

**CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS
AUX INVESTISSEMENTS**

WASHINGTON D.C.

Dans la procédure entre

**GETMA INTERNATIONAL, NCT NECOTRANS, GETMA INTERNATIONAL
INVESTISSEMENTS & NCT INFRASTRUCTURE & LOGISTIQUE**

Demanderesses

contre

LA RÉPUBLIQUE DE GUINÉE

Défenderesse

(Affaire CIRDI N° ARB/11/29)

**DÉCISION
SUR LA DEMANDE EN RÉCUSATION DE MONSIEUR BERNARDO M. CREMADES,
ARBITRE**

Rendue par

Le Président Du Conseil Administratif

Secrétaire du Tribunal :
Mme Mairée Uran Bidegain

Conseils des Demanderesses :

Me José Miguel Júdice
Me Tiago Duarte
PLMJ Sociedade de Advogados, RL
Me Cédric Fischer
Me Elisabeth Mahé
Fischer, Tandeau de Marsac, Sur & Ass.

Conseils de la Défenderesse :

Me Laurent Jaeger
Me Pascal Agboyibor
Me Romain Sellem
Orrick Rambaud Martel, Société d'avocats
Me Mamadou Traoré
Me Edasso Bayala
Cabinet Mamadou S. Traoré

Date : le 28 juin 2012

I. INTRODUCTION ET HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

A. LA REQUÊTE D'ARBITRAGE ET LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL

1. Le 29 septembre 2012, Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements et NCT Infrastructure & Logistique (les «Demanderesse») ont introduit une Requête d'arbitrage («la Requête») auprès du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements («CIRDI» ou le «Centre») contre la République de Guinée (la «Défenderesse» ou «la République»).

2. La Requête a pour fondement la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la «Convention» ou «la Convention CIRDI») ainsi que l'Ordonnance No. 00/PRG/87 du 3 janvier 1987, modifiée par la loi n° L/95/029/CTRN du 30 juin 1995 portant Code des investissements de la République de Guinée.

3. Conformément à l'article 36(3) de la Convention CIRDI, le Secrétaire général du CIRDI a enregistré la Requête le 3 novembre 2011.

4. Par lettre en date du 14 novembre 2011, les Demanderesse ont proposé que le différend soit tranché par un tribunal composé de trois membres, un arbitre nommé par chacune des parties et le troisième nommé d'un commun accord. Dans cette même lettre, les Demanderesse ont confirmé la nomination comme arbitre de M. Bernardo Cremades, de nationalité espagnole, qu'elles avaient déjà annoncée dans la Requête.

5. Par lettre en date du 12 décembre 2011, la Défenderesse a accepté la proposition des Demanderesse concernant la méthode de constitution du Tribunal arbitral et a nommé le Professeur Pierre Tercier, de nationalité suisse, comme arbitre.

6. Par lettre du 20 décembre 2011, le Secrétariat du Centre a informé les parties que M. Bernardo Cremades et le Professeur Tercier avaient accepté leurs nominations, et leur a transmis les déclarations d'acceptation et d'indépendance signées respectivement par les deux arbitres conformément à l'article 6(2) du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du CIRDI (le «Règlement d'arbitrage»).

7. Le 20 janvier 2012, les parties ont conjointement nommé Mme Vera Van Houtte, de nationalité belge, comme Président du Tribunal arbitral. Mme Van Houtte a accepté sa nomination le 2 février 2012.

8. Le même jour, le Secrétaire général du Centre a informé les parties que les trois arbitres avaient accepté leurs nominations et que conformément à l'article 6(1) du Règlement d'arbitrage,

le Tribunal était réputé constitué et l'instance engagée à cette date, soit le 2 février 2012. Une copie de la déclaration signée de Mme Van Houtte a été également transmise aux parties le même jour.

B. LA DEMANDE EN RÉCUSATION DE M. BERNARDO M. CREMADES

9. La première session du Tribunal arbitral avec les parties a été fixée au 30 mars 2012. Un projet d'ordre du jour pour cette session a été communiqué aux parties le 23 février 2012.

10. Le 15 mars 2012, les parties ont communiqué leurs observations sur ce projet d'ordre du jour. Au sujet du point 2 de l'ordre du jour concernant la constitution du Tribunal arbitral et les déclarations de ses membres, la République a déclaré qu'elle «*entend[ait] déposer une demande de récusation de Monsieur Bernardo Cremades, arbitre désigné par Getma dans la procédure CIRDI, en raison de ses liens familiaux avec Monsieur Juan Antonio Cremades, arbitre également nommé par Getma dans la procédure CCJA portant sur les mêmes faits et se déroulant concomitamment*».

11. Dans une lettre du 21 mars 2012, la République a fourni au Tribunal arbitral «*un exposé succinct des motifs pour lesquels la République de Guinée demande à M. Bernardo Cremades de se déporter*». Elle a ajouté que «*dans l'hypothèse où M. Cremades déciderait de ne pas se déporter, la République de Guinée se verrait contrainte de déposer une demande formelle de récusation sur le fondement des articles 57 de la Convention du CIRDI et 9 du Règlement d'arbitrage du CIRDI*».

12. Conformément à l'article 13 du Règlement d'arbitrage, la première session du Tribunal arbitral s'est tenue à Paris avec les parties le 30 mars 2012. Lors de cette session, la Défenderesse a indiqué qu'elle estimait que le Tribunal arbitral était irrégulièrement constitué et qu'elle n'avait pas encore pris position sur une éventuelle demande de récusation, attendant de savoir si M. Bernardo Cremades entendait démissionner ou conserver sa position d'arbitre, sur la base des éléments qu'elle avait communiqués dans sa lettre du 15 mars 2012.

