

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

**Chambre commerciale internationale
PÔLE 5 - CHAMBRE 16**

ARRET DU 10 JANVIER 2023

(n°4 /2023 , 14 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 20/18330 - N° Portalis
35L7-V-B7E-CCZ4M

Décision déferée à la Cour : sentence arbitrale partielle rendue le 10 novembre 2020 sous
l'égide de la CCI (n°24211/DDA)

DEMANDERESSE AU RECOURS :

PORT AUTONOME DE DOUALA (PAD)

société Anonyme à capital public ayant l'Etat comme unique actionnaire
immatriculée au Registre du Commerce de DOUALA sous le n°RC/DLA/2003/B/030153,
ayant son siège social : Centre des Affaires Maritimes, Douala- Bonanjo, Boîte Postale
4020 DOUALA (CAMEROUN)
prise en la personne de ses représentants légaux,

*Ayant pour avocat postulant : Me Frédérique ETEVENARD, avocat au barreau de PARIS,
toque : K0065*

*Ayant pour avocats plaidants : Me Emmanuel TANG, avocat au barreau du CAMEROUN,
Me Gill DINGOMÉ de la SELARL DINGOME NGANDO & ASSOCIE, avocat au barreau
de PARIS, toque : K0027, Me Charles Christian ONDOUA avocat au barreau du
CAMEROUN, Me Amad Tijan KOUOTOU, avocat au barreau du CAMEROUN, Me
Tarcile Gaëlle TANG MITJAKE, avocat au barreau du CAMEROUN*

DÉFENDERESSE AU RECOURS :

Société DOUALA INTERNATIONAL TERMINAL

société de droit camerounais
ayant son siège social : Immeuble Terminal à Conteneurs, BP 3945, DOUALA
(CAMEROUN)
prise en la personne de ses représentants légaux,

*Ayant pour avocat postulant : Me Luca DE MARIA de la SELARL SELARL PELLERIN
- DE MARIA - GUERRE, avocat au barreau de PARIS, toque : L0018*

*Ayant pour avocats plaidants : Me Benjamin SIINO et Me Teresa VEGA de l'AARPI
GAILLARD BANIFATEMI SHEL BAYA SIINO, avocat au barreau de PARIS, toque : J006*

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 04 Octobre 2022, en audience publique, devant la Cour
composée de :

M. Daniel BARLOW, Président
Mme Fabienne SCHALLER, Conseillère
Mme Laure ALDEBERT, Conseillère

qui en ont délibéré.

Un rapport a été présenté à l'audience par Mme Fabienne SCHALLER, dans les conditions prévues par l'article 804 du code de procédure civile.

Greffier, lors des débats : Mme Najma EL FARISSI

ARRET :

- contradictoire

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Daniel BARLOW, président de chambre et par Najma EL FARISSI, greffière à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

* *
*

I/ FAITS ET PROCÉDURE

1- La cour est saisie d'un recours en annulation contre une sentence partielle rendue le 10 novembre 2020 sous l'égide de la CCI (n°24211/DDA) entre la société Douala International Terminal (ci-après : « la société DIT »), une société de droit camerounais qui a pour mission de gérer, d'exploiter et de développer l'activité de manutention de conteneurs du port de Douala, et la société Le Port Autonome de Douala (ci-après : « la société PAD » ou « le PAD »), société anonyme à capital public ayant l'Etat camerounais comme unique actionnaire, qui assure la gestion, la promotion et le marketing du port de Douala/Bonabéri.

2- Les parties ont signé le 28 juin 2004 une convention pour une durée de 15 ans pour la concession de la gestion et de l'exploitation du terminal à conteneurs modernisés du Port de Douala, suite à une procédure de consultation et à un appel à manifestation d'intérêt.

3- Le consortium regroupant APM Terminals et le groupe Bolloré, qui avait à l'origine été déclaré adjudicataire provisoire de la concession le 6 novembre 2003, s'est substitué la société DIT, créée en 2004, qui a repris l'intégralité des droits et obligations du concessionnaire.

4- La convention de concession stipulait que « deux ans avant le terme de la concession, le concédant procèdera par appel d'offres ouvert international à la sélection d'un nouveau concessionnaire », appel d'offres auquel « le concessionnaire pourra librement concourir ».

5- Au cours de l'exécution du contrat un différend a opposé les parties concernant la répartition des revenus tirés du stationnement de conteneurs et de marchandises sur le domaine concédé. Le PAD reprochait à la société DIT divers manquements relatifs au reversement par cette société des pénalités de stationnement que le PAD évaluait à 24 milliards de francs CFA.

6- Au début de l'année 2018, le PAD a mis en place une procédure d'appel d'offres international pour le renouvellement de la concession. La société DIT, estimant que les critères de présélection des candidats fixés par le PAD étaient de nature à l'exclure du processus de renouvellement de la concession, n'a pas participé à la phase de présélection.

7- Le 7 janvier 2019, le PAD a mis en demeure la société DIT de lui payer la somme de 24 milliards de Francs CFA au titre des manquements constatés dans l'exécution par la société DIT de la convention de concession.

8- Le 8 janvier 2019, le PAD a publié la liste des candidats pré-qualifiés en vue de participer à la seconde phase de l'appel d'offres, liste sur laquelle ne figurait pas la société DIT.

