, LexisNexis, novembre 2018, 410 p.
- LEKEDJI (N.F.), *Les compétences du juge étatique dans l'arbitrage OHADA*, éditions universitaires européennes, 8 octobre 2015, 156 p
- LOHOUES-OBLE (J), in OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, juriscope, 2018, 1521 p.
- LOQUIN (E), *L'arbitrage du commerce international*, Joly édition, pratique des affaires, 2015, 464 p.
- MEYER (P), *OHADA droit de l'arbitrage*, coll. Droit uniforme, Bruxelles Bruylant, 2002, 284 p.
- MOURRE (A), *Les cahiers de l'arbitrage*, A propos du statut de l'arbitre et de celui de la magistrature : quelle place pour le droit français ? Tome 1, LGDJ, 344 p.
- NGWANZA (A), *Arbitrage & recouvrement de créances en droit OHADA*, édition jus Africa, Thémis, Direction scientifique, 341 p.
- NOUGEIN (H-J), REINHARD (Y), *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, LexisNexis, 28 octobre 2004, Litec, 274 p.
- OPPETIT (B), *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998, 127 p.
- POUDRET (J. F.) et BESSON (S), *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., Zürich, schulthess, 2002, n° 373, 1179 p.
- POUDRET (J.-F.), BESSON (S), *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, 1179 p.
- RACINE (J. B.), CLAY (Th) (sous la direction), *Le nouvel arbitre*, in « Le Nouveau droit français de l'arbitrage », Lextenso éd., 2011, 265 p.

- REDFREN (A), HUNTER (M), BLACKABY (N), Constantine (P), *Law and practice of international commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, 4<sup>th</sup> ed 2004, 732 p.
- SERAGLINI (C), J. ORTSSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, note 337, LGDJ, 2019, édition 2, 1055 p.
- SMEUREANU (I. M.), *Confidentiality in international commercial arbitration*, 2011 Wolters Kluwer law & business, conclusion, 240 p.
- YOUNGONE NICEPHORE (F), *Arbitrage commercial international et développement*, Etude du cas des Etats de l'OHADA et du Mercosur, L'harmattan, collection logiques juridiques, 22 septembre 2016, 558 p.

## **II- OUVRAGE SPECIFIQUE**

- CLAY (Th), *L'arbitre*, Nouvelle bibliothèque de Thèses, édition Dalloz, 19 janvier 2001, 956 p.

## **III- DICTIONNAIRES**

- CORNU (G), Vocabulaire juridique, Paris, (sous la direction de l'association Henri Capitant), 12<sup>eme</sup> édition, Quadriga/ PUF, 2016, 1101 p.
- Dictionnaire LAROUSSE, collection Petit Larousse, édition 2016, 2048 p.
- Lexique des termes juridiques, 20<sup>eme</sup> édition Dalloz 2013.

## **IV- THESES ET MEMOIRES**

### **A- THESES**

- BITHO NIKA (Th. A.), *La protection des secrets commerciaux dans l'arbitrage commercial international*, thèse de doctorat, université paris I sorbonne, soutenue le 9 janvier 2020, 413 p.
- DIAKITE (M.), *L'arbitrage institutionnel Ohada, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique*, Thèse en Droit privé et sciences criminelles, université de TOULOUSE, 5 décembre 2016.
- DIALLO (A), *Réflexion sur l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Thèse en Droit privé, Université de Perpignan, 2016, Hal open science, 294 p.

- KOFFI (A.), *L'attractivité du droit de l'arbitrage de l'OHADA*, Thèse, Université Alassane OUATTARA, Bouaké, 2018.
- MASSOSSO BENGHA (C. H.), *La déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA*, Thèse, université de Perpignan Via DOMITIA, soutenue le 24 janvier 2019.
- SORRENTE (J-Y), *La responsabilité de l'arbitre*, Thèse, Université Alassane OUATTARA, Bouaké, 2018.
- TOMANDJI. N (O.O), *L'éthique dans l'arbitrage international*, Thèse, UPVD, 2017, 305 p.

## **B- MEMOIRES**

- BOUCHARD AUGER (M. C.), *L'arbitrage des questions environnementales sous le chapitre 11 de l'Aléna : De la confidentialité à la transparence*, mémoire en sciences de l'environnement, université du Québec, Mai 2007.
- COULIBALY (Y-I), *La confidentialité dans l'arbitrage*, mémoire master 2, Université Alassane OUATTARA, Bouaké, 2020.
- NGUEGUIM LEKEDJI (F), *Les compétences du juge étatique dans l'arbitrage OHADA*, mémoire master 2 contentieux et arbitrage des affaires, université catholique d'Afrique centrale, 2007, 115 p.
- REMY (A), *L'Arbitrage International, entre confidentialité et transparence*, dirigé par M. Louis Vogel, Master 2 de Droit Européen comparé, 2013, 54 p.