13. Dans la mesure où M. Bernardo Cremades a déclaré ne pas avoir de commentaires à ce sujet, et sur la base de la demande de la Défenderesse, le Tribunal, en consultation avec les parties, a fixé, lors de la première session du Tribunal, le calendrier de la procédure écrite pour une éventuelle demande en récusation de M. Bernardo Cremades comme suit:

- Le 16 avril 2012 : demande de récusation de la Défenderesse
- Le 27 avril 2012 : réponse des Demanderesses
- Le 7 mai 2012 : réplique de la Défenderesse
- Le 14 mai 2012 : duplique des Demanderesses

14. Conformément à l'article 9(3) du Règlement d'arbitrage, M. Bernardo Cremades a été invité à fournir des observations au plus tard le 17 mai 2012.

15. Le Tribunal, en consultation avec les parties, a examiné les autres points de l'ordre du jour de la première session et a arrêté des règles spécifiques pour le reste de la procédure.

16. Conformément au calendrier fixé lors de la première session, la République a déposé le 16 avril 2012 sa demande de récusation à l'encontre de M. Bernardo Cremades en application de l'article 57 de la Convention («la Demande»).

17. Par lettre du 18 avril 2012, le Secrétariat du CIRDI a informé les parties que conformément à l'article 9(6) du Règlement d'arbitrage, l'instance était réputée suspendue à la date du dépôt de la Demande, soit le 16 avril 2012. La Secrétaire du Tribunal leur a transmis un projet du procès-verbal de la première session tenue le 30 mars 2012, avec l'indication que les parties seraient invitées à confirmer leur accord sur les différents points de l'ordre du jour à la reprise de l'instance.

18. Les Demanderesses ont soumis leur réponse à la Demande le 26 avril 2012 (la «Réponse»). La République a répliqué le 7 mai 2012 (la «Réplique») et les Demanderesses ont déposé leur duplique le 11 mai 2012 (la «Duplique»). M. Bernardo Cremades a également soumis ses observations le 14 mai 2012.

19. Conformément à l'article 9(4) du Règlement d'arbitrage, les autres membres du Tribunal arbitral, à savoir Mme Van Houtte, Présidente, et le Professeur Pierre Tercier, ont considéré la Demande et l'ont mise aux voix sans délai, hors la présence de M. Bernardo Cremades.

20. Le 29 mai 2012, Mme Vera Van Houtte a indiqué au Centre que leurs voix étaient partagées au sujet de la Demande.

21. Conformément à l'article 58 de la Convention du CIRDI et l'article 9 du Règlement administratif, le Président du Conseil administratif (le «Président») est maintenant appelé à se prononcer sur la Demande.

22. Après un rappel de la position des parties et des observations de M. Bernardo Cremades (II), cette décision examinera les moyens développés au soutien de la Demande (III), et la décision du Président (IV).

II. LA POSITION DES PARTIES ET LES OBSERVATIONS DE M. BERNARDO M. CREMADES SUR LA DEMANDE EN RÉCUSATION

A. LA POSITION DE LA DÉFENDERESSE

24. La République demande la récusation de M. Bernardo Cremades en raison de ses liens familiaux avec son frère, M. Juan Antonio Cremades, arbitre également nommé par Getma International dans une procédure d'arbitrage parallèle. La Défenderesse considère que cette situation, qui a été créée par Getma International, justifie sa récusation.

25. En ce qui concerne les critères de récusation applicables, la Défenderesse estime que, l'expression «offrir toute garantie d'indépendance» au sens de l'article 14(1) de la Convention CIRDI «couvre à la fois le devoir d'indépendance et d'impartialité des arbitres. Cette dernière expression renvoie à l'absence de préjugé»¹. En effet, d'après la Défenderesse «le critère pour apprécier l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre est objectif. Il s'agit d'apprécier si un tiers pourrait, au regard des circonstances de fait, avoir des doutes raisonnables sur l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre»². La Défenderesse considère, en outre, que «le terme 'défaut manifeste' visé à l'article 14(1) ne fait pas référence à la gravité du défaut mais à la facilité avec laquelle il peut être discerné»³.

26. S'agissant des faits, la Défenderesse explique que, le 10 mai 2011, Getma International a déposé une demande d'arbitrage auprès de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) (ci-après «l'Arbitrage OHADA»). Elle a désigné en qualité d'arbitre M. Juan Antonio Cremades.

27. Le 29 septembre 2011, les Demanderesses, au nombre desquelles figure Getma International, ont déposé une demande d'arbitrage auprès du CIRDI. Elles ont désigné en qualité d'arbitre M. Bernardo Cremades.

28. L'Arbitrage OHADA a pour fondement la clause compromissoire stipulée à l'article 31 de la Convention de mise en concession du terminal à conteneurs du port Conakry conclue le 22 septembre 2008. La résiliation de cette concession, qui est irrégulière selon Getma International, a

¹ Demande para. 10 ; Réplique para. 11.

² Demande para. 12 ; Réplique para. 9.

³ Demande para. 10. La Défenderesse souligne, en outre, que ce critère a été adopté dans des nombreuses décisions rendues par des tribunaux arbitraux dans des instances CIRDI et notamment dans les affaires *Vivendi c. Argentine*, *Azurix c. Argentine*, *Siemens c. Argentine*, *SGS c. Pakistan* ; *EDF c. Argentine* et *Urbaser c. Argentine* (Demande para. 12).

causé un préjudice dont elle exige la réparation tant dans l'Arbitrage OHADA que dans le présent arbitrage CIRDI⁴.

29. Selon la Défenderesse, les deux arbitrages se déroulent simultanément, portent sur les mêmes faits et les deux tribunaux arbitraux devront analyser les conditions d'attribution, d'exécution et de résiliation de la Convention⁵.

30. Dans ce contexte, la Défenderesse estime que :

La nomination de deux frères en qualité d'arbitres, dans deux procédures d'arbitrages parallèles portant sur le même litige est de nature à susciter, de la part de la République... un doute légitime sur les garanties d'indépendance et d'impartialité offertes par M. Bernardo Cremades dans la présente procédure d'arbitrage⁶.

