



L'Afrique du droit qui parle du droit de l'Afrique !

LES MARC EN OHADA



EDITORIAL

L'Afrique du droit qui parle du droit de l'Afrique !

Le droit des relations économiques internationales est marqué par une quasi absence de l'Afrique, très peu de ses fils se sont spécialisés dans cette discipline rendue incontournable par la mondialisation. La nature ayant horreur du vide, l'analyse juridique des investissements internationaux sur notre continent se fait par analogie, ce malgré les spécificités locales. De ce fait, le statut de l'Etat en tant qu'opérateur économique reste incompris, il constitue une source de méfiance pour ses interlocuteurs privés étrangers très enclins à ester devant les juridictions arbitrales.

Le tissu économique africain est aussi caractérisé par le fait que les sociétés publiques sont généralement les plus grands acteurs de la sphère commerciale. Fort de cette réalité, une définition réaliste du droit des affaires en Afrique conduit à dépasser ses frontières classiques, il faut y intégrer les transactions transnationales dont le poids socio-économique est indiscutable. Telle est l'option du Journal Africain du Droit des Affaires (JADA) qui fait le pari de contribuer à une visibilité mondiale du *jus africana*.

Il s'agit de donner une lecture endogène des modes alternatifs de règlement des conflits, d'influencer l'évolution du droit des investissements grâce à une fine présentation du régime juridique des acteurs étatiques. Le droit commercial aura également une place de choix en raison de divers mouvements de modernisation normative actuels. Bref, le JADA se veut la vitrine de l'expression continentale sur la scène juridique internationale, qu'il s'agisse d'actualité législative ou de contentieux transfrontalier impliquant une partie africaine.

Outre sa parution semestrielle, le JADA publiera chaque année un numéro supplémentaire reprenant les actes d'un colloque qu'il aura organisé sur un thème de brûlante actualité et à forte valeur scientifique. Notre premier numéro s'inscrit dans cette logique, en le consacrant intégralement aux modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), nous avons voulu signaler l'antériorité philosophique de la justice conventionnelle en Afrique. La réflexion a été restreinte à l'OHADA afin de pouvoir valoriser les capacités de modernisation et de créativité d'un législateur africain.

La diversité de nationalité des auteurs de ce premier numéro est le juste reflet de notre démarche, elle consiste à associer l'expertise africaine pour marquer sa singularité et le regard extérieur en guise de rafraichissant des pratiques locales. A ce prix, le JADA compte donner une image nouvelle du droit africain, mais également rappeler aux yeux du monde qu'il faut composer avec lui. Ainsi, nous renonçons à la résignation pour militer en faveur de l'avènement d'une communauté de juristes audacieux et créatifs.

Bref, le JADA, c'est l'Afrique du droit qui parle du droit de l'Afrique !

Achille NGWANZA
Directeur de publication

DIRECTEUR DE PUBLICATION
Achille NGWANZA

CONSEILLERS A LA REDACTION

André-Franck AHOYO

Coordinateur régional Projet OHADA/IFC, Groupe Banque Mondiale, Secrétariat Permanent OHADA

Marie Christine CIMADEVILLA

Avocat associé au Cabinet CIMADEVILLA, Membre du Comité de direction de l'Union internationale des Avocats (UIA)

Anne-Marie CORDELLE

Déléguée générale, Association du Notariat Francophone

Alexandre HORY

Secrétaire général du Comité Français de l'Arbitrage (CFA)

Frédérique MESTRE

Fonctionnaire principale UNIDROIT

Mirèze PHILIPPE

Conseiller spécial, Cour internationale d'Arbitrage de la CCI

COMITE D'HONNEUR

Emmanuel GAILLARD

Président de l'International Arbitration Institute (IAI)

Sophie HENRY

Secrétaire générale du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP)

Emmanuel JOLIVET

Conseiller général, Cour internationale d'Arbitrage de la CCI

Gaston KENFACK DOUAJNI

Président de l'Association Pour de l'Arbitrage en Afrique (APAA)