9- Le 16 janvier 2019, la société DIT a introduit une procédure d'arbitrage devant la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale à Paris (ci-après : la « CCI ») sur le fondement de l'article 31 de la convention de concession. Elle a désigné M. Hugo Barbier comme co-arbitre. Le PAD a désigné M. Achille André Ngwanza en qualité de co-arbitre. Les co-arbitres ont désigné M. Thomas Clay en qualité de président du tribunal arbitral.

10- Le 18 janvier 2019, la société DIT a écrit à la société PAD afin de lui confirmer son souhait de soumissionner à la procédure d'appel à consultation, conformément à l'article 25 de la convention de concession. Par une lettre du 11 mars 2019, le PAD a rejeté la candidature de la société DIT au motif qu'aucune candidature n'était recevable après le 19 février 2018.

11- Le 23 avril 2019, la société DIT a formé une demande additionnelle à l'arbitrage, demandant au tribunal arbitral de déclarer que le PAD a manqué à ses obligations contractuelles au titre de l'article 25 de la convention de concession en mettant en place un appel d'offres restreint pour le renouvellement de la concession et en ne permettant pas à la société DIT d'y concourir librement.

12- De nouveaux différends sont survenus entre les parties, relatifs à la fin de la convention de concession, intervenue le 31 décembre 2019, notamment eu égard à la réquisition par le PAD de tous les biens appartenant et/ou exploités par la société DIT dans le cadre de la convention de concession.

13- Le 8 janvier 2020, la société DIT a saisi le tribunal arbitral de ces questions additionnelles. Après s'être déclaré compétent pour connaître de ces questions, déclarées recevables, le tribunal arbitral a décidé de les traiter avec un calendrier procédural distinct, afin de ne pas perturber le traitement des questions qui lui étaient déjà soumises.

14- Par une sentence partielle rendue le 10 novembre 2020, le tribunal arbitral :

- s'est déclaré compétent et a déclaré recevables les demandes de la société DIT. Il a déclaré que la société DIT n'était redevable d'aucune somme à l'égard du PAD au titre des frais de stationnement, et que la mise en demeure de payer la somme de 24 milliards de francs CFA était sans effet à l'égard de la société DIT;

- a constaté, sur le renouvellement de la concession, que le PAD avait manqué à ses obligations au titre de l'article 25 de la convention de concession et a ordonné à la société PAD de se conformer à ses obligations au titre de l'article 25 en mettant en place un appel d'offres international ouvert, sans phase de présélection;

- a ordonné à la société PAD de réparer le préjudice causé à la société DIT du fait de ladite violation et décidé que le montant de l'indemnisation sera calculé proportionnellement à la période durant laquelle la société DIT aura été privée de la chance de participer à un appel d'offres international ouvert, à partir d'un préjudice de 58,6 millions d'euros pour la période entière de la concession de 15 ans rapportée à la période effective entre la fin de la convention de concession et le premier jour de la nouvelle concession attribuée suite à la mise en place du nouvel appel d'offres international ouvert. Il a décidé que si la société DIT devait

être attributaire de la nouvelle concession, la durée de l'indemnisation reçue viendrait s'imputer sur la durée de la nouvelle concession ;

- a rejeté la demande de réparation du préjudice moral de la société DIT et a rejeté les demandes reconventionnelles du PAD relatives à des prétendus manquements de la société DIT à la convention de concession.

15- Le 14 décembre 2020, le PAD a introduit un recours en annulation devant la cour d'appel de Paris à l'encontre de cette sentence partielle, recours enregistré sous le numéro de RG 20/18330.

16- Parallèlement, dans le cadre de l'instance arbitrale qui se poursuivait sur les autres points en litige devant le même tribunal arbitral, le PAD a introduit le 20 avril 2021 une demande de récusation du président du tribunal arbitral auprès du secrétariat de la cour internationale d'arbitrage de la CCI. Le 12 mai 2021, le secrétariat de la cour internationale d'arbitrage de la CCI a notifié aux parties que la cour avait rejeté la demande de récusation.

17- Une sentence finale a été rendue par le même tribunal arbitral le 9 novembre 2021, à l'encontre de laquelle un recours en annulation a été formé devant la cour d'appel de Paris et qui est actuellement pendant sous le numéro de RG 22/01748. Cette sentence finale a fait l'objet d'un addendum et un recours sur l'addendum a été enregistré sous le numéro de RG 22/13862.

II/ PRÉTENTIONS DES PARTIES

18- Dans ses dernières conclusions récapitulatives (n° 3), communiquées par voie électronique le 22 février 2022, le Port Autonome de Douala demande à la cour, au visa des articles 1520, 2°, 3° et 5° du code de procédure civile, des articles 11, 13 et 14 du Règlement d'arbitrage de la CCI de 2017 et des recommandations de la CCI contenues dans la Note aux parties et aux Tribunaux Arbitraux sur la conduite de l'arbitrage applicable au 1er janvier 2019, de bien vouloir :

- Déclarer le Port Autonome de Douala recevable et bien fondé en son recours en annulation ;

Y faisant droit,

- Rejeter la fin de non-recevoir invoquée par la Société Douala International Terminal concernant le moyen d'annulation fondé sur l'article 1520, 2° du code de procédure civile au motif que le Port Autonome de Douala n'a jamais renoncé à se prévaloir de ce moyen puisque le PAD n'a eu aucune connaissance des faits non-notoires invoqués pour soutenir l'irrégularité de la constitution du Tribunal Arbitral avant la sentence arbitrale partielle du 10 novembre 2020, lesdits faits n'ayant été portés à la connaissance du PAD qu'aux dates des 15 avril 2021 et 17 novembre 2021 ;