## **IV- ARTICLES, CHRONIQUES, COLLOQUES, ETUDES ET RAPPORTS**

- ADAMOU (M), « La confidentialité dans l'arbitrage OHADA à l'épreuve de la transparence », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives* n°38, avril 2017, pp.5-44.
- ADAMOU (M), « La confidentialité dans l'arbitrage OHADA à l'épreuve de la transparence », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n° 38, avr. 2017, pp. 21-22.

- ADAMOU (M), « La confidentialité dans l'arbitrage OHADA à l'épreuve de la transparence », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n° 38, avr. 2017, p. 5.
- AKA (N), « La pratique arbitrale et les institutions d'arbitrage en Afrique : le cas de la Côte d'Ivoire », in *l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, éd. Bruylant, 2000.
- ALEXIS (B. C.), "Presumption Meets Reality: an exploration of the confidentiality obligation in international commercial arbitration." *American university international Law review* 16, n°4 (2001): 969-1025.
- ALRASHID (M.N.), WESSEL (J) et LAIRD (J), Impact of third-party funding on privilege in litigation and international arbitration, *Dispute Resolution International*, Vol. 6, n°2.
- ANCEL (J-P.), « Le contrôle de la sentence », in *L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, 2000 Bruylant, p. 191.
- Article de presse publié dans journal français Le Monde du 10 avril 2014, lettre d'information du 11 avril 2014, [info@ohada.com](mailto:info@ohada.com).
- BELLET (P) et MEZGER (E), « L'arbitrage international dans le Nouveau code de procédure civile », *RCDIP* 1981.611, spec. P. 646.
- BOISSESON (M), « The arbitration act 1996 and the New ICC arbitration rules 1998: A comparative approach », *intern. Arb. Law Rev.* 1998.68, spec. p. 69.
- CLAY (Th), « Arbitrage : regards croisés d'un arbitre et d'un directeur juridique », *Gazette du Palais*, 15 février 2011, n°46, p.6.
- COURBE (P), « Arbitrage international, arbitre, indépendance, impartialité », *Recueil Dalloz* 1999, pp.497-500.
- DAVET (F. G.) et LHOMME (F), Article de presse publié dans le journal français Le Monde, du 4 novembre 2013, « Les juges et le simulacre de l'arbitrage TAPIE », in *lettre d'information* du 15 novembre 2013, [info@ohada.com](mailto:info@ohada.com).
- DAVET (F. G.), LHOMME, « Arbitrage crédit lyonnais c/ Bernard Tapie placé en garde à vue », journal, Le Monde, 24 juin 2013.
- DAVET (F. G.), LHOMME (F. F.), « Affaire Tapie : comment l'arbitrage a été verrouillé », Le Monde, 17 juin 2013.

- DAVID (R), « Arbitrage et Droit Comparé », dans la *Revue International de Droit Comparé*. Vol. 11 Num 1, Janvier-mars 1959. Pp. 5-18. Doi: 10.3406/ridc.1959.12217.
- DELANOY (Ch), « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Revue de l'arbitrage* 2007, n°2, pp. 212-213.
- DELSAUT (L), « Adieu à la confidentialité de la procédure arbitrale ? » 2007, consulté le 23 août 2022, 23h.
- DELVOLVE (J-L), « Vraies et fausses confidences ou les petits et grands secrets de l'arbitrage », p. 378.
- DESPUTEUX, « Gazette C Blondin », 2003, p 43-44.
- DESSEMONTET (F), Arbitrage et Confidentialité, « Le droit en action », édicté par RAPP (J. M.) et JACCARD (M), *Recueil de travaux*, publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1996.
- DIENG (A), « Approche culturelles des ADR en OHADA », les modes alternatifs de règlement de conflits (MARC) en OHADA 17 et 18 Mars 2009, 17 p.
- DJOUMESSI TSAFACK (C. C.), « La confidentialité dans la procédure arbitrale dans l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, janvier 2016.
- EZRATTY (M), « L'interview du mois », Dr. et Patrim., avr. 1996, p. 14, spéc. p. 18. Marie-Anne, Frison -Roche a récemment parlé à ce propos d'« effet pervers » de la responsabilité civile des magistrats.
- FAGES (F), « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », *Revue de l'arbitrage*, 2003, pp. 5 et s.
- FLECHEUX note sous Paris 18 février 1986, *Revue de l'arbitrage*, 663.
- FOUCHARD (Ph), « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Revue de l'arbitrage*. 1996, p. 325, reproduit in *Ecrits*, CFA, 2007, p. 147.
- FOUCHARD (Ph), « Le statut des arbitres dans la jurisprudence française », *Revue de l'arbitrage*. 1996, p. 325 ; commission de l'arbitrage international de la CCI, « Le statut de l'arbitre », *Revue de l'arbitrage*. 1996, p. 559.
- FOUCHARD (Ph), « Vers une réforme du droit français de l'arbitrage ? Quelques questions et suggestions », in « Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage ». Travaux du comité français de l'arbitrage, 27 janvier 1992, Paris, *Revue de l'arbitrage*. 1992.199, spec. P. 203.