31. Au surplus, la Défenderesse précise qu'elle ne remet pas en cause les qualités professionnelles ni la probité de M. Bernardo Cremades⁷. En effet, la Demande de récusation de la République de Guinée tient à la situation «*objective*» créée par Getma International. Elle estime que cette situation suffit à elle seule à créer des doutes légitimes et raisonnables⁸.

32. Plus particulièrement, la Défenderesse considère que cette situation s'inscrit dans le cadre d'une «*stratégie délibérée qui vise à créer un lien direct entre les deux tribunaux arbitraux*»⁹ et est ainsi «*inacceptable*»¹⁰ pour la République au regard des garanties d'indépendance et impartialité que doivent présenter les arbitres pour les motifs suivants¹¹:

- a. *Rupture d'égalité entre les parties.* Le lien familial très proche entre les deux arbitres nommés par Getma International dans les deux procédures, alors qu'il n'existe aucun lien entre les deux arbitres nommés par la République, rompt l'égalité des parties¹².
- b. *Risque de communication d'informations privilégiées.* Getma International a créé la possibilité d'une communication entre les deux arbitres d'informations privilégiées et d'opinions personnelles, y compris des informations échangées au sein des deux tribunaux arbitraux, auxquelles les parties n'ont pas accès et donc n'ont pas l'opportunité de débattre devant le Tribunal¹³. Ce risque de communication

⁴ Demande paras. 2-3.

⁵ Demande para. 4.

⁶ Demande para. 6.

⁷ Demande para. 11 ; Réplique para. 17.

⁸ Réplique para. 16.

⁹ Demande para. 17.

¹⁰ Demande para. 18..

¹¹ Demande para. 18.

¹² Demande para. 19.

¹³ Demande paras. 20-21.

d'informations privilégiées est encore accru par le fait que les deux frères sont saisis exactement du même litige¹⁴.

La République craint en outre que M. Bernardo Cremades disposerait d'informations privilégiées sur le litige dont ne disposeraient pas les deux autres arbitres¹⁵. Elle considère que cette situation, serait de nature à créer un déséquilibre au sein du Tribunal arbitral dans cette instance¹⁶.

- c. *Risque d'influence sur le jugement de l'arbitre.* La proximité entre les deux frères créerait le risque objectif que M. Bernardo Cremades soit favorablement influencé par les décisions prises et positions adoptés par son frère dans l'Arbitrage OHADA, créant ainsi une situation de nature à influencer sur l'indépendance de son jugement¹⁷.

Les *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* en date du 22 mai 2004 (les « Directives IBA »), envisagent le risque de cette influence dans le cas de deux arbitres membres du même cabinet d'avocats qui interviennent dans deux procédures d'arbitrage parallèles opposant les mêmes parties. Pour la Défenderesse, ce conflit existe également dans le cas de deux arbitres qui seraient frères¹⁸. Leur lien familial crée la même possibilité de communication ou d'influence entre arbitres que le lien professionnel visé par l'article 3.3.4. des Directives IBA. Le fait que les deux litiges soient, dans ce cas-ci, identiques aggrave encore plus ce risque¹⁹.

- d. *Absence de déclaration.* La non-révélation par M. Bernardo Cremades, dans sa déclaration d'acceptation et d'indépendance de la nomination de son frère comme arbitre par la même partie dans l'Arbitrage OHADA, constitue en elle-même un motif de récusation, conformément à l'article 4(1) des Directives IBA²⁰. La Défenderesse soutient qu'en toute hypothèse cette absence de révélation est de nature à renforcer ses doutes légitimes sur les garanties d'indépendance et d'impartialité de M. Bernardo Cremades²¹.

33. En réponse à l'argumentation des Demanderesses, la République explique que la Demande de récusation a été déposée en temps utile²². Elle considère, en outre, que dans la mesure où les Demanderesses ont avancé des arguments visant à établir que la Demande a été présentée

¹⁴ Demande para. 22.

¹⁵ Demande para. 23.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Demande para. 25.

¹⁸ Demande para. 26.

¹⁹ Demande paras. 26-28 ; Réplique paras. 23-26.

²⁰ Demande paras. 29-32.

²¹ *Id.*

²² Réplique para. 2.

tardivement, mais ne soulèvent pas l'irrecevabilité de la Demande sur la base du délai prévu à l'article 9, il serait nécessaire de prendre acte de la renonciation des Demanderesses à ce moyen²³.

34. La République estime aussi qu'il serait injustifié de demander la récusation des deux arbitres frères en même temps²⁴. Elle explique qu'elle n'a pas simultanément récusé M. Juan Antonio Cremades dans la procédure arbitrale parallèle car il n'existait aucun conflit d'intérêt au moment de sa désignation. La République affirme que le conflit d'intérêts, créé par la désignation de M. Bernardo Cremades, disparaîtrait dans les deux arbitrages par la récusation de ce dernier²⁵.

35. La République soutient que la jurisprudence citée par Getma International pour s'opposer à la récusation n'est pas pertinente. Plus particulièrement, la République explique (i) que le Tribunal dans *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. (HEP) c. République de Slovénie* a fait droit à la demande de récusation et qu'une relation entre deux frères est plus proche que celle qui peut exister entre deux Barristers affiliés dans la même *Chambers*, et (ii) que les affaires *Electrabel SA c. République de Hongrie* et *AES Summit Generation c. République de Hongrie* portaient sur des litiges distincts entre différentes parties qui n'avaient aucun lien entre elles²⁶.

36. Enfin, la Défenderesse met en évidence que la nomination de deux frères comme arbitres dans des arbitrages parallèles portant sur le même litige n'est pas le fruit du hasard et n'est pas expliqué par Getma International ce qui, selon la République, confirme que Getma International poursuit un «but illégitime» et cherche à se créer un avantage au détriment de la République de Guinée²⁷.

B. LA POSITION DES DEMANDERESSES

37. Selon les Demanderesses, la Demande en récusation de M. Bernardo Cremades par la Défenderesse est dénuée de tout fondement et ne s'expliquerait que par une stratégie délibérée de la République visant à prolonger artificiellement la durée de l'arbitrage²⁸. Les Demanderesses demandent que celle-ci soit rejetée.