- Prononcer l'annulation de la sentence arbitrale du 10 novembre 2020 sur le premier moyen tiré de ce que le Tribunal Arbitral a été irrégulièrement constitué aux motifs que :

o la découverte par le PAD de faits non-notoires volontairement dissimulés par Monsieur Thomas CLAY, dans ses rapports de proximité avec Maître Emmanuel GAILLARD Conseil de DIT, a provoqué dans l'esprit des dirigeants du PAD un doute raisonnable quant à l'indépendance et à l'impartialité de Monsieur Thomas CLAY (fréquentation régulière et soutenue durant 21 ans, de janvier 2000 au 1^{er} avril 2021 ; amitié profonde durant 21 ans, de janvier 2000 au 1^{er}

avril 2021 ; consultation permanente avant tout choix important durant 21 ans, de janvier 2000 au 1^{er} avril 2021 ; admiration extatique durant 21 ans, de janvier 2000 au 1^{er} avril 2021 ; liens personnels et professionnels non-notoires découverts après le 17 novembre 2021 ;

- o aucune partie ne peut accepter d'être jugée par un arbitre qui a avoué publiquement qu'il « consultait Maître Emmanuel GAILLARD avant tout choix important », alors que ce dernier est le Conseil de la partie adverse ;
- o les aveux circonstanciés et les faits révélés dans un hommage sont opposables à leur auteur puisqu'un hommage ne peut jamais constituer un fait justificatif en matière de responsabilité pénale, civile et professionnelle ;
- o la sentence arbitrale est annulée même si elle a été rendue à l'unanimité et que l'impartialité des autres arbitres n'est pas discutée ;
- o le vice généré par la collusion entre le président du Tribunal Arbitral (Monsieur Thomas CLAY) et Maître Emmanuel GAILLARD (Conseil de DIT) rend irrégulière la constitution du Tribunal Arbitral ;

- Prononcer l'annulation de la sentence arbitrale du 10 novembre 2020 sur le deuxième moyen tiré de ce que le Tribunal Arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée aux motifs que :

- o Ni dans son mémoire en demande, ni dans ses mémoires postérieurs, ni dans aucune de ses écritures, DIT n'a pas demandé au Tribunal Arbitral, ni détaillé que *« le montant de l'indemnisation sera calculé proportionnellement à la période durant laquelle Douala International Terminal aura été privée de la chance de participer à un appel d'offres International ouvert à partir d'un préjudice de 58,6 millions d'euros pour la période entière de la concession de 15 ans, rapportée à la période effective entre la fin de la convention de concession et le premier jour de la nouvelle concession attribuée à la suite à la mise en place de nouvel appel d'offres international ouvert ; Si DIT devrait être attributaire de la nouvelle concession, la durée de l'indemnisation reçue viendrait s'imputer sur la durée de la nouvelle concession »* ;

- o En décidant comme il l'a fait, le Tribunal Arbitral a statué ultra petita et partant, il ne s'est pas conformé à la mission qui lui avait été confiée ;

- Prononcer l'annulation de la sentence arbitrale du 10 novembre 2020 sur le troisième moyen tiré de la violation de l'ordre public international aux motifs que :

- o la sentence arbitrale du 10 novembre 2020 a donné effet à la Convention de Concession du 28 juin 2004 qui est entachée de corruption ;
- o la sentence arbitrale du 10 novembre 2020 a violé le Décret n°85/1278 du 26 septembre 1985 portant Règlement de police et d'exploitation dans les domaines portuaires ;
- o la sentence arbitrale du 10 novembre 2020 a violé l'autorité de la chose jugée par le jugement du Tribunal Administratif de Douala en

date du 26 décembre 2019 en application de l'article 41 de la Convention judiciaire franco-camerounaise du 21 février 1974 ;

- o la sentence arbitrale du 10 novembre 2020 a violé la non-rétroactivité des dispositions légales et réglementaires ;

En toutes hypothèses,

- Annuler la sentence arbitrale du Tribunal Arbitral près la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris en date du 10 novembre 2020 et faire droit aux demandes du Port Autonome de Douala ;
- Débouter la Société Douala International Terminal de l'intégralité de ses demandes, fins et prétentions ;
- Débouter la Société Douala International Terminal de sa demande de dommages-intérêts et de sa demande au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile ;
- Condamner la Société Douala International Terminal à la somme de 200 000 Euros au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile ;
- Condamner la Société Douala International Terminal aux dépens dont distraction au profit de Maître ETEVENARD Avocat aux offres de droit.

19 - Dans ses dernières conclusions en réponse (n° 2), communiquées par voie électronique le 10 février 2022, la société Douala International Terminal demande à la cour, au visa des articles 1466, 1506, 1518 et suivants du code de procédure civile et de l'article 1240 du code civil et l'article 32-1 du code de procédure civile, de bien vouloir :

- Rejeter le grief formulé par le Port Autonome de Douala sur le fondement de l'article 1520 2° du Code de procédure civile en ce qui concerne les circonstances dont le Port Autonome de Douala a renoncé à se prévaloir ;
- Rejeter l'ensemble des griefs formulés par le Port Autonome de Douala sur le fondement des articles 1520 2°, 1520 3° et 1520 5° du Code de procédure civile;
- Dire et juger mal fondé le recours en annulation du Port Autonome de Douala à l'encontre de la Sentence partielle rendue le 10 novembre 2020 ;
- Débouter au surplus le Port Autonome de Douala de l'ensemble de ses demandes, fins et prétentions ;
- Condamner le Port Autonome de Douala à verser à Douala International Terminal des dommages et intérêts pour procédure abusive à hauteur d'un (1) euro, au titre de l'article 1240 du Code civil et de l'article 32-1 du Code de procédure civile.