- FOUCHARD (Ph), « Brèves remarques sur les conventions bilatérales de coopérations judiciaire et leur rapport avec l'arbitrage », note sous paris 14 jan. 1997, *Revue de l'arbitrage*. 1997.395, spec. P. 401.
- FOUCHARD (Ph) (sous la présidence de), « Rapport final sur le statut de l'arbitre », spéc. n°1 ; 28, Mai 1996, p. 32.
- FOUCHARD (Ph), « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », JDI 1982.374, spec. N° 85.
- FOUCHARD (Ph), « La responsabilité de l'arbitre », *revue arbitrale*, JDI 1982.374, p 44.
- FORTIER (L.Y), "The occasionally unwarranted assumption of confidentiality", 15, ARB. INT'L 131 (1998), p 31-39.
- FRSON-ROCHE (M. A.), « Les offices du juge », in jean Foyer auteur et législateur, *Leges tulit, jura docuit. Mélanges jean Foyer*. PUF, 1997, p. 463, spéc. n° 10.
- GAILLARD (E), « Le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial international », *Recueil Dalloz Sirey*, 1987.
- GAILLARD (E), « Le principe de confidentialité dans l'arbitrage international », *recueil Dalloz*, 1997, *chron.* P. 153.
- GRANDJEAN (Ph) note sous Paris 30 nov. 1999 (D. Marteau), *Revue Arbitrale*, 2000.299 (2<sup>e</sup> esp.) ; *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> – 2 déc. 2000, p. 54.
- GUINCHARD (S), « La responsabilité des gens de la justice », Rapport de synthèse, in 22<sup>e</sup> colloque des institutions d'études judiciaires, Nantes, 8-9 nov. 1996, *Just.* n° 5, 1997.109, spéc. p. 113.
- GUINCHARD (S), « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », in *Répertoire de procédure civile*, *Dalloz*, mise à jour octobre 2013, n°64.
- GUINCHARD (S), « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », in *Répertoire de procédure civile*, *Dalloz*, mise à jour octobre 2013, n°21.
- GUINCHARD (S), « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », in *Répertoire de procédure civile*, *Dalloz*, mise à jour octobre 2013, n°64.
- GUINCHARD (S), « La responsabilité des gens de la justice », Rapport de synthèse, *Colloque des I.E.J.*

- GUYON (Y), «L'arbitrage», *Economica*, coll. Droit des affaires, droit poche, 1995, spéc. p. 50.
- HASSUEH INSURANCE, 2 Lloyd's report, 243- sur cette décision PAULSSON (V), RAWDING, « Les aléas de la confidentialité », Bull. cour CCI, mai 1994, p. 49.
- HUMBERT (M), « Arbitrage et jugement à Rome, Droits et cultures », *revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, vol. n° 28, 1994.47, spéc. P. 59-60.
- JACQUET (J-M.), « Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale ? », *Revue de l'arbitrage*, n°3, 2010, pp. 445-466.
- JEANTET (F. Ch.), « L'accueil des sentences étrangères ou internationales dans l'ordre juridique français », in « La réforme de l'arbitrage international en France. Décret du 12 mai 1981 ». Travaux du comité français de l'arbitrage, Paris, 23 sept. 1981, *Revue Arbitrale*, 1981.503, spéc. P. 518
- JARROSSON (Ch), « La qualité de partie à l'arbitrage d'une société nationale et le contrôle de la décision d'incompétence par les arbitres », note sous Paris 16 juin 1988 (Sté Swiss oil), *Revue de l'arbitrage*. 1989.309, spéc. P. 321.
- JARROSSON (Ch), « L'expertise juridique », in *Liber Amicorum Claude Reymond autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, P. 127, spéc. N°8, P. 130.
- JARROSSON (Ch) note sous Paris, 12 novembre 1998, *Revue Arbitrale*, 1999, p. 374.
- JARROSSON (Ch), « Réflexions sur l'imperium », in *Etudes offertes à Pierre BELLET*, Paris, Litec, 1991, p. 245-279, spéc. n° 43 et s. Adde MEYER (P), « Imperium de l'arbitre et mesures provisoires », spéc. n° 3.
- KAMGA MAFONGO (A. S.), « L'éthique dans l'arbitrage OHADA : étude à la lumière de la pratique internationale », *penant, Revue trimestrielle de droit africain*, jan.- avr. 2016, n° 894, pp. 74-75.
- KOURIS (S), « Confidentiality: is International Arbitration losing one of its major benefits? » 22 J.Int'l. Arb. 127 (2005), cite dans Confidentiality in commercial Arbitration, SMEUREANU (I), 2011, Wolters Kluwer Law & Business, p.76; consulté en ligne le 09 août 2022.
- LALIVE (P), « Sur l'irresponsabilité arbitrale », in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J-F. Poudret*, Faculté de droit de l'Université de Lausane, 1999, pp. 419-435, document sous format PDF, [www.google.fr](http://www.google.fr), p. 16.
- LALIVE (P), (Mélanges en l'honneur de), *Etude de droit international*, « Sur l'irresponsabilité arbitrale », 1993, 790 p.