38. En ce qui concerne les critères de récusation applicables, les Demanderesses sont d'accord avec la Défenderesse que «*le critère pour apprécier l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre*

²³ Réplique paras. 1-8.

²⁴ Réplique para 19.

²⁵ *Id.*

²⁶ Réplique paras. 20-22.

²⁷ Demande para. 17 ; Réplique paras. 13-16.

²⁸ Réponse para. 1.

est objectif. Il s'agit d'apprécier si un tiers pourrait, au regard des circonstances de fait, avoir des doutes raisonnables sur l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre»²⁹.

39. Les Demanderesses ajoutent aussi que cette charge est plus lourde parce que l'article 57 de la Convention CIRDI exige que le défaut des qualités requises par l'article 14(1) de la Convention soit manifeste³⁰. En s'appuyant sur la jurisprudence du CIRDI elle souligne que la notion de «manifeste» s'entend d'un défaut «clair» ou «certain» («obvious» or «evident»)³¹.

40. S'agissant des faits, les Demanderesses considèrent que le délai pris par la République pour déposer la Demande de récusation (à savoir 57 jours après la constitution du Tribunal arbitral et 123 jours après l'acceptation par M. Bernardo Cremades de sa désignation) est tardive et ne satisfait pas l'exigence d'une soumission «dans les plus brefs délais» conformément à l'article 9(1) du Règlement d'arbitrage³².

41. Toutefois, les Demanderesses précisent qu'elles ne souhaitent nullement que l'irrecevabilité de la Demande se fonde sur des questions de forme, telles que la tardivité de la Demande, mais que celle-ci soit surtout appréciée en raison de son manque évident de fondement³³.

42. Les Demanderesses réfutent l'argument de la République selon lequel le devoir d'indépendance s'étendrait au-delà des liens entre l'arbitre et une partie ou son conseil³⁴. Selon les Demanderesses, la doctrine citée par la République à ce sujet expliquerait, en fait, que les liens de l'arbitre avec les parties ou avec les conseils de parties peuvent ne pas être directs, mais par l'intermédiaire de personnes proches de l'arbitre³⁵. Or, il n'est pas contesté que M. Bernardo Cremades, ou toute personne qui lui est proche, n'a aucun type de lien avec les parties ou les avocats des parties³⁶.

43. Les Demanderesses contestent également la légitimité des doutes que pourrait avoir la République sur l'impartialité de M. Bernardo Cremades. Elles indiquent que M. Bernardo Cremades n'a pas été choisi à cause de son frère, mais à cause de sa grande expérience, «sa notoriété et de son comportement éthique sans équivoque»³⁷. Les Demanderesses nient toute

²⁹ Réponse para. 14.

³⁰ Réponse paras. 19-22.

³¹ Réponse para. 22.

³² Réponse paras. 8-13 ; Duplique paras. 3-7.

³³ Réponse para. 9.

³⁴ Les Demanderesses s'inspirent d'auteurs qui définissent l'arbitre impartial comme quelqu'un qui n'a pas de préjugé favorable ou défavorable contre une partie ou sa position et un arbitre indépendant comme quelqu'un qui n'a pas de relation — financière, professionnelle ou personnelle — étroite avec une partie ou son conseil. Réponse paras. 16-17.

³⁵ Duplique para. 12.

³⁶ Réponse para. 26 ; Duplique para. 17.

³⁷ Réponse paras. 30-31.

stratégie délibérée de leur part tendant à obtenir des décisions «*allant dans le même sens*» dans les deux arbitrages³⁸.

44. Elles soulignent de plus qu'un observateur extérieur ne pourrait légitimement présumer une telle stratégie sans, en même temps, supposer que les deux arbitres en question soient disposés à y donner suite, violant ainsi les devoirs éthiques et déontologiques les plus fondamentaux auxquels ils sont astreints³⁹. De plus, les Demanderesses estiment que deux frères qui ne travaillent pas ensemble, qui n'ont pas d'intérêt professionnel commun et qui ne dépendent pas l'un de l'autre, ne pourraient pas être soupçonnés d'être plus disposés à violer des règles éthiques et déontologiques que deux amis, deux voisins, deux collègues d'université ou deux *Barristers* de la même *Chambers*⁴⁰.

45. Les Demanderesses s'étonnent de ce que la République demande seulement la récusation de M. Bernardo Cremades alors que, s'il existait réellement un risque que les frères échangent des informations privilégiées, les deux frères devraient être récusés⁴¹.

46. Les Demanderesses rejettent également l'argument de la République selon lequel le problème résulterait du fait qu'il s'agit dans les deux arbitrages des mêmes faits, ce qui rendrait la présence des frères Cremades préjudiciable à la République⁴². Les Demanderesses estiment que, vu la jurisprudence du CIRDI selon laquelle le même arbitre peut faire partie de deux tribunaux qui analysent les mêmes faits ou des faits similaires et les mêmes questions de droit, il faut admettre à fortiori que les deux frères Cremades peuvent être arbitres dans deux arbitrages dans lesquels ils seraient susceptibles de discuter des mêmes faits⁴³. Les Demanderesses citent notamment les affaires *Electrabel S.A. c. République de Hongrie* et *AES Summit Generation c. République de Hongrie*⁴⁴.

47. Les Demanderesses reprochent à la République de se baser ici sur une règle absolue selon laquelle le simple fait d'être des frères suffirait pour être disposé, et même condamné, de manière objective et automatique à violer la confidentialité des informations auxquelles chacun a accès⁴⁵. Les Demanderesses se basent également sur l'affaire *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. (HEP) c. République de Slovénie* dans laquelle le Tribunal a rejeté une règle absolue selon laquelle des *Barristers* appartenant à la même *Chambers* ne sauraient agir respectivement comme conseil et

³⁸ Duplique paras. 18-24.

³⁹ Réponse para. 36 ; Duplique paras. 24, 27.

⁴⁰ Réponse para. 38 ; Duplique paras. 43-44.