En tout état de cause :

- Condamner le Port Autonome de Douala à verser à Douala International Terminal la somme de 200 000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ; et
- Condamner le Port Autonome de Douala aux entiers dépens.

20- La clôture a été prononcée le 21 juin 2022.

III/ MOTIFS DE LA DECISION

- Sur la renonciation à se prévaloir de l'irrégularité de la constitution du tribunal (article 1466 du code de procédure civile)

21- La société DIT soutient que le PAD a renoncé à se prévaloir de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral au motif qu'il n'a pas fait valoir ce grief en temps utile devant le tribunal arbitral et qu'elle n'a pas formé de demande de récusation sur ce fondement.

22- La société PAD fait valoir en réponse qu'elle s'est fondée sur des faits inconnus d'elle précédemment, révélés le 15 avril 2021, date de publication de l'hommage rendu à Me Gaillard, pour adresser une demande de récusation de M. Clay à la CCI le 20 avril 2021 alors que la phase finale de l'arbitrage était en cours et qu'elle n'a donc pas renoncé à sa demande, n'ayant pas dépassé le délai de trente jours énoncé à l'article 14, alinéa 2, du règlement d'arbitrage CCI de 2017. Elle soutient en outre que l'ensemble des faits invoqués était non-notoire et n'a été révélé que par la publication de cet hommage.

Sur ce,

23- Selon l'article 1466 du code de procédure civile, rendu applicable en matière d'arbitrage international par l'article 1506 du même code, « la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ».

24- Le moyen développé de ce chef, sur le fondement duquel la société DIT conclut improprement au rejet de la demande, s'analyse en une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du code de procédure civile, ainsi que l'analyse à juste titre le PAD dans ses écritures ; il doit, dès lors, être traité comme telle.

25- Cette disposition ne vise pas les seules irrégularités procédurales mais tous les griefs qui constituent des cas d'ouverture du recours en annulation des sentences arbitrales, à l'exception des moyens fondés sur l'article 1520-5° du code de procédure civile et tirés de ce que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence violerait l'ordre public international de fond. Le grief allégué constitutif du cas d'ouverture tiré de la constitution irrégulière du tribunal arbitral est donc soumis à l'article 1466 précité.

26- Il ressort de ces dispositions que la partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'exercer, dans le délai prévu par le règlement d'arbitrage applicable, son droit de récusation, en se fondant sur toute circonstance de nature à mettre en cause l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre, est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir devant le juge de l'annulation.

27- Aux termes de l'article 14.2 du règlement de la CCI, dans sa version en vigueur en 2017 applicable au présent arbitrage, la demande de récusation fondée sur une allégation de défaut d'impartialité ou d'indépendance de l'arbitre « doit être soumise par une partie, à peine de forclusion, soit dans les trente jours suivant la réception par celle-ci de la notification de la nomination ou de la confirmation de l'arbitre, soit dans les trente jours suivant la date à laquelle la partie introduisant la récusation a été informée des faits et circonstances qu'elle invoque à l'appui de sa demande de récusation, si cette date est postérieure à la réception de la notification susvisée ».

28- S'agissant de l'irrégularité alléguée tirée de la violation de l'obligation de révélation relative aux liens d'amitié unissant le président du tribunal arbitral au conseil de l'une des parties, le point de départ invoqué par le PAD est le 15 avril 2021, date de publication de l'hommage du premier au second, ces liens d'amitié n'ayant jamais été révélés auparavant.

29- Dès lors que les doutes ainsi invoqués par la société PAD sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre portent sur des faits révélés postérieurement à la sentence arbitrale, cette société ne peut être réputée avoir renoncé à s'en prévaloir durant l'instance arbitrale de telle sorte que le moyen doit être déclaré recevable devant le juge de l'annulation.

- Sur le moyen tiré de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral (article 1520 2° du code de procédure civile)

30- Le PAD soutient que le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué au motif que son président désigné par les deux co-arbitres, ne remplit pas les conditions d'indépendance et d'impartialité requises.

31- Il fait valoir que le président du tribunal arbitral a omis de faire un certain nombre de révélations sur des faits non notoires dans sa déclaration d'indépendance, que ce n'est qu'en prenant connaissance de l'hommage funèbre qu'il a rédigé en l'honneur d'Emmanuel Gaillard, conseil de la partie adverse, en avril 2021, après le décès brutal de ce dernier, que des doutes sur son impartialité sont devenus des certitudes.

32- Il soutient que si Emmanuel Gaillard n'était pas décédé, il n'aurait pas pu savoir que ces deux personnes étaient très amies au point de passer des vacances ensemble, que M. Clay consultait régulièrement Emmanuel Gaillard et qu'il lui vouait une grande admiration, concluant son hommage par la phrase : « je l'admirais, je l'aimais », l'amour admiratif démontrant une forme d'aliénation.