- LAZAREFF (S), « Confidentiality in Arbitration, article : Confidentiality and Arbitration : theoretical and philosophical reflections », publié dans le supplément spécial du Bulletin 2009 de la chambre de commerce international, pp. 81-93.
- LAZAREFF (S), « Le juge et l'arbitre », *Gaz. Pal.* 16 déc. 2008, n° GP20081216001.
- LEBOULANGER (Ph), « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », p. 579.
- LEBRUN (P. B.), « La responsabilité », *Empan*, 3/2015, n°99, pp. 105-109.
- LOQUIN (E), « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Revue Arbitrale*, 2006, p. 342, n° 31.
- LOQUIN (E), « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Revue Arbitrale*, 2006, p. 325.
- LOQUIN (E), « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, n°2, 2010, p. 230.
- LOQUIN (V. E.), « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage » ; *Revue Arbitrale*, 2006, p. 523.
- LOQUIN (E), in « Réflexion sur la jurisprudence arbitrale, sa cohérence et ses divergences », souligne que la jurisprudence arbitrale est inconcevable en théorie, *Revue Arbitrale*, n°3 ? 2010 ? P. 452.
- MAFO DIFFO (R), « Vers la prévalence de l'irresponsabilité arbitrale en droit OHADA ? » *Revue de l'ERSUMA*, 2016, l'Université de Yaoundé 2, p.606.
- MALAURIIE (Ph), AYNES (L) et GAUTIER (P. Y.), Droit civil. Contrats spéciaux, spéc. n° 1211.
- MENETREY (S), « La multiplication des centres d'arbitrage dans l'espace OHADA », colloque, 2014, p. 215.
- MEYER (P), « Droit de l'arbitrage », doc. *ERSUMA*, octobre 2009, p. 10
- MEYER (P), « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'acte uniforme », *Revue de l'arbitrage*, n°3, 2010.
- MEYER (P), « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *Rec. Cours la Haye* 1989.v.319, spéc. n° 40, note 66.
- MAYER (P), « L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français », in DERAIS (Y) (sous la direction de), Droit et pratique de l'arbitrage international en France. Avant-propos de PICHARD (R) du Page. FEDUCI, 1984, p. 81, spec. N° 29.

- MEYER (P), « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'acte uniforme », *Revue de l'arbitrage* 2010, n°3, pp.467-494.
- MEYER (P), « Le contrat illicite », in « L'arbitre et le contrat », Travaux du comité français de l'arbitrage, Paris, 12 jan. 1984, *Revue Arbitrale*, 1984.205, spéc. p. 206 et 216-217.
- MMOÏNÏ-SHABESTIR (N), parrainée par Coppo B., « La publication des sentences arbitrales : les leçons milanaïses », journal de l'arbitrage de l'université de Versailles, octobre. 2012, n°1, p.12.
- MOULOUL (A), « L'arbitrage dans l'espace OHADA, conférence internationale sur le Droit des Affaires de l'OHADA », maison du Droit Vietnamo-Française, 28 janvier 2010, arbitre CCJA, 31 p.
- MÜLLER (Ch), « La confidentialité de l'arbitrage commercial international, un trompe œil ? » Bull. ASA 2005, n°2, vol. 23, p. 216.
- NDEYE COUMBA (N), « Le statut de l'arbitre dans la réforme de l'arbitrage en droit OHADA », *LEDAF* mai 2018, n° 111, P. 5.
- NGWANZA (A), « L'essor de l'arbitrage international en Afrique sub-saharienne : les apports de la CCJA », *Revue de l'ERSUMA*, n°6, janvier 2016, p. 45.
- NIBOYET (J. P.), « Traité de droit international privé français », *Recueil Sirey*, Tome VI, vol. 2, 1950, spec. n° 1985.
- OGOUBI (A), DELFINI (A), « La cour commune de justice et d'Arbitrage, « garante » des décisions souveraines des Etats parties à l'OHADA ? », *Penant, Revue trimestrielle de droit africain*, janvier-mars 2016, n°894, p.147.
- QUINIOU (M), supervisé par KESSEDJIAN (C), « Confidentialité dans l'arbitrage relatif aux secrets de fabrique et de savoir-faire (et secret d'affaire de nature technique) », journal de l'arbitrage de l'université de Versailles, octobre 2011, n°1, p.4.
- RACINE (J. B.) note sous Paris, 7 février 2008, *Revue Arbitrale*, 2008, p. 501.
- Rapport de la commission de l'arbitrage international de la CCI sur le statut de l'arbitre, Bull. de la CIA, CCI, mai 1996, p. 28 et s., spéc. p. 38 et s.
- Rapport du club des juristes, « La responsabilité de l'arbitre », commission ad hoc 2017, p. 63.
- RODIERE (R), « Les grands arrêts de la jurisprudence civile », *Dalloz*, coll. Grands arrêts, 11<sup>e</sup> éd. 2000, spéc. t. 2, n° 178.