⁴¹ Réponse paras. 35, 37.

⁴² Réponse paras. 39-45.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Réponse para. 41.

⁴⁵ Réponse para. 48.

arbitre dans la même affaire⁴⁶. S'il est vrai que dans l'affaire *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. (HEP) c. République de Slovénie*, le tribunal a conclu à un manque d'impartialité potentiel de l'arbitre, les Demanderesses soulignent toutefois que dans cette affaire un lien de proximité existait entre l'arbitre et l'avocat d'une partie⁴⁷.

48. Les Demanderesses contestent également que les arbitres Cremades, qui ont des vies professionnelles séparées depuis de nombreuses années, soient couverts, par analogie, par le point 3.3.4 des Directives IBA⁴⁸. Selon les Demanderesses, le fait que cet article ne mentionne justement pas les liens familiaux démontre qu'il ne s'applique pas au cas d'espèce⁴⁹. Les Demanderesses distinguent la situation de deux confrères d'un même cabinet et de deux frères, pour lesquels la légitimité du partage d'informations et le devoir de secret professionnel ne seraient pas les mêmes⁵⁰.

49. Les Demanderesses estiment également qu'il n'y avait pas de raison pour que M. Bernardo Cremades mentionne dans sa déclaration sa relation avec M. Juan Antonio Cremades⁵¹.

50. Les Demanderesses soutiennent enfin, que la République n'a démontré ni la partialité ni le manque d'indépendance de M. Bernardo Cremades, alors qu'elle a pourtant la charge de la preuve⁵².

C. LES OBSERVATIONS DE M. BERNARDO M. CREMADES

51. Conformément à l'article 9(3) du Règlement d'Arbitrage, le 14 mai 2012, M. Bernardo Cremades a présenté ses observations. M. Bernardo Cremades confirme qu'il peut offrir «*toutes garanties d'indépendance dans l'exercice de [s]a fonction*» conformément à l'article 14 de la Convention CIRDI. M. Bernardo Cremades précise de plus que depuis 13 ans il n'a «*aucune relation professionnelle ni patrimoniale avec [s]on frère Juan Antonio Cremades*⁵³». Il affirme que le fait que son frère siège comme arbitre dans une procédure distincte n'affecte absolument pas son indépendance pour l'exercice des fonctions arbitrales qui lui ont été confiées⁵⁴.

⁴⁶ Réponse para. 47.

⁴⁷ Duplique para. 34.

⁴⁸ Réponse paras. 51-55.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Duplique paras. 41-45.

⁵¹ Réponse para. 58.

⁵² Réponse paras.17-18; Duplique paras. 30-34.

⁵³ Observations de M. Bernardo M. Cremades en date du 14 mai 2012.

⁵⁴ *Id.*

III. ANALYSE ET CONCLUSIONS

52. Après un rappel des dispositions applicables, les moyens soulevés au soutien de la Demande de la Défenderesse seront discutés.

A. DISPOSITIONS APPLICABLES

53. Les articles 14(1) et 57 de la Convention CIRDI, ainsi que l'article 6(2) du Règlement d'arbitrage établissent le critère applicable pour statuer sur une demande de récusation d'un arbitre. La procédure applicable à la demande en récusation est régie, quant à elle, par l'article 58 de la Convention et l'article 9 du Règlement d'arbitrage.

54. L'article 14(1) de la Convention dispose :

Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions.

55. L'article 57 de la Convention dispose :

Une partie peut demander à la Commission ou au Tribunal la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14, alinéa (1).

56. Conformément aux dispositions de l'article 6(2) du Règlement d'arbitrage, chaque arbitre doit signer une déclaration aux termes de laquelle l'arbitre «[s]'engage à juger les parties de façon équitable» et l'arbitre procure si nécessaire «une déclaration concernant (a) [s]es relations professionnelles d'affaires et autres (s'il en existe) avec les parties, passées et actuelles, et (b) toute autre circonstance qui pourrait conduire une partie à mettre en cause [s]a garantie d'indépendance».

57. Aux termes de l'article 9 du Règlement d'arbitrage, une demande de récusation doit être dûment motivée et soumise au Secrétaire général «dans les plus brefs délais, et en tout état de cause avant que l'instance ait été déclarée close».

58. Il ressort de ces dispositions que, pour prospérer, une demande de récusation fondée sur un défaut d'indépendance, comme invoqué en l'espèce, doit (1) établir les faits à l'origine de la demande, (2) démontrer que ces faits établissent un défaut manifeste d'indépendance, et (3) être soumise au Secrétaire général dans les plus brefs délais⁵⁵.

⁵⁵ *SGS Société Générale de Surveillance c. Pakistan* (Affaire CIRDI No. ARB/01/13), Decision on to Disqualification of Arbitrator, 19 décembre 2002, 8 ICSID Rep. 398 (2005) (ci-après «SGS») («The standard of appraisal of a challenge set

59. La notion d'indépendance de l'article 14(1) de la Convention CIRDI s'entend d'un devoir d'indépendance et d'impartialité⁵⁶. Le devoir d'indépendance renvoie à l'absence de relations avec les parties de nature à influencer la décision d'un arbitre⁵⁷. Le devoir d'impartialité renvoie à l'absence de préjugé envers l'une des parties⁵⁸. Il s'agit là de critères objectifs. Ces critères d'indépendance et d'impartialité «*serve the purpose of protecting the parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case*»⁵⁹.

60. Il est, en outre, accepté que la notion de «*défaut manifeste*» de l'article 57 de la Convention CIRDI s'entend d'un défaut «*clair*» ou «*certain*»⁶⁰. Par ailleurs, elle impose un niveau de charge de la preuve relativement élevé pesant sur la partie demanderesse à la récusation⁶¹. Les faits allégués doivent être avérés par des éléments de preuve objectifs, et une demande ne peut prospérer sur la base d'une simple spéculation, présomption, croyance, opinion ou interprétation de la partie requérante⁶². C'est sur la base de ces éléments que le Président statue sur une demande en récusation.

forth in Article 57 of the Convention may be seen to have two constituent elements: (a) there must be a fact or facts (b) which are of such a nature or character as to 'indicat[e] a manifest lack of the qualities required by' Article 14(1). The party challenging an arbitrator must establish facts, of a kind or character as reasonably to give rise to the inference that the person challenged clearly may not be relied upon to exercise independent judgment in the particular case where the challenge is made») p. 402.