33- Le PAD considère que la preuve est suffisamment rapportée des liens actuels, profonds, étroits, intenses et de longue date entre les intéressés, relevant notamment que M. Clay a été l'élève du Professeur Gaillard qui faisait partie de son jury de thèse.

34- Il indique qu'Emmanuel Gaillard était l'associé-fondateur et dirigeant du cabinet Shearman & Sterling à Paris, et que c'est à lui que la société DIT a donné un pouvoir pour la représenter dans la procédure d'arbitrage l'opposant à la société PAD et qu'il est signataire de la demande d'arbitrage.

35- Il en déduit que de tels liens justifient que le PAD puisse avoir un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre.

36- Il ajoute que des liens personnels et professionnels non notoires entre M. Clay et le cabinet Shearman & Sterling, à travers Mme Mehtiyeva épouse Barbier ont en outre été découverts à partir du 17 novembre 2021, que la déclaration d'indépendance de M. Clay du 14 avril 2019 est dès lors inexacte et incomplète, qu'il a volontairement omis de signaler ses liens avec M. Barbier, co-arbitre nommé par la société DIT. Il indique à ce titre avoir appris que ces deux arbitres ont été membres de plusieurs jurys de thèses de doctorat de droit privé soutenues en 2015 et que M. Clay a des liens avec l'épouse de M. Barbier, Mme Mehtiyeva, qui faisait partie de l'équipe de Shearman & Sterling aux côtés d'Emmanuel Gaillard et dont le jury de thèse de doctorat a été présidé par M. Clay. Il précise que l'épouse de M. Barbier est maître de conférences dans le département de l'université de Paris I dans lequel M. Clay est professeur.

37- Il fait valoir que ces éléments non révélés démontrent le manque d'indépendance, d'impartialité et de transparence de M. Clay, et qu'à tout le moins il a manqué à son obligation de révélation, celle-ci devant couvrir les relations que les arbitres ont entre eux et avec chacun des protagonistes, l'arbitrage se poursuivant pour la sentence finale.

38- En réponse, la société DIT indique que depuis le début de l'arbitrage, le PAD conteste tout, qu'il avait déjà commencé à « monter » sa critique dès novembre 2020, par la publication d'un article dans la revue Repères dans lequel il est fait état d'un « parti pris » du tribunal arbitral mettant en cause MM. Clay et Barbier.

39- Sur le moyen tiré de l'irrégularité de la constitution, elle rappelle que l'appréciation du défaut d'indépendance et d'impartialité doit procéder d'une approche objective et doit provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à ladite indépendance ou impartialité. Elle estime qu'aucun élément ne permet de démontrer que le président du tribunal aurait manqué d'indépendance et d'impartialité, et violé son obligation de révélation. En effet, la société DIT soutient qu'il n'existait aucune relation personnelle étroite au sens de la note de la CCI entre M. Clay et le professeur Gaillard, qui entretenaient seulement des relations professionnelles et universitaires. L'hommage rendu par le président du tribunal arbitral au professeur Gaillard, au demeurant publié publiquement, doit être apprécié dans son contexte, en prenant notamment en compte le rôle de figure emblématique du professeur Gaillard dans le monde de l'arbitrage international, et son caractère élogieux et exagéré par nature.

40- En outre, la société DIT soutient que les éléments concrets dont le PAD prétend avoir eu connaissance à la suite de l'hommage, à savoir notamment la participation comme rapporteur du professeur Gaillard dans le jury de thèse du professeur Clay, leur participation conjointe à des conférences professionnelles en 2005 et 2006 au Brésil et en Colombie, la participation des professeurs Clay et Barbier aux mêmes soutenances de thèse en tant que jurys, ou encore la présidence de M. Clay à la thèse de Mme Mehtiyeva, sont des éléments notoires qui n'avaient pas à être révélés (informations publiques et aisément accessibles) et qu'en tout état de cause, ils n'étaient pas de nature à provoquer un doute raisonnable quant à l'indépendance et à l'impartialité du président du tribunal arbitral. Elle fait valoir qu'il n'est pas contesté qu'il n'existait aucun lien financier ou courant d'affaires entre le président du tribunal et le Professeur Gaillard ou le cabinet Shearman & Sterling.

Sur ce,

41- En vertu de l'article 1520 du code de procédure civile, le recours en annulation n'est ouvert que dans l'un des cas prévus par cet article. Selon le 2° de cet article, le recours en annulation est ouvert si le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué.

42- Aux termes de l'article 1456, alinéa 2, du code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 du même code, il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission, l'ensemble de ces obligations étant rappelé par le règlement CCI applicable aux arbitrages se déroulant sous l'égide de la CCI.

43- Le contenu de l'obligation de révélation n'est pas précisé, l'article 1456 du code de procédure civile ayant consacré la règle matérielle d'origine prétorienne qui impose à l'arbitre une obligation générale de révélation.

44- Toutefois, s'agissant en l'espèce d'un arbitrage rendu sous l'égide de la CCI dans lequel les parties ont entendu se soumettre au Règlement de la CCI (version 2017), il appartient à l'arbitre de faire application de ce Règlement et de se référer aux recommandations émises en cette matière par ce centre d'arbitrage (cf. « *note du 1^{er} janvier 2019 aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le Règlement d'arbitrage CCI* »), ce qui lui donne un référentiel objectif pour lui permettre de satisfaire à cette obligation.

