

**CERCLE HORIZON  
CLUB OHADA ORLEANS  
UNIVERSTE D'ETE 2009**

**OHADA ET BONNE GOUVERNANCE**

**Du 6 au 10 juillet 2009**

**LA TRANSPARENCE DE LA JUSTICE ARBITRALE**

*Thème introduit par Amadou DIENG  
Docteur en droit, Avocat au Barreau de Paris  
CABINET CIMADEVILLA*

## **LA TRANSPARENCE DE LA JUSTICE ARBITRALE OHADA**

### **SOMMAIRE**

#### **INTRODUCTION**

#### **1. LES NOTIONS DE TRANSPARENCE ET DE JUSTICE ARBITRALE NE SONT-ELLES PAS ANTINOMIQUES ?**

#### **2. L'ILLICITE FACE A LA JUSTICE ARBITRALE**

##### **2.1. L'utilisation de l'arbitrage pour commettre une infraction**

##### **2.2. L'appréciation par l'arbitre d'un comportement susceptible de qualification pénale.**

#### **3. L'ORDRE JURIDIQUE ARBITRAL OU LA METHODE DES REGLES TRANSNATIONALES**

#### **4. LE DROIT OHADA GARANTIT-IL UNE TRANSPARENCE DE LA JUSTICE ARBITRALE ?**

##### **4.1. Autonomie de la convention d'arbitrage**

##### **4.2. Le principe de compétence-compétence des arbitres**

##### **4.3. Constitution du tribunal arbitral**

##### **4.4. L'ordre public international**

##### **4.5. Le rôle de l'arbitre**

#### **CONCLUSION**

## LA TRANSPARENCE DE LA JUSTICE ARBITRALE OHADA

### INTRODUCTION

Ce vaste thème, qu'il nous a été demandé d'introduire, sera envisagé en inversant les termes de l'intitulé et en précisant qu'il s'agit en particulier de la justice arbitrale dans le contexte du droit OHADA.

Ainsi, la question à laquelle nous tenterons d'apporter une réponse, reviendra à se demander si, dans le cadre de l'arbitrage OHADA, la grande liberté accordée aux parties et aux arbitres ne risque-t-elle pas de conduire à l'arbitraire ?

Dans le cadre de l'OHADA, l'arbitrage institutionnel, en particulier celui spécifique de la CCJA offre-t-il plus de garanties de transparence que l'arbitrage Ad Hoc ?

Comment le droit OHADA de l'arbitrage permet-il de faire efficacement face aux pratiques illicites auxquelles les arbitres peuvent être confrontés ?\*<sup>1</sup>

Les arbitres agissant dans le cadre de procédures arbitrales CCJA et qui disposent, à ce titre, d'une immunité diplomatique sont-ils suffisamment protégés contre des poursuites pénales liées à leur activité professionnelle ?

Afin de répondre à ces interrogations, nous mettrons d'abord l'accent sur les définitions afin de bien identifier l'objet de nos propos. Ensuite, nous procéderons à une brève présentation des situations dans lesquelles la justice arbitrale est susceptible d'être confrontée à l'illicite. Enfin, nous examinerons les réponses apportées par le droit OHADA de l'arbitrage aux questions soulevées par les allégations d'actes illicites dans le cadre de la justice arbitrale.

### 1. LES NOTIONS DE TRANSPARENCE ET DE JUSTICE ARBITRALE NE SONT-ELLES PAS ANTINOMIQUES ?

La transparence dans les affaires est synonyme de visible par tous et non dissimulé tandis que l'arbitrage commercial se veut privé et confidentiel. Aussi on peut se demander si le caractère privé, confidentiel et contractuel de l'arbitrage garantit-il une transparence de la justice arbitrale ?

En d'autres termes, des notions comme la confidentialité des procédures arbitrales, le secret professionnel de l'arbitre ou le secret du délibéré arbitral ne constituent-ils pas un terreau pour la non transparence ? Les règles d'arbitrage en vigueur ne prévoient –elles pas une transparence limitée ? \*<sup>2</sup>

Au regard des principes de l'arbitrage OHADA, serait-il acceptable qu'un arbitre soit convoqué par un juge d'instruction, pour l'interroger sur une procédure arbitrale à laquelle il avait participé quelques années auparavant, dans le cadre d'une information ouverte pour corruption ?

Le droit OHADA de l'arbitrage autorise-t-il l'arbitre OHADA à utiliser la méthode des règles transnationales pour annuler les contrats entachés de corruption ?