⁵⁶ Voir, par ex., *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. République argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/03/17) et *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal c. République argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/03/19), Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 22 octobre 2007 (ci-après «*Suez I*»), paras. 28-29; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A, et Vivendi Universal c. République argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/03/19) et *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. République argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/03/17), Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 12 mai 2008 (ci-après «*Suez II*»), para. 27; *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c. République Bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI No. ARB/10/9), Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators, 20 mai 2011 (ci-après «*Universal*») para. 70; *Tidewater Inc. et autres c. République Bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI No. ARB/10/5), Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator, 23 décembre 2010 (ci-après «*Tidewater*») para. 37.

⁵⁷ Voir, par ex., *Suez I* para. 29. et *Suez II* para. 28 («*Generally speaking independence relates to the lack of relations with a party that might influence an arbitrator's decision. Impartiality, on the other hand, concerns the absence of bias or predisposition toward one of the parties*»); Voir aussi, *Tidewater* para. 37.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République argentine* (Affaire CIRDI No. ARB/07/26), Decision on Claimants' Proposal to Disqualify an Arbitrator, 12 août 2010 (ci-après «*Urbaser*») para. 43; *Universal* para. 70 ; *ConocoPhillips Company et al c. République Bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI No. ARB/07/30), Decision on the proposal to disqualify L. Yves Fortier, Q.C. Arbitrator, 27 février 2012 (ci-après «*ConocoPhillips*») para. 55.

⁶⁰ *Participaciones Inversiones Portuarias SARL c. République gabonaise*, Affaire CIRDI No. ARB/08/17, Décision en date du 12 novembre 2009, (ci-après «*PIP*») para. 22. Les termes «clair» et «certain» correspond en anglais aux termes «*obvious*» et «*evident*» repris entre autres dans les affaires *Universal* para. 71; *ConocoPhillips* para 56.

⁶¹ Voir *Suez I* para. 34 et *Suez II* para. 29, citant Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, 2nd. Ed. 2009), p. 1202. Voir aussi, *PIP* para. 22.

⁶² *Suez I* para. 40 («*Implicit in Article 57 and its requirement for a challenger to allege a fact indicating a manifest lack of the qualities required of an arbitrator by Article 14, is the requirement that such lack be proven by objective evidence and that the mere belief by the challenge of the contest arbitrator's lack of independence or impartiality is not sufficient to disqualify the contested arbitrator*»). *PIP* para. 22; *SGS* p.492; *Universal* para. 71.

61. L'expression «*dans les plus brefs délais*» de l'article 9 du Règlement d'arbitrage n'est pas définie dans la Convention CIRDI ni dans le Règlement d'arbitrage. Seule une analyse des circonstances et des faits de chaque espèce permet de déterminer si la demande de récusation a été présentée dans les plus brefs délais.

62. Les parties ont invoqué les Directives IBA. Il est rappelé ici que la présente décision est prise sur la base des dispositions citées ci-dessus et dans le cadre de la Convention de Washington uniquement. Les Directives IBA n'ont qu'une valeur indicative, même s'il est entendu qu'elles peuvent éventuellement fournir une indication utile⁶³.

B. EXAMEN DES MOYENS SOULEVÉS

63. À titre préliminaire, il convient d'observer que les compétences, qualités professionnelles et la probité de l'arbitre concerné ne sont pas remises en cause par la Défenderesse⁶⁴. Ce que celle-ci vise à mettre en cause est la situation créée par Getma International, qui selon elle résulterait d'une «*stratégie délibérée*» des Demanderesses de créer un lien entre les deux tribunaux arbitraux et ainsi bénéficier d'un avantage au détriment de la République de Guinée. C'est cette «*stratégie*» que la République considère inacceptable et de laquelle découlent, selon elle, les quatre moyens soulevés à l'appui de sa Demande⁶⁵. La République ajoute, en outre, que la situation objective créée par les Demanderesses serait suffisante en elle-même pour créer des doutes légitimes et raisonnables sur les garanties d'indépendance et d'impartialité que l'arbitre en question pourra offrir dans l'exercice de ses fonctions⁶⁶.

64. Le choix des Demanderesses de nommer deux frères en qualité d'arbitres dans deux procédures d'arbitrage parallèles peut, en soi, soulever un certain nombre de questions. Néanmoins, l'objectif de la procédure de récusation du CIRDI est d'assurer que le différend soit tranché par des personnes ayant les qualités indiquées à l'article 14(1) de la Convention. Cette procédure ne saurait être utilisée par les parties comme un instrument pour adresser une situation - telle que la stratégie de l'autre partie - qui ne touche pas directement aux qualités de l'arbitre, situation que les parties devront adresser autrement.

65. Dans ces conditions, il s'agit donc de déterminer en l'espèce si la République a démontré sur la base des éléments de preuve objectifs, que le fait que M. Bernardo Cremades siège en

⁶³ *Urbaser* para. 37 («...[W]hile these texts [the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration] certainly constitute a most valuable source of inspiration, they are not part of the legal basis on which the decision rendered in respect of Claimants' Proposal is based. This Decision is based on the provisions of the ICSID Convention... which are to be construed and interpreted in the broader context of the objectives and the operation of the arbitral proceedings governed by this instrument»); *PIP* para. 24; *Universal* para. 74; *Tidewater* para. 42; *ConocoPhillips* para. 59.

⁶⁴ Demande para. 11, Réplique para. 17.