45- Ainsi, en application de l'article 11 dudit Règlement :

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

2. Avant sa nomination ou sa confirmation, l'arbitre pressenti signe une déclaration d'acceptation, de disponibilité, d'impartialité et d'indépendance. L'arbitre pressenti fait connaître par écrit au Secrétariat les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties, ainsi que les circonstances qui pourraient faire naître des doutes raisonnables quant à son impartialité. Le

Secrétariat communique ces informations par écrit aux parties et leur fixe un délai pour présenter leurs observations éventuelles.

3. L'arbitre fait connaître immédiatement par écrit au Secrétariat et aux parties les faits ou circonstances de même nature que ceux visés à l'article 11, paragraphe 2, concernant son impartialité ou son indépendance qui surviendraient pendant l'arbitrage »

46- S'agissant des recommandations émises par la CCI pour évaluer l'obligation de révélation, les circonstances qui doivent particulièrement être considérées par l'arbitre, sans que celles-ci ne soient limitativement énumérées, sont celles par lesquelles cet arbitre, ou le cabinet d'avocats auquel il appartient :

« - représente ou conseille, ou a représenté ou conseillé, l'une des parties ou l'une de ses filiales ;

- intervient ou est intervenu à l'encontre de l'une des parties ou de l'une de ses filiales;

- entretient une relation commerciale avec l'une des parties ou l'une de ses filiales, ou a un intérêt personnel, de quelque nature qu'il soit, dans l'issue du litige ;

- appartient, intervient ou est intervenu au nom de l'une des parties ou de l'une de ses filiales, en qualité d'administrateur, de membre du conseil, de dirigeant ou autrement ;

- a été impliqué dans le litige, ou a exprimé une opinion sur le litige d'une manière susceptible d'affecter son impartialité ;

- entretient une relation professionnelle ou personnelle étroite avec le conseil de l'une des parties ou le cabinet d'avocats de ce conseil ;

- intervient ou est intervenu en qualité d'arbitre dans une affaire impliquant l'une des parties ou l'une de ses filiales ;

- intervient ou est intervenu en qualité d'arbitre dans une affaire connexe ;

- a précédemment été nommé en tant qu'arbitre par l'une des parties ou l'une de ses filiales, ou par le conseil de l'une des parties ou le cabinet d'avocats de ce conseil. »

47- Il ressort de ces textes que les « relations professionnelles ou personnelles étroites » de l'arbitre avec le conseil d'une partie constituent des circonstances particulières que l'arbitre doit prendre en considération au moment de sa déclaration d'indépendance et tout au long de la procédure arbitrale.

48- En dehors de ces cas caractérisant des causes objectives devant être révélées, l'arbitre est tenu de révéler les circonstances qui, bien que non visées dans cette liste, peuvent être de nature à créer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable sur son indépendance et son impartialité, c'est à dire le doute qui peut naître chez une personne placée dans la même situation et ayant accès aux mêmes éléments d'information raisonnablement accessibles.

49- Si l'arbitre a un doute sur les révélations qu'il doit faire, l'article 2 des recommandations CCI indique que « tout doute doit être résolu en faveur d'une révélation ».

50- Enfin, l'arbitre est dispensé de révéler les faits notoires, entendus comme ceux qui recouvrent les informations publiques aisément accessibles que les parties ne pouvaient manquer de consulter avant le début de l'arbitrage. Cette dispense cesse une fois que l'instance arbitrale est en cours.

51- C'est à la lumière de ces considérations qu'il convient d'apprécier en l'espèce si le président du tribunal arbitral pouvait se dispenser de révéler lors de sa nomination et notamment dans la déclaration d'indépendance qu'il a communiquée le 14 avril 2019, et ensuite tout au long de la procédure arbitrale, les liens qu'il avait avec Emmanuel Gaillard,

l'avocat du cabinet Shearman & Sterling personnellement mandaté par la société DIT le 16 janvier 2019 pour la représenter dans la procédure d'arbitrage initiée par cette société contre le PAD, et si ces liens étaient susceptibles de créer un doute raisonnable dans l'esprit des parties, et notamment de la société PAD, sur son indépendance et son impartialité.

- Sur l'obligation de révélation

52- Il résulte des pièces versées aux débats et notamment de la déclaration d'acceptation et d'indépendance faite par le président du tribunal arbitral que son acceptation était accompagnée de révélations.

53- A ce titre il a déclaré, dans une feuille annexe :

« Je confirme être totalement indépendant des parties, de leurs conseils déjà constitués et des coarbitres dans l'affaire citée en référence.

Pour la parfaite information des parties, j'indique simplement que je siège actuellement comme coarbitre dans un arbitrage CCI nommé par une partie opposée à l'Etat du Cameroun. L'objet de cet arbitrage n'a bien sûr aucun rapport ni aucun lien avec la présente affaire, ni de près ni de loin.