## **2. L'ILLICITE FACE A LA JUSTICE ARBITRALE**

Les situations où un tribunal arbitral pourrait être confronté à l'illicite, (infraction pénale, blanchiment, corruption, etc.), sont diverses mais peuvent être classées en deux catégories.

D'une part, les cas où les parties se servent de l'arbitrage pour commettre une infraction, et, d'autre part, les cas où le comportement d'une ou des parties, soumis à l'appréciation de l'arbitre, est constitutif d'une infraction pénale ou d'un fait de corruption. \*<sup>3</sup>

### **2.1. L'utilisation de l'arbitrage pour commettre une infraction**

Cette situation correspond au cas où des individus manipulent un arbitre de bonne foi en vue de lui faire rendre une sentence dont l'autorité de chose jugée couvre de légitimité une activité pénalement sanctionnée.

L'archétype de cette situation correspond au blanchiment d'argent d'origine criminelle, à présent sanctionné par des dispositions émanant des conventions internationales contre la corruption.

On rencontre aussi des infractions aux règles sur le contrôle des changes, dont les accords de Bretton Woods imposent le respect par tous les Etats membres du FMI.

Dans le premier cas, une condamnation à payer des dommages intérêts dissimule l'origine délictueuse des fonds qui seront remis au créancier. Dans le second, la même condamnation à paiement facilité, dans la plupart des Etats soumis au contrôle des changes, l'obtention de l'autorisation d'acquérir des devises fortes et de les faire sortir du pays.

Le *modus operandi* peut être simple voire grossier : une sentence d'accord partie est sollicitée de l'arbitre après quelques étapes de la procédure. Il peut être plus habile : une partie se défend mal, facilite la constitution de preuves à son encontre par son adversaire, produit des témoins faibles etc...

Certaines constantes apparaissent. Les parties sont généralement des personnes morales de fraîche date. Les activités qu'elles prétendent avoir sont souvent des activités d'intermédiaire ne nécessitant pas d'investissements sérieux. Il est rare que leurs conseils soient des avocats de bonne réputation.

Mais il peut arriver que de telles parties manipulent également des avocats renommés. Les pièces sont quasi-inexistantes : un contrat sommairement rédigé ; peu d'échanges de lettres commerciales ; difficultés pour connaître l'historique de la relation d'affaires...

### **2.2. L'appréciation par l'arbitre d'un comportement susceptible de qualification pénale.**

Un cas de figure correspond à la situation où l'une des parties fait valoir qu'elle a été victime d'une escroquerie, que les services dont la rémunération était demandée ne correspondaient à aucune réalité et où les déclarations de certains témoins étaient mensongères.

Derrière un litige commercial portant sur une livraison de marchandises non conformes, on peut voir de multiples infractions pénales : tromperie sur les qualités substantielles d'une marchandise (poids, volume, catégorie, composition, dénomination) ; tromperie sur l'origine des marchandises ; nocivité pour l'homme ; falsification ; contrefaçon ; facturation irrégulière... Ces infractions correspondent le plus souvent à la pénalisation de règles commerciales.

Une telle banalisation de l'illicite pose la question de savoir à partir de quel degré d'intensité il est opportun qu'un arbitre relève d'office l'existence d'une possible infraction au risque de déséquilibrer la procédure.

Par ailleurs, l'acte pénalement sanctionné doit-il être incriminé par la loi du contrat, la loi du siège de l'arbitrage, la loi de l'Etat où la sentence sera mise à exécution ... ?

La mission première de l'arbitre n'étant pas de juger une infraction mais d'apprécier si un comportement contractuel est ou non fautif, le danger pour l'arbitrage viendrait de ce que la partie défenderesse qui, par hypothèse, ne veut pas payer, entrave la procédure d'arbitrage par le recours à une procédure pénale.

### **3. L'ORDRE JURIDIQUE ARBITRAL OU LA METHODE DES REGLES TRANSNATIONALES**

Traitant des « *aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international* », le Professeur Emmanuel Gaillard, présente la troisième représentation de l'arbitrage comme étant celle qui accepte de considérer que la juridicité de l'arbitrage puisse être puisée non dans un ordre juridique étatique, qu'il s'agisse du lieu ou de celui du ou des lieux d'exécution, mais dans un ordre juridique tiers, susceptible d'être qualifié d'ordre juridique arbitral. \*<sup>4</sup>

Cette représentation, qui consiste essentiellement à intégrer le point de vue de l'arbitre, correspond à la perception forte chez les arbitres du commerce international qu'ils ne rendent pas la justice au nom d'un Etat quelconque, mais qu'ils n'en exercent pas moins une fonction juridictionnelle au service de la communauté internationale.