⁶⁵ Demande paras. 17-18 ; Réplique paras. 16, 26

⁶⁶ Voir *supra* paras. 30, 31.

qualité d'arbitre dans cette instance, alors que son frère, M. Juan Antonio Cremades, siège en qualité d'arbitre dans l'Arbitrage OHADA, est suffisant pour conclure à un défaut manifeste d'indépendance de la part du premier au vu des critères de la Convention CIRDI.

66. Comme il va être maintenant expliqué, la Demande de récusation n'est pas fondée au vu des moyens soulevés par la Défenderesse. L'analyse ci-dessous suit l'ordre des moyens développés par la Défenderesse tels que résumés auparavant.

a. *Rupture d'égalité entre les parties*

67. La Défenderesse s'est limitée à indiquer que l'existence d'un lien familial très proche entre les arbitres nommés par Getma International dans l'instance CIRDI et l'Arbitrage OHADA, crée une prétendue rupture d'égalité entre les parties car il n'existerait pas un lien de cette nature entre les arbitres nommés par la Défenderesse dans chacune de ces instances⁶⁷. La Défenderesse s'est cependant abstenue d'indiquer comment il découle ou résulte de cette prétendue rupture d'égalité entre les parties que M. Cremades ne saurait pas être en mesure d'offrir, de manière manifeste, toute garantie d'indépendance pour exercer ses fonctions. Ce moyen n'étant pas concluant pour établir l'absence d'indépendance de l'arbitre, le Président se tourne donc maintenant vers les autres moyens soulevés.

b. *Risque de communication d'informations privilégiées*

68. La Défenderesse soutient pouvoir raisonnablement craindre que M. Cremades se trouvera en possession d'informations privilégiées sur le litige soumis au Tribunal CIRDI dont ne disposeront pas les deux autres arbitres⁶⁸. Elle explique que la nomination des deux arbitres crée la possibilité d'échanges entre ceux-ci d'informations privilégiées et d'opinions personnelles discutées lors des délibérations des deux tribunaux⁶⁹.

69. Ces affirmations reposent sur la spéculation que deux arbitres internationaux renommés et expérimentés, qui n'ont pas d'intérêts patrimoniaux ou professionnels communs⁷⁰, seraient disposés à violer leurs devoirs éthiques et déontologiques, ainsi que le secret des délibérations auxquels ils sont astreints, et ceci dans le but d'aider les Demanderesses à obtenir des décisions favorables.

⁶⁷ Demande para. 19.

⁶⁸ Demande para. 23.

⁶⁹ Demande paras. 20-22.

⁷⁰ Observations de M. Bernardo M. Cremades en date du 14 mai 2012.

70. Comme il a été établi auparavant, une demande en récusation ne peut prospérer sur la base d'une simple spéculation, présomption ou croyance de la partie requérante⁷¹. Ainsi, par exemple, le Tribunal dans l'affaire *SGS c. Pakistan* a noté que :

*The standard of appraisal of a challenge set forth in Article 57 of the Convention may be seen to have two constituent elements: (a) there must be a fact or facts (b) which are of such a nature or character as to 'indicat[e] a manifest lack of the qualities required by' Article 14(1)...The first requisite that facts must be established by the party proposing disqualification is in effect a prescription that mere speculation or inference cannot be a substitute for such facts. The second requisite of course essentially consists of an inference, but that inference must rest upon, or be anchored to, the facts established. An arbitrator cannot, under Article 57 of the Convention, be successfully challenged as a result of inferences which themselves rest merely on other inferences. It is important to stress that the inference which constitutes the second constituent element must itself be reasonable. There must, in other words, if the challenge is to succeed, be a clear and reasonable relationship between the constituent facts and the constituent inference they generate.*⁷²

71. La Défenderesse n'a rapporté aucun élément de preuve objectif montrant qu'il est possible d'inférer sur la base des faits et circonstances de l'espèce, que les deux arbitres, ou même l'un d'entre eux, ne respecteraient pas les engagements pris lors de l'acceptation de leurs nominations.

72. Le fait que les deux arbitres soient amenés éventuellement à se prononcer sur les mêmes questions de droit ou de fait ne change rien à cette situation, faute pour la partie Défenderesse d'établir les faits allégués. Partant, le défaut manifeste d'indépendance n'a pas été démontré par la Défenderesse.

c. Risque d'influence sur le jugement de l'arbitre

73. La Défenderesse considère qu'il y a un risque objectif que M. Bernardo Cremades soit influencé par les décisions prises par son frère dans l'Arbitrage OHADA. Cette situation serait de nature à influencer sur l'indépendance de son jugement et créerait un risque de préjugé. La Défenderesse se fonde, par analogie, sur l'article 3.3.4. des Directives IBA aux termes duquel la relation entre deux arbitres membres du même cabinet, qui interviennent dans deux procédures d'arbitrage parallèles opposant les mêmes parties, est de nature «à faire naître des doutes légitimes

⁷¹ See *supra* para. 60.

⁷² *SGS* p. 402.

*dans l'esprit des parties quant à l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre*⁷³». La différence, selon la République, est que le lien contesté en l'espèce n'est pas professionnel mais familial.⁷⁴

74. La Défenderesse souligne que la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur des affaires portant exactement sur les mêmes faits. En effet, il n'y a pas de décisions antérieures dans la jurisprudence du CIRDI qui analysent une situation où deux membres d'une même famille ont été appelés à siéger dans des affaires impliquant les mêmes faits et opposant les mêmes parties. Il a été cependant retenu que la nomination du même arbitre dans deux tribunaux saisis de questions juridiques semblables ne peut être considérée, en soi, comme une raison objective suffisante pour donner lieu à une récusation⁷⁵. A fortiori, et par analogie, cela s'appliquerait d'autant plus à deux arbitres distincts siégeant dans deux procédures distinctes. Il sera rappelé, en outre, que le fondement juridique des deux instances, OHADA et CIRDI, diffère.

75. En l'espèce, le Président considère qu'il n'est pas clair ni certain que l'arbitre en question puisse être influencé par une décision prise dans le cadre de l'Arbitrage OHADA, d'avantage que ne le seraient les deux autres membres du Tribunal, ou qu'un autre tribunal arbitral qui serait amené à considérer des décisions rendues auparavant par une autre instance.