Pour être encore plus transparent et aller plus loin de ce qui est en général attendu dans une déclaration d'indépendance, je tiens à apporter les éléments complémentaires suivants:

- *je siège actuellement comme coarbitre dans un arbitrage CCI de télécommunication en Afrique où j'ai été nommé par une partie représentée par le cabinet McDermott Will & Emery dans lequel le professeur Hugo Barbier est of counsel. Nous sommes en phase de rédaction de la sentence ;*
- *au cours des vingt dernières années, j'ai été nommé deux fois coarbitre par des parties représentées par le cabinet Shearman & Sterling, en 2008 et en 2015 (en l'espèce par un associé qui a aujourd'hui quitté le cabinet), dans des dossiers qui n'avaient rien à voir avec la présente espèce. Dans les deux cas, l'affaire a été transigée en cours d'arbitrage et, pour le premier, avant même la signature de l'acte de mission ;*
- *durant l'année 2000, j'ai été co-conseil de France Telecom qui était opposée à Intelcam (société de télécommunication camerounaise) dans un arbitrage CCI. La sentence a été rendue le 9 janvier 2001, soit il y a plus de 18 ans, et je n'ai jamais retravaillé pour France Telecom depuis ;*
- *j'assume actuellement la direction scientifique d'un ouvrage pratique de droit de l'arbitrage auxquels les deux coarbitres de la présente affaire contribuent.*

Aucun de ces éléments n'est évidemment de nature à remettre en cause ni de près ni de loin ma parfaite indépendance non plus que ma totale impartialité, mais, dans un souci de totale transparence, et de complète information à l'égard des parties, je tenais à les préciser. »

54- Le PAD invoque l'incomplétude de cette déclaration tant sur les liens existant avec M. Barbier, co-arbitre, que ceux noués avec Emmanuel Gaillard, conseil de la partie adverse.

- *Sur liens du président avec l'un des coarbitres*

55- Contrairement à ce que soutient le PAD, les liens professionnels qui peuvent exister entre les avocats et les professeurs de droit, notamment dans le domaine de l'arbitrage international, et en particulier dans le milieu universitaire à un niveau doctoral et pour les jurys de thèse, n'impliquent nullement, par nature, l'existence de relations professionnelles ou personnelles « étroites » au sens des recommandations de la CCI précitées, ces relations pouvant tout au plus être qualifiées d'académiques ou de scientifiques.

56- En l'absence de tout élément produit par le PAD permettant de caractériser en l'espèce l'existence de liens étroits entre M. Clay et M. Barbier dépassant le cadre traditionnel de telles relations académiques, il ne saurait être reproché à M. Clay de n'avoir pas déclaré que M. Barbier, co-arbitre désigné par la société DIT qui l'a désigné comme président du tribunal arbitral conjointement avec M. Ngwanza, co-arbitre désigné par le PAD, avait participé à deux jurys de thèse en 2015, l'un avec M. Clay et l'autre avec Emmanuel Gaillard. Ces éléments purement académiques qui ne sont pas susceptibles de créer un doute dans l'esprit des parties sur l'indépendance et l'impartialité du président du tribunal arbitral, n'avaient pas à être déclarés.

57- S'agissant des relations d'associés au sein du cabinet Shearman & Sterling, antérieures à 2014, concernant Emmanuel Gaillard et l'épouse de M. Barbier, relations auxquelles le président du tribunal arbitral est totalement étranger, aucun critère tiré des textes sus rappelés ne justifie qu'elles doivent faire l'objet d'une déclaration par le président lui-même.

58- Le moyen tiré de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral en raison de l'existence de liens professionnels étroits entre le président du tribunal arbitral et l'un des co-arbitres, sera donc rejeté.

- *Sur les liens du président avec le conseil de l'une partie*

59- S'agissant des liens académiques et universitaires, il résulte des pièces versées aux débats que M. Clay entretenait depuis plusieurs années des relations régulières avec Emmanuel Gaillard.

60- Ces liens académiques n'ont, conformément aux principes ci-avant rappelés, pas à être déclarés par nature.

61- S'agissant des liens d'amitié entre l'arbitre et le conseil de la société DIT dans l'arbitrage l'opposant au PAD, ce dernier invoque l'hommage rédigé par M. Clay publié à la revue Dalloz en l'honneur d'Emmanuel Gaillard brutalement décédé en avril 2021, pour soutenir que ces liens auraient dû être déclarés.

62- Il résulte des termes de cet hommage : *« C'est sous ses nouvelles couleurs que je devais le retrouver dans trois semaines pour des audiences où il agirait comme conseil et moi comme arbitre, et je me réjouissais d'entendre à nouveau ses redoutables plaidoiries au couteau, où la précision et la hauteur de vue séduisaient bien plus encore que n'importe quel effet de manche. Ce rendez-vous n'aura pas lieu, pas plus que nos rencontres régulières depuis que, en janvier 2000, il avait siégé comme rapporteur dans mon jury de thèse. Immédiatement après nous étions devenus amis, réunis par une même passion et une même conception de l'arbitrage international. Au fil de nos pérégrinations et voyages à l'étranger, notamment au Brésil ou en Colombie, notre amitié avait pris un tour plus personnel car Emmanuel se livrait enfin, lui qui le faisait peu. De mon côté, je le consultais avant tout choix important. C'était un être joyeux, drôle, généreux, brillant, attentionné et malgré tout modeste. Il avait une allure de jeune homme, une vie saine et sportive qui ne pouvait laisser présager une fin si proche et si brutale. Je pense à ses deux fils auxquels il était si lié. Je pense à ses associés et collaborateurs. Je pense à tous ceux qu'il a inspirés ou formés. Je pense au vide abyssal qu'il laisse et qui ne sera jamais compensé. C'était un maître, un mentor et un modèle. Je l'admirais et je l'aimais ».*

63- La société DIT relève à juste titre le contexte particulier de cette publication, qui comporte une part d'emphase et d'exagération inhérente aux hommages funèbres. Dans ces circonstances particulières, la mention finale (« *Je l'admirais et je l'aimais* ») ne saurait, contrairement à ce qu'allègue le PAD, être considérée comme la marque d'une aliénation de son auteur envers le professeur Gaillard, mais doit être comprise comme l'expression d'un hommage rendu à une figure respectée du droit de l'arbitrage.