L'existence des cas d'application directe de la règle morale par les arbitres même lorsque ceux-ci n'ont pas reçu des parties le pouvoir de juger en amiable composition est avérée. \*<sup>5</sup>

L'hypothèse de l'ordre juridique arbitral fait aujourd'hui l'objet d'une acceptation croissante, tant dans la jurisprudence arbitrale, pour qui cette représentation correspond à une conception de leur rôle de plus en plus fréquemment assumée, que dans les ordres juridiques internes.

Dans l'ordre juridique arbitral, la constatation de que le droit choisi par les parties contrevient aux valeurs fondamentales de la communauté internationale permet aux arbitres de faire prévaloir ces valeurs sur les dispositions de la *lex contractus*. La protection de ces valeurs est assurée par des règles, constitutives de l'ordre public réellement international, dégagées à partir de la constatation que les Etats s'accordent à condamner certaines pratiques telles que la corruption ou le blanchiment d'argent provenant de trafic de stupéfiants ou d'autres actes illicites.

Dans une perspective positiviste, l'ordre juridique arbitral est entièrement fondé sur l'activité normative des Etats, notamment les instruments internationaux qu'ils adoptent. L'adoption de conventions internationales contre la corruption dans les transactions internationales montre que la communauté internationale a développé en la matière des règles précises susceptibles d'être appliquées par les arbitres au titre de l'ordre public transnational.\*<sup>6</sup>

Qu'en est-il du droit OHADA de l'arbitrage ?

#### **4. LE DROIT OHADA GARANTIT-IL UNE TRANSPARENCE DE LA JUSTICE ARBITRALE ?**

Le droit de l'arbitrage OHADA (législateur et la jurisprudence) consacre-t-il l'existence d'un ordre juridique arbitral ? Si oui, quels en sont les contours et limites ? Que recouvrent les notions d'ordre public international, à laquelle font référence l'article 25 du Traité et l'article 30 du Règlement d'arbitrage de la CCJA ? Quid de l'ordre public international des Etats parties, à laquelle fait référence l'Acte uniforme sur l'arbitrage ?

Dans ce contexte, il convient de préciser que dans la quasi-totalité des Etats membres de l'OHADA, le code pénal incrimine la corruption comme un délit, ainsi que divers délits tels que le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, ou l'abus de bien social.

Comme nous le savons, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique comporte des incriminations pénales même si la sanction en revient à la législation des Etats membres.

Surtout, certains Etats de l'OHADA sont également parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption, et/ou à la Convention de l'Union Africaine relative à la prévention et à la lutte contre la corruption ainsi qu'au Protocole de la CEDEAO sur la lutte contre la corruption.\*<sup>7</sup>

L'étendue et la portée de ces différents instruments internationaux anti-corrupctions sont diverses.\*<sup>8</sup> Néanmoins, la tendance générale qui se dégage en la matière est que la corruption représente un défi important pour la communauté internationale, et la lutte contre la corruption une condition préalable à la bonne gouvernance et à l'état de droit, piliers du développement durable.

C'est dans ce contexte international actuel, qu'il convient d'examiner la manière dont les principes du droit OHADA de l'arbitrage permettent de faire face au phénomène de corruption ou de non transparence. Il s'agit d'examiner l'arbitrage OHADA à l'épreuve des comportements illicites.

Au plan substantiel, les conventions contre la corruption définissent les concepts tels que « *actes de corruption* », « *blanchiment d'argent* », « *abus de pouvoir* », « *détournement* », etc. , et leur confère le caractère d'infraction pénale. Ces conventions sanctionnent aussi bien la corruption active que la corruption passive, ainsi que celle des agents publics étrangers.

Nous allons examiner tour à tour les réponses que le droit OHADA de l'arbitrage apporte aux questions récurrentes soulevées par les relations entre la justice arbitrale et la corruption.

Alors que sur certains points, la pratique arbitrale a apporté des réponses de plus en plus partagées, sur d'autres les difficultés demeurent.\*<sup>9</sup>

Ces questions se manifestent tout au long du processus arbitral. Elles tiennent à l'arbitrabilité des matières relatives à la corruption, à la validité des clauses d'arbitrage contenues dans des contrats liés à la corruption, aux éléments et à la charge de la preuve face aux allégations de corruption, l'applicabilité des lois de police et de l'ordre public international ainsi que les voies de recours contre les sentences arbitrales statuant sur des faits de corruption.