- TALL (Y), actuel président de la cour sur la page officielle de la CACI.
- TERCIER (P), « L'arbitrage : une alternative aux juridictions étatiques », journal de l'arbitrage de l'université de Versailles, janvier 2017, n°1.
- TERRE (F), SIMLER (Ph) et LEQUETTE (Y), Droit civil, « Les obligations », *Dalloz*, coll. Précis-droit privé, 7<sup>e</sup> éd. 1999, spéc. n° 595.
- TERRE (F), « Justice étatique en instance arbitrale », colloque de l'AFA, 24 sept. 1997, *Publications de l'AFA*, spéc. p. 26.
- TOURNAU (Ph) et CADIET (L), « Droit de la responsabilité et des contrats », spéc. n° 1138 et s.
- VEDEL (G), « L'arbitre et la corruption », colloque de l'AFA, 27 sept. 1995, *publications de l'AFA*, spéc. p. 32-36.
- VINCENT (J) et GUINCHARD (S), procédure civile. *Dalloz*, coll. Précis-droit privé, 25<sup>e</sup> éd., 1999, spéc. n° 180.
- WEILLER (L), « L'information en matière d'arbitrage », LPA 30 avril 2019, n°138u6, p.40.
- WYSS (L. F.), « Comment protéger le secret d'affaires en arbitrage du commerce international », 06/2009, s. 158-167.

## V- JURISPRUDENCES, NOTES ET OBSERVATIONS

- CADIET obs. Sous Civ. 1<sup>er</sup>, 13 October 1953, Bull. civ. I, n°224; civ. 1er, 20 février 1996. I. 3938, n°1.
- CAPITANT (H) note sous Cass. 17 mai 1927, D.P., 1928, I, conclu. MATTER.
- CLAY (Th) note sous TGI Strasbourg, 7<sup>e</sup> ch. Correctionnelle, 6 mars 1990, *Sté de droit canadien B.E.L. Tronic's Int. C/ B. Ardouin, M. Viandier, M. Vignals et Sté Portex*, inédit; *L'arbitre*, n°944, p. 714.
- DEBBASCH note sous Cass., ass. Plén., 23 février 2001, n°99-16.165, Bolle-Laroche, D. 2001.1752.
- DELEBECQUE (Ph) obs. Sous Cass. Com., 22 oct. 1996 (Sté chronopost), Bull. Civ. IV, n° 261; Droit des Affaires 1997.235, JCI 1997.II.22881, note crit. COHEN (D).
- DURRY, note sous Civ. 1<sup>er</sup>, 5 mars 1980, *RTD civ.* 1980.772.
- ESTOUP, note sous Versailles, 27 juillet 1989, *JCP* 1990.II.21450.

- FOUCHARD (Ph) obs. sous TGI, Paris, 9 décembre 1992, *Sté L'Oréal, Revue de l'arbitrage*, 1996. 483, 3<sup>e</sup> esp., obs. p. 325, spéc. n°11, 13, 35, 36 et 72 et s.; cite par CLAY (Th), *L'arbitre*, n°941, p. 711.
- FOUCHARD (Ph), GAILLARD (E), GOLDMAN (B) note sous TGI Paris, 13 juin 1990, Bompard c/ Consorts Carcassone et autres, *Gaz. Pal.*, 1990.II, somm. P.417, n°1083, p.608.
- FOUCHARD (Ph) obs. sous TGI Paris, 12 mai 1993, Raoul Duval, *Revue arbitrage*, 1996. 411(2<sup>e</sup> esp.), p.325, spec. n°19, 31, 73 et suivant; cité par CLAY (Th), *L'arbitre*, n°928, p.705.
- HEBRAUD (P) obs. sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 juin 1960, D., 1960.622; RTD civ., 1960.348, Décision rapportée par FOUCHARD (Ph), GAILLARD (E), GOLDMAN (B), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1966, n°1080, p.607.
- LEMAIRE note sous TGI Paris, 22 juillet 1998, D. 1999. IR 214; Civ. 1<sup>er</sup>, 13 octobre 1998, n°96-13.862, D.2000.576.
- LOQUIN (E) note sous Paris 22 Janvier 2004, Société National Company for fishing and marketing Nafimco v. Société Foster Wheeler Trading company AG, *Revue de l'arbitrage 2004*, pp. 657-664.
- PHILIPPE note sous Cass. Belge, 8 décembre 1994, *journal de Liège, Mons et Bruxelles* 1995 n°10, p. 387, *journal des tribunaux* 1995.497.
- RIGAUX et COMPERNOLLE (V) note sous Cass. Belge, 19 décembre 1991, *Revue Crit. Jur. Belge* 1993.285.
- RODIERE (R) note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 février 1955 (SNCF), D. 1956.17.
- CCJA, 15 oct. 2015, n° 102/2015, M. Leopold Ekwa Ngalle, Mme Helene Njonjo Ngalle, SA international Business corporation SA c/ Sté Nationale d'hydrocarbures, citation 3-16-95.
- Arrêt n°028/2007 du 19 juillet 2007, « Société Nestlé Sahel c/ Société commerciale d'importation AZAR et SALAME dire SCIMAS », in *Revue trimestrielle de droit africain*, avril-juin 2009, n°867, pp.226-235.
- CCJA, Assemblée plénière, 17 juillet 2008, *Revue Arbitrale*, 2010, n°3, pp. 595-599.
- CCJA, 1<sup>ere</sup> ch. Arrêt n° 74/2018 du 29 mars 2018.
- Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 29 janvier 1960, *Revue Arbitrale*, 1960.121 ; D., 1960.262 ; Trib. Gr. Inst. Paris, 1<sup>ere</sup> C, 12 mai 1993, Raoul Duval.
- Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 29 Jan. 1960.