64- S'inscrivant dans un registre personnel, les déclarations qu'elle comporte n'en font pas moins état de liens d'amitié entre son auteur et le professeur Gaillard, au sujet desquels M. Clay affirme notamment qu'il consultait ce dernier « avant tout choix important », révélant ainsi l'intensité d'une relation dépassant la simple amitié ordinaire, intensité que conforte l'information selon laquelle le défunt « *se livrait* » à lui, alors même que l'auteur souligne le caractère exceptionnel d'une telle attitude de la part de l'intéressé (« *lui qui le faisait peu* »).

65- La proximité et l'intimité ainsi révélées apparaissent telles qu'elles ne peuvent, sauf à vider la notion de sa substance, que conduire à regarder cette relation comme caractérisant l'existence de liens personnels étroits.

66- La précision donnée par l'auteur de ces lignes dans un courrier rédigé le 28 avril 2021 à l'attention de la CCI produit par la société DIT, selon laquelle il n'a pas revu le défunt seul à seul depuis 2019 et ne l'a jamais consulté dans sa carrière sur les décisions à prendre en matière d'arbitrage, est à cet égard indifférente dès lors que l'arbitrage litigieux a débuté en janvier 2019.

67- Il y a lieu de juger, dans ces conditions et en considération de ces éléments, qu'il appartenait au président du tribunal arbitral de mentionner l'existence de cette relation dans sa déclaration.

- Sur le doute raisonnable dans l'esprit des parties

68- Il est constant que la non-révélation par l'arbitre de l'existence de liens personnels étroits avec l'une des parties ou son représentant ne suffit pas, à elle seule, à caractériser un défaut d'indépendance ou d'impartialité. Encore faut-il que les éléments tus soient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur son indépendance et son impartialité, c'est à dire un doute qui peut naître chez une personne placée dans la même situation et ayant accès aux mêmes éléments d'information raisonnablement accessibles, l'appréciation devant être faite sur des bases objectives et en tenant compte des spécificités de l'espèce.

69- En l'espèce, l'éloge d'un universitaire par un autre universitaire, de sa renommée et de son influence sur le droit de l'arbitrage, et l'utilisation de superlatifs pour le décrire, tant dans son exercice d'avocat que dans ses qualités personnelles est, compte tenu des circonstances propres à l'éloge funèbre, exagéré par nature, et ne permet pas à lui seul d'y voir une circonstance qui serait de nature à susciter un doute raisonnable dans l'esprit des parties sur l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre, et ce d'autant plus que, comme le souligne la société DIT, les hommages vantant les qualités d'Emmanuel Gaillard sont venus du monde entier et de toutes les places d'arbitrage, quand bien même le défunt n'était autre que l'avocat d'une des parties.

70- En revanche, le fait d'établir un lien entre l'existence des liens personnels étroits précités et une procédure d'arbitrage en cours, par la mention : « c'est sous ses nouvelles couleurs que je devais le retrouver dans trois semaines pour des audiences où il agirait comme conseil et moi comme arbitre, et je me réjouissais d'entendre à nouveau ses redoutables plaidoiries au couteau, où la précision et la hauteur de vue séduisaient bien plus encore que n'importe quel effet de manche. Ce rendez-vous n'aura pas lieu, pas plus que nos rencontres régulières (...) » associée à celle selon laquelle, de son côté, il le consultait « *avant tout choix important* », alors que l'arbitrage mentionné dont il était le

président se poursuivait entre les mêmes parties, constitue une circonstance qui, sans remettre en cause l'intégrité intellectuelle et professionnelle de l'intéressé, était de nature à laisser penser aux parties que le président du tribunal arbitral pouvait ne pas être libre de son jugement et ainsi créer dans l'esprit du PAD un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de cet arbitre.

71- Il résulte de ces éléments que le tribunal arbitral était irrégulièrement constitué.

72- La sentence doit dès lors être annulée sur ce fondement, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens.

- Sur la demande de condamnation pour procédure abusive

73- Le recours en annulation formé par la société PAD étant déclaré bien fondé, la demande de la société DIT de condamnation pour procédure abusive devra dès lors être rejetée comme devenue sans objet.

IV/ SUR LES FRAIS IRRÉPÉTIBLES

74- La société DIT, partie perdante, sera tenue aux dépens de l'instance et à payer à la société PAD la somme de 50.000 euro au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

V/ DISPOSITIF

Par ces motifs, la cour

- 1- Rejette la fin de non-recevoir tirée de l'article 1466 du code de procédure civile ;
- 2- Annule la sentence arbitrale partielle rendue le 10 novembre 2020 sous l'égide de la CCI (n°24211/DDA) ;
- 3- Rejette la demande d'indemnisation pour procédure abusive ;
- 4- Condamne la société DIT à payer à la société PAD la somme de 50.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- 5- Condamne la société DIT aux dépens.

LA GREFFIÈRE,

LE PRÉSIDENT,