Examinons quelques problématiques à titre d'exemples.

#### **4.1. Autonomie de la convention d'arbitrage**

La question de l'autonomie de la convention d'arbitrage a souvent été soulevée dans des arbitrages soulevant des questions de corruption. A l'exception d'une sentence arbitrale CCI.\*<sup>10</sup>, il est unanimement admis, ainsi que le stipule l'article 4 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage que « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat.* ».

De ce postulat, découle le fondement pour les arbitres d'apprécier leur compétence en dépit de la nullité d'un contrat illicite ou allégué de corruption.

#### **4.2. Le principe de compétence-compétence des arbitres**

Ce principe est repris par l'article 11 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage qui dispose que « *le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence, y compris sur toutes questions relatives à la validité ou l'existence de la convention d'arbitrage.* ».

De même, l'article 10 alinéa 4 du règlement d'arbitrage de la CCJA précise que « *sauf stipulation contraire, si l'arbitre considère que la convention d'arbitrage est valable et que le contrat liant les parties est nul ou inexistant, l'arbitre est compétent pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions.* »

Dés lors, dans le cadre du droit de l'arbitrage OHADA, les allégations de corruption ne sauraient faire obstacle aux arbitres pour statuer sur leur compétence en présence d'un contrat dont la licéité est en cause, quitte à le déclarer nul, le cas échéant.

#### **4.3. Constitution du tribunal arbitral**

Aux termes de l'article 6 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage « *l'arbitre doit demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties* ». Il en est de même de l'article 4 alinéa 1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

Ces exigences d'indépendance et d'impartialité excluent que les avocats des parties puissent être désignés comme arbitres. La CCJA n'a pas saisi l'occasion pour rappeler ce principe dans sa sentence du 10 janvier 2002, alors que les parties avaient désigné leurs conseils comme arbitre.\*<sup>11</sup>

En vertu du principe d'indépendance, l'arbitre ne doit pas se rendre complice des parties et sa décision ne doit pas contribuer à la réalisation d'une infraction.

De plus, en application de l'article 3 de son Règlement, les arbitres nommés par la CCJA peuvent être choisis sur la liste des arbitres établie par la Cour. Cela offre une garantie supplémentaire contre la non transparence du fait des liens particuliers unissant les arbitres et l'institution d'arbitrage.

#### 4.4. L'ordre public international

Comme nous l'avons préalablement indiqué l'Acte uniforme fait état de l'ordre public international des Etats membres tandis le Règlement CCJA fait état de l'ordre public international tout court.

Cette différenciation révèle une différence de degré quant à l'appréciation de l'ordre public international. Elle laisse présumer que l'étendue de l'ordre public international est plus large dans le cas de l'arbitrage CCJA.

Dans le cadre de l'arbitrage de droit commun, le juge compétent ne doit refuser l'exequatur ou annuler la sentence que si la sentence est contraire à l'ordre public international des Etats parties.

Cet ordre public international des Etats parties, en réalité un ordre public communautaire, doit être défini par la CCJA.

Toutefois, il à considérer que les respect des dispositions relatives à la lutte contre la corruption entrent dans le champs tant de l'ordre public international que de l'ordre public international des Etats parties.

Ainsi, les instruments de l'OHADA stipulent clairement que la contrariété à l'ordre public international constitue un motif d'annulation ou de refus d'exequatur de la sentence arbitrale.

L'adhésion des Etats de l'OHADA aux diverses conventions contre la corruption conforte cette opinion.

#### 4.5. Le rôle de l'arbitre

L'arbitre, contrairement au juge étatique, est désigné par la volonté des parties afin de résoudre un litige contractuel. Son mandat est circonscrit dans l'acte de mission. L'arbitre a l'obligation de respecter l'ordre public, sans en être le gardien.

Ainsi, comme le pense une partie de la doctrine, lorsqu'il y a connivence entre les parties de ne pas confier à l'arbitre la mission de statuer sur l'illicéité du contrat, à supposer que l'arbitre ait constaté l'illicéité, il ne peut le sanctionner en invoquant les intérêts publics supérieurs de la communauté internationale.