- Com. 25 mars 1999, *Bull. civ.*, II, n°56.
- Civ. 1<sup>er</sup>, 4 novembre 2010, *cahier de l'arbitrage*. 2010, p. 1147.
- Cass. 1<sup>ere</sup> civ., nov. 2012, n°11-24.238.
- Cass. Crim., 3 avril 2002, n°11-85.571.
- Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-25.687.
- Cass. 2<sup>e</sup> Ch. Civ. Arrêt n°1 du 5 janvier 2017, 16-12.394.
- High court d'Australie, 7 avril 1995, *Esso v. Plowman*, 128, ALR 391.1995.
- Bordeaux 14 oct. 1987 (Sté de droit canadien B.E.L. Tronic's Ltd c. Sté Portex), rôle gén. 2916/87 et 2917/87, *inédit*.
- C. A. de Paris, pôle 1, ch. 1, arrêt du 03 décembre 2015, *inédit*.
- C. A. Paris, 2 juillet 2013, société La Valaisanne Holding : *Rev. Arb.* 2013, somm. P. 819.
- Arrêt de la cour d'appel de Paris, rendu le 22 janvier 2004, *Nafimco*.
- C. A. Paris, 18 février 1986 : D. 1987, p. 339.
- Arrêt English Court of appeal rendu en 1997, *Ali Shipping corporation v. Shipyard Trogir*, 12/19.
- Cour d'appel, Paris ch., 18 fév. 1986, *Revue de l'arbitrage*. *Aita v. ojje*, Note 464, p. 174.
- Court of Appeal 1990 *Dolling Baker c/Marret* ; puis *Hassneh Insurance co of Israel v. Stuart J. New* ; enfin Court of Appeal. Civil division. 19 décembre 1997, *Ali Shipping corporation v. Shipyard Trogir*.
- TGI Paris, 13 juin 1990, *Bompard c/ C.*, *Gaz. Pal.* 1990 II somm. P. 417.
- Trib. Com. Paris, Ord. Réf, 22 février 1999, et Paris 17 septembre 1999, *Revue de l'arbitrage*. 2006, p. 573.

## V- TEXTES LEGISLATIFS

### A- LOIS

- Loi-type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 et modifié par la résolution 65/22 et en vigueur depuis le 15 Août 2010.
- Loi n° 15/98 instituant la charte des investissements au Gabon.
- Loi n° 93-671 du 9 août 1993 relative à l'arbitrage interne en Côte d'Ivoire.

- Loi n° 51/83 du 21 avril 1983 portant Code de procédure civile.
- Loi ivoirienne n° 93-671 relative à l'arbitrage interne.
- Loi 61.71 du 03 juin 1965 de la Centrafrique.
- Loi du 14 avril 1962 de la Guinée.

## **B- DECRETS**

- Décret du 13 janvier 2011 relatif au nouveau droit de l'arbitrage interne et international français.
- Décret sénégalais n° 98-492 du 5 juin 1998 relatif à l'arbitrage interne.
- Les décrets du 14 mai 1980 et du 12 mai 1981.
- Décret français pris en décembre 2010, article 1509.
- Décret du 13 janvier 2011, article 1464 CPC.

## **C- TRAITES ET CONVENTIONS**

- Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires du 17 octobre 1993 à Port-Louis, révisé le 17 octobre 2008 à Québec, J.O. OHADA, n° 4, 01/11/97.
- Convention de New-York du 10 juin 1958.
- Convention de Genève du 26 janvier 1927 portant sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères.
- Protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage.