François KOMOIN

Secrétaire général de la Cour d'Arbitrage de la Côte d'Ivoire (CACI)

Chérif M'BODJ

Président du Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation (CAMC) de Dakar

Félix ONANA ETOUNDI

Directeur Général de l'Ecole Régionale Supérieure de Magistrature de l'OHADA (ERSUMA)

CORRESPONDANTS

* Lyon, **Abel BILLONG BILLONG**, Président Club OHADA Rhône-Alpes (CORA)

* Ouagadougou – **Jean Jacques OUEDRAOGO**, Président Honoraire de la Commission Nationale OHADA Burkina Faso

COMITE SCIENTIFIQUE

Aziber Seid ALGADI

Docteur en droit, Consultant indépendant

Jean-Paul BERAUDO

Vice-président honoraire de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI

Pierre CATALA

Professeur émérite Université Paris 2 Panthéon-Assas

Virginie COLAIUTA

Avocat associé Cabinet Pinsent Masons LLP London

Barthélemy COUSIN

Avocat associé Norton Rose LLP Paris

Emmanuel Sibidi DARANKOUM

Professeur agrégé, Faculté de droit de l'Université de Montréal

Jean-Paul DECORPS

Président de l'Union Internationale du Notariat

Bakary DIALLO

Docteur en droit, Avocat, Cabinet JURIFIS

Claire Moore DICKERSON

Sen. John B. Breaux Professor of Law, Tulane University

Amadou DIENG

Docteur en droit, Avocat Cabinet CIMADEVILLA

Stéphane DOUMBE-BILLE

Professeur en droit, Directeur du Centre de Droit International (CEDIN) l'Université de Lyon III

Victor Stéphane ESSAGA

Inspecteur des impôts, Directeur du Centre Africain de Recherche sur les Politiques Energétiques et Minières (CARPEM)

Marcel FONTAINE

Professeur émérite de l'Université Catholique de Louvain

Thierry GRANIER

Professeur de droit de l'Université Paul Cézanne Aix-en Provence Marseille 3

Abdoulaye HARISSOU

Président honoraire de la Commission des Affaires Africaines de l'Union Internationale des Notaires

Laurent JAEGER

Avocat associé Orrick Rambaud Martel Paris

Hughes KENFACK

Professeur agrégé en droit, Vice-président de l'Université de Toulouse 1

Serge LAZAREFF

Président honoraire de l'Institut de droit des affaires internationales de la CCI, Avocat associé Cabinet Le Bars Lazareff

Mainassara MAÏDAGI

Premier vice président de la CCJA

Henri Désiré MODI KOKO BEBEY

Professeur agrégé en droit, Doyen de la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Douala

Louis Dany MUKA

Docteur en droit, Chercheur au Centre de Droit Economique (CDE) de l'Université d'Aix-Marseille

Mohammed N'CHANKOU

Docteur en droit

Jean Alain PENDA MATIPE

Assistant Chercheur Global Sales Law

Jean-Claude PETILON

Avocat associé Fasken Martineau Paris

Moussa SAMB

Professeur agrégé en droit privé, Directeur du CREDERSUMA

Georges TATY

Juge à la Cour de justice de la CEMAC

Daniel TRICOT

Président honoraire de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation française, Professeur agrégé en droit

SOMMAIRE

GENERALITES SUR LES MARC

- 6 La justice arbitrale
Serge LAZAREFF
- 8 La médiation commerciale : une alternative au système judiciaire
Isabelle VAUGON
- 11 L'utilité de l'expertise
Jean-Paul BAERT
- 14 Interactions entre médiation et arbitrage
Laurent JAEGER et Céline LACHMANN