76. En outre, M. Bernardo Cremades a souligné qu'il n'a aucune relation professionnelle ou patrimoniale avec son frère depuis 13 ans⁷⁶. La présomption que les deux frères communiqueraient ou qu'ils ont partagé dans le passé leurs opinions respectives au sujet des affaires qu'ils tranchent, ou qu'ils seraient amenés à le faire dans cette instance, n'est aucunement établie par la Défenderesse.

77. Enfin, même en prenant en compte les Directives IBA en tant qu'indications utiles sur l'existence d'un potentiel conflit d'intérêt, il n'est pas clair ni certain que les faits, tels que présentés par la Défenderesse, fassent naître des doutes légitimes quant à l'indépendance de l'arbitre en question.

78. Au vu de ce qui précède, le moyen ne saurait prospérer.

⁷³ Cette situation relevant de la « liste Orange » des Directives. Selon l'article 3.3., un exemple de relation entre deux arbitres qui pourrait «faire naître des doutes légitimes quant à l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre» pourrait être celle dans laquelle «un avocat du cabinet de l'arbitre agit comme arbitre dans le cadre d'un autre litige opposant les mêmes parties ou une affiliée d'une des parties».

⁷⁴ Voir *supra* para. 32.

⁷⁵ Voir *Tidewater* para 62-72; *PIP* para. 33; *Electrabel S.A. c. République d' Hongrie* (Affaire CIRDI No. ARB/07/19) Decision on the Claimant's Proposal to disqualify a member of the Tribunal, 25 février 2008.

⁷⁶ Observations de M. Bernardo M. Cremades en date du 14 mai 2012.

d. Absence de déclaration

79. Selon la Défenderesse, le fait que M. Bernardo Cremades n'ait pas mentionné la nomination de M. Juan Antonio Cremades dans l'Arbitrage OHADA dans sa déclaration d'acceptation et d'indépendance soumise au Centre conformément à l'article 6(2) du Règlement d'arbitrage, constituerait en elle-même un motif de récusation, sur la base des articles 4(1) et 3(a) des Directives IBA. La Défenderesse soutient qu'en toute hypothèse cette absence de révélation est de nature à renforcer ses doutes légitimes sur les garanties d'indépendance et d'impartialité de M. Bernardo Cremades⁷⁷.

80. Outre l'absence de force obligatoire des Directives IBA⁷⁸, comme retenue par ces mêmes Directives et par la jurisprudence CIRDI, l'absence d'une déclaration ne peut en elle-même prouver le manque d'indépendance; seuls les faits et les circonstances qui n'ont pas été révélés peuvent mettre en cause la garantie d'indépendance d'un arbitre, non le manque de déclaration à cet effet⁷⁹.

81. Ainsi, quand bien même M. Bernardo Cremades aurait-il été au courant de la nomination de son frère, ce qui n'a pas été établi en l'espèce, l'absence de cette mention ne saurait établir de manière manifeste que M. Bernardo Cremades n'exercera pas ses fonctions en toute indépendance.

82. En outre, il ressort de l'examen du dossier que la République de Guinée avait eu part de la nomination par Getma International de M. Juan Antonio Cremades dans l'Arbitrage OHADA avant même que M. Bernardo Cremades n'ait soumis sa déclaration. De plus, la relation familiale existant entre les deux arbitres est notoire, du moins dans le monde de l'arbitrage international auquel les conseils des deux parties appartiennent.

83. Comme il a été avancé par la Défenderesse, de même que déjà retenu par certains tribunaux, le fait que l'information en cause soit dans le domaine public n'est pas suffisant pour conclure que celle-ci ne doit pas pour autant être révélée⁸⁰. Cependant, le caractère public de l'information peut être pris en compte pour décider si l'absence de révélation est susceptible de constituer un défaut manifeste d'indépendance et impartialité d'un arbitre⁸¹.

84. Ayant déjà déterminé que les faits de l'espèce ne constituent pas, en soi, un défaut manifeste d'indépendance, l'absence de révélation de ces faits ne saurait constituer un motif de

⁷⁷ Demande para. 29-32.

⁷⁸ Voir *supra* para. 62.

⁷⁹ *Tidewater* para. 43, *ConocoPhillips* para. 60.

⁸⁰ Demande para. 30 ; *Tidewater* para. 46 («*Arbitration Rule 6(2) does not limit the disclosure to circumstances which would not be known in the public domain. The wording of this rule is all encompassing without distinguishing among categories of circumstances to be disclosed.*») et 54; *Universal* para. 92.

⁸¹ *Tidewater* para. 54.

récusation. Le fait que la relation familiale de M. Bernardo Cremades ait été notoire ne fait que renforcer cette conclusion.

85. Dans la mesure où les moyens soulevés par la Défenderesse ne sauraient prospérer, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si la Demande a été faite «*dans les plus bref délais*», question que les Demanderesses ont expressément déclarée ne pas être une cause d'irrecevabilité de la Demande⁸².

86. Au vu de ce qui précède, la République n'a pas démontré sur la base d'éléments de preuve objectifs, l'existence d'un motif impliquant un défaut manifeste de toute garantie d'indépendance dans l'exercice de ses fonctions de l'arbitre en question. La Demande de la Défenderesse est donc rejetée.

* * *

⁸² Réponse para. 9.

IV. DÉCISION

1. La Demande en récusation formulée par la République de Guinée le 16 avril 2012 à l'encontre de M. Bernardo M. Cremades est rejetée.
2. Les frais encourus par les parties et les membres du Tribunal dans le cadre de l'examen de cette Demande en récusation feront l'objet d'une décision ultérieure du Tribunal.
3. Conformément à l'article 9(6) du Règlement d'arbitrage, cette instance est réputée reprendre à la date de cette décision.

[Signature]

M. Robert B. Zoellick
Président du Conseil administratif