## **D- REGLEMENTS**

- Règlement d'arbitrage CCI tel que modifié et en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012.
- Règlement d'arbitrage CCJA du 11 mars 1999 adopté à Ouagadougou publié le 15 mars et entré en vigueur le 15 juin 1999 (modifié).
- Règlement d'arbitrage CCJA du 23 novembre 2017 adopté à Conakry.
- Règlement de procédure contentieuse de la CCJA du 18 avril 1996 modifié par le Règlement n° 001/2014/CM du 30 janvier 2014. Publié au JO OHADA n° Spécial du 14 février 2014.
- Règlement intérieur de la CCJA du 02 juin 1999 en matière d'arbitrage.
- Règlement de la CACI entré en vigueur le 23 janvier 2019.

- Règlement d'arbitrage international de l'American Arbitration Association.

## **E- ACTES UNIFORMES ET CODES**

- Acte uniforme relatif au droit de l'Arbitrage dans sa version révisée du 23 novembre 2017.
- Acte uniforme portant médiation du 23 Novembre 2017, entré en vigueur le 15 mars 2018.
- Acte uniforme portant médiation.
- Code de procédure civile français.
- Nouveau code de procédure civile français.
- Code civil Napoléonien
- Code de la consommation.
- Code CIMA
- Code pénal.
- Code des personnes et de la famille du Burkina Faso.
- Code de la famille du Congo.
- Code civil du Gabon.
- Code de la famille du Togo.
- Code de la famille du Sénégal.
- En droit OHADA, les articles 7, 8, 13, 14 viennent définir l'ensemble des droits et obligations qui pèsent sur l'arbitre.
- Article 1 du règlement d'Arbitrage de la CACI, entré en vigueur le 23 janvier 2019.
- Article 2 du règlement d'Arbitrage de la CACI, entré en vigueur le 23 janvier 2019.
- Article 1 de la Convention de Vienne
- Article 49 du traité OHADA, révisé à Québec le 17 octobre 2008.
- Article 31 du règlement LCIA.
- Article 77 du règlement OMPI.
- Article 36 du règlement AAA.
- Article 9 et 25 du CACNIQ.
- Article 34 du règlement AIA.

## VII- WEBOGRAPHIE

- Safoura MABOUNE NDAME, « Le principe de confidentialité en arbitrage OHADA : cas de l'IJAMC », Ohadata D-17-15, p.2, consulté sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com) le 9 août 2022 à 13h 22mn.
- <https://www.filsantejeunes.com/la-confidentialite-cest-quoi-18492>
- Dictionnaire juridique droit prive, <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/confidentiel.php/>, consulté le 09 août 2022.
- <http://www.droit-africain.com/cote-d'ivoire-arbitrage/>
- <http://www.caren-adr-org/fr/les-options/les-avantages-de-l-arbitrage-commercial/>
- Russel v. Russel (1880), 14 Ch. D. 471, 474 ; <http://www.trans-lex.org/302010>., consulté le 14 septembre 2022.
- « Les royalties connues sous le terme de redevances périodiques ou redevances d'exploitation en français, sont la contrepartie financière réclamée par le franchiseur pour rétribution des services rendus aux franchisés », <http://www.toute-la-franchise.com/lexique-82-royalties-ou-redevances-periodiques.html>, consulté le 15 septembre 2022.
- Art. 22.3 du règlement CCI, <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration>. Consulté 12 octobre 2022 à 03h 12.
- <http://www.cietac.org/uploads/201607/5795f078aa6d5.pdf>. Consulté le 12 octobre 2022.

## TABLE DES MATIERES

|                                                                                                        |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>AVERTISSEMENT .....</b>                                                                             | <b>I</b>   |
| <b>DEDICACES .....</b>                                                                                 | <b>II</b>  |
| <b>REMERCIEMENTS.....</b>                                                                              | <b>III</b> |
| <b>LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS ET DES SIGLES .....</b>                                          | <b>IV</b>  |
| <b>SOMMAIRE .....</b>                                                                                  | <b>VII</b> |
| <b>INTRODUCTION.....</b>                                                                               | <b>1</b>   |
| <b>PREMIERE PARTIE : L'ARBITRE, SOUVENT TENU PAR LA CONFIDENTIALITE .....</b>                          | <b>14</b>  |
| CHAPITRE I : UNE EXIGENCE IMPLICITE DE LA CONFIDENTIALITE .....                                        | 16         |
| SECTION I : Le caractère implicite de la confidentialité .....                                         | 16         |
| PARAGRAPHE I : L'imprécision des textes législatifs OHADA sur la confidentialité de l'arbitre .....    | 16         |
| A : Une ambiguïté de mise en évidence de la confidentialité de l'arbitre .....                         | 17         |
| B : Une large étendue de la confidentialité.....                                                       | 20         |
| PARAGRAPHE II : La consécration implicite du principe de confidentialité .....                         | 22         |
| A : Une consécration en droit communautaire .....                                                      | 22         |
| B : Une consécration en droit international.....                                                       | 25         |
| SECTION II : Une confidentialité implicite controversée .....                                          | 28         |
| PARAGRAPHE I : Une divergence jurisprudentielle du principe de confidentialité .....                   | 29         |
| A : L'admission du principe de confidentialité .....                                                   | 29         |
| B : Le rejet explicite du principe de confidentialité .....                                            | 31         |
| PARAGRAPHE II : Une controverse doctrinale du principe de confidentialité.....                         | 34         |
| A : Le malaise de conceptualisation du principe de confidentialité .....                               | 34         |
| B : L'admission d'une présomption de confidentialité .....                                             | 37         |
| CHAPITRE II : UNE CONFIDENTIALITE FRAGILE .....                                                        | 41         |
| SECTION I : Le risque d'atteinte externe à la confidentialité de l'arbitre.....                        | 41         |
| PARAGRAPHE I : La divulgation de certaines informations pertinentes face à l'ordre public de fond..... | 42         |
| A : La transparence de l'arbitre devant la justice étatique .....                                      | 42         |
| B : La préservation de la sécurité juridique.....                                                      | 43         |
| PARAGRAPHE II : La divulgation face au contrôle procédural.....                                        | 45         |
| A : L'ordre public procédural.....                                                                     | 45         |
| B : L'ordre public de fond.....                                                                        | 47         |
| SECTION II : Le risque d'atteinte interne à la confidentialité de l'arbitre .....                      | 50         |
| PARAGRAPHE I : La divulgation du fait de l'arbitre.....                                                | 50         |