En revanche, dans certaines sentences les arbitres sanctionnent l'illicéité du contrat de corruption et/ou de trafic d'influence en ayant recours à diverses expressions comme « *la moralité dans les affaires internationales* », « *un principe général de droit reconnu par les nations civilisées* » ou « *l'ordre public international tel que la plupart des nations le reconnaît.* » \*<sup>12</sup>



Dans le cadre de l'arbitrage OHADA et en application de l'article 15 de l'Acte uniforme ou de l'article 17 du Règlement CCJA, l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit désignées par les parties, en tenant compte des stipulations du contrat et des usages du commerce international.

Cette référence aux usages du commerce international ne permet-elle pas à l'arbitre de recourir à la notion d'ordre public transnational pour assurer la transparence de la procédure arbitrale ?

Compte tenu de la signature et/ou de la ratification des conventions contre la corruption par les Etats membres de l'OHADA, il paraît clair qu'au regard de l'ordre public international de ces Etats la corruption est prohibée, et que dès lors ceux chargés d'administrer la justice dans cet espace, y compris les arbitres doivent s'assurer de la bonne application de ces règles anti-corruption.

Mais, quid si les parties sont silencieuses sur l'objet du contrat et que l'arbitre soupçonne de la corruption derrière celui-ci, devra t-il attendre que les parties soulèvent la question devant lui ou devra t-il jouer un rôle plus proactif ?

Les arbitres nommés ou confirmés par la CCJA auront certainement à jouer un rôle proactif dans la mesure où ils jouissent dans l'exercice de leur fonction des privilèges et immunités diplomatiques. \*<sup>13</sup>

Ce statut exceptionnel, voire unique, accordée aux arbitres CCJA n'est pas en adéquation ni avec les principes et la philosophie de l'arbitrage, ni avec la nature des rapports entre les parties et l'arbitre, et entre les arbitres et l'institution d'arbitrage.

Néanmoins, il est à espérer que les arbitres OHADA sauront faire bon usage des privilèges et immunités qui leurs sont accordés, et ce pour une meilleure transparence de la justice arbitrale au sein de l'OHADA.

## CONCLUSION

A l'instar de l'arbitrage international, l'arbitrage OHADA n'est pas à l'abri de pratiques illicites ou de corruption.

Cependant, tant les dispositions de l'Acte uniforme que celles de Règlement d'arbitrage de la CCJA offrent des outils appropriés pour faire face à la corruption ou non transparence qui constitue un fléau du commerce international.

## NOTES

<sup>1</sup> Cf. Khan Ph. et Kessedjian C. « L'illicite dans le commerce international. », Paris, Litec 1996

<sup>2</sup> Cf. Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et Etats. OCDE, avril 2005.

<sup>3</sup> Cf. Rapport du Comité national français de la CCI sur le droit pénal et l'arbitrage. 2004

<sup>4</sup> Cf. Gaillard E. « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international. » Les livres de Poche de l'Académie de Droit International de la Haye. Leiden/Boston, 2008

<sup>5</sup> Cf. Mayer P. « La règle morale dans l'arbitrage international », Eudes offertes à Pierre Bellet, Paris Litec, 1991, p. 379

<sup>6</sup> Cf. Une présentation exhaustive des Conventions relatives à la lutte anticorruption peut être trouvée sur le site <http://www.interpol.int/Public/Corruption/Conventions/defaultFR.asp> ou sur le site <http://www.diplomatie.gouv.fr>.

<sup>7</sup> Cf. Etat de ratification de ces conventions, en particulier la Convention africaine qui n'a été ni signé, ni ratifié par certains Etats membres de l'OHADA. Cependant tous les Etats membres ont adhéré au protocole de la CDEAO.

<sup>8</sup> La Convention africaine contre la corruption est plus contraignante que celle des nations unies. Contrairement à cette dernière, elle introduit plus de rigueur dans les mécanismes de contrôle et de suivi.-

<sup>9</sup> Cf. Abdulhay SAYED, « Corruption in international trade and commercial arbitration. », Kluwer Law International, 2004, 482 pages.

<sup>10</sup> Cf. Award in Case No. 1110 of 1963, Yearbook Comm. Arb'n XXI (1996) 47.

<sup>11</sup> Cf. CCJA, 001/2002, 10 janvier 2002, Juriscope .org ; Ohadata.com/ohadata J-02-23

<sup>12</sup> Cf. Yssir Madih, «Sanction du contrat illicite en arbitrage international. ». <http://alliance-jurispro.fr>

<sup>13</sup> Cf. Article 49 du Traité OHADA Révisé