|                                                                                                                    |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| A : Les informations envers les parties .....                                                                      | 50        |
| B : Les informations envers le public .....                                                                        | 54        |
| PARAGRAPHE II : La divulgation du fait des parties .....                                                           | 56        |
| A : Une divulgation explicite .....                                                                                | 56        |
| B : Une divulgation implicite .....                                                                                | 57        |
| <b>DEUXIEME PARTIE : L'ARBITRE, PARFOIS SANCTIONNE POUR INOBSERVATION<br/>DU PRINCIPE DE CONFIDENTIALITE .....</b> | <b>59</b> |
| CHAPITRE I : LES SANCTIONS ENCOURUES PAR L'ARBITRE EN CAS DE REVELATION<br>.....                                   | 61        |
| SECTION I : Les sanctions judiciaires de l'arbitre .....                                                           | 62        |
| PARAGRAPHE I : La responsabilité civile de l'arbitre .....                                                         | 62        |
| A : La responsabilité civile contractuelle de l'arbitre.....                                                       | 63        |
| B : La responsabilité civile délictuelle de l'arbitre.....                                                         | 67        |
| PARAGRAPHE II : La responsabilité pénale de l'arbitre .....                                                        | 68        |
| A : Les infractions commises dans le cadre des fonctions de l'arbitre.....                                         | 69        |
| B : La mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'arbitre vue comme complice des<br>parties .....              | 71        |
| SECTION II : La sanction extrajudiciaire de l'arbitre .....                                                        | 73        |
| PARAGRAPHE I : La sanction disciplinaire de l'arbitre .....                                                        | 74        |
| A : La révocation de l'arbitre .....                                                                               | 74        |
| B : La récusation de l'arbitre .....                                                                               | 76        |
| PARAGRAPHE II : La sanction institutionnelle de l'arbitre.....                                                     | 78        |
| A : La sanction contractuelle.....                                                                                 | 79        |
| B : L'annulation de la sentence .....                                                                              | 80        |
| CHAPITRE II : LE TEMPERAMENT AUX SANCTIONS DE L'ARBITRE.....                                                       | 83        |
| SECTION I : L'immunité des arbitres en cas de sanction .....                                                       | 83        |
| PARAGRAPHE I : Le fondement de l'immunité des arbitres dans l'espace OHADA .....                                   | 84        |
| A : L'immunité fondée sur la fonction juridictionnelle de l'arbitre .....                                          | 84        |
| B : Le domaine de l'immunité.....                                                                                  | 86        |
| PARAGRAPHE II : Les caractères de l'immunité de l'arbitre .....                                                    | 87        |
| A : L'immunité liée au statut particulier de l'arbitre.....                                                        | 88        |
| B : Les clauses limitatives de responsabilité .....                                                                | 91        |
| SECTION II : L'existence d'une discrimination entre les arbitres .....                                             | 94        |
| PARAGRAPHE I : Le critère discriminant de la reconnaissance de l'immunité diplomatique                             | 95        |
| A : L'exclusion des arbitres ne relevant pas de la CCJA .....                                                      | 95        |
| B : La suggestion d'un rétablissement de l'égalité entre les arbitres dans l'espace OHADA                          | 96        |
| PARAGRAPHE II : Les motifs de la discrimination .....                                                              | 98        |

|                                                                    |            |
|--------------------------------------------------------------------|------------|
| A : La discrimination en raison du statut de l'arbitre .....       | 98         |
| B : La discrimination en raison des normes institutionnelles ..... | 100        |
| <b>CONCLUSION.....</b>                                             | <b>102</b> |
| <b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>                                         | <b>CIV</b> |
| <b>TABLE DES MATIERES .....</b>                                    | <b>CXX</b> |