LES MARC EN OHADA

- 25 Approche culturelle des MARC en OHADA
Amadou DIENG
- 36 Regards franco-africains sur les étapes de la médiation commerciale
Achille NGWANZA
- 49 La gestion d'une procédure d'arbitrage : vue d'un opérateur économique de l'espace OHADA
Alphonse Joseph BIBEHE
- 57 Analyse comparée du droit de l'arbitrage OHADA et du droit international
Gaston KENFACK DOUAJNI
- 63 L'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA
Félix ONANA ETOUNDI
- 80 Document
Nouveau Règlement de médiation de la Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI)

LA JUSTICE ARBITRALE

Serge LAZAREFF*

Les praticiens savent que la clause de règlement des litiges est une clause mal aimée. En effet, lorsque se conclut favorablement une négociation commerciale, les ingénieurs, les commerçants, de façon plus générale, les cadres ayant mené cette négociation, se hérissent lorsque, si par hasard un juriste est présent, il soulève la question de savoir ce qui se passerait en cas de différend. Mais comment ! disent les négociateurs, comment pouvez-vous alors que nous venons de conclure avec nos amis, imaginer que nous puissions avoir un différend. Cette attitude est tellement encrée dans le monde commercial que là réside la première difficulté : faire comprendre qu'une clause de règlement des litiges n'est pas un paratonnerre qui attirera fatalement la foudre mais qu'elle permet en cas de différend que celui-ci puisse être réglé de façon prévisible, avec rapidité et au moindre coût.

La pire des solutions est de ne rien dire. Dans un contrat, par exemple entre une société européenne et une société d'un des Etats de l'OHADA, si un litige naît, il faudra déterminer le tribunal étatique compétent car, à défaut de clause particulière, ce sera un tribunal étatique. Celui du vendeur, du prestataire, du maître d'œuvre ? Celui de l'acheteur, du preneur, du sous-traitant ? Celui du lieu de livraison ? Il faudra faire appel à des notions de conflit de lois, s'adresser le cas échéant simultanément à plusieurs tribunaux, obtenir au pire des décisions contradictoires, bref perdre un temps qui peut s'avérer précieux avant même d'aller au fond.

Les parties devant se décider, ont évidemment le choix entre tribunaux étatiques ou modes alternatifs de règlement des litiges.

Lorsqu'il s'agit de pays dont les tribunaux sont fiables – et tel est le cas de l'OHADA, modèle pour le monde d'intégration judiciaire réussie - et si le litige éventuel ne risque pas de révéler des secrets de fabrication, rien ne s'oppose à choisir les tribunaux étatiques.

L'avantage de l'arbitrage est évidemment le caractère beaucoup plus discret de cette procédure, la possibilité de choisir son juge et le rôle important que jouent les parties dans le déroulement de la procédure.

Si l'on veut tenter de réduire les difficultés, on peut songer à une clause combinant médiation et arbitrage, c'est-à-dire une clause prévoyant une médiation qui, si elle n'est pas suivie d'effet au bout d'un délai prédéterminé (30 ou 45 jours), est automatiquement suivie d'un arbitrage.

Mais quel arbitrage ? Il est évidemment de nombreuses institutions, certaines aussi fiables les unes que les autres.

Aujourd'hui, je me pencherais plus particulièrement sur la Chambre de Commerce Internationale tout simplement parce que le volume des affaires qu'elle traite et qui conduit donc à sa grande expérience, en font un point d'attraction indiscutable. C'est ainsi qu'en 2008, la CCI a reçu 663 nouveaux dossiers impliquant 1758 parties de 120 Etats et des arbitres de 74 nationalités.

En réalité, les parties ont le choix, si elles décident d'avoir recours à l'arbitrage, entre l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage ad hoc. Ma préférence va clairement à l'arbitrage institutionnel car il est encadré, les honoraires sont prévisibles et contrôlés et la qualité de la sentence arbitrale, en particulier dans le système CCI, est assurée par l'examen préalable du projet de sentence, c'est-à-

* Avocat associé au Cabinet LAZAREFF LE BARS, Président honoraire de l'Institut du Droit des Affaires Internationales de la CCI.

dire avant que la CCI ne la notifie aux parties. Certes, la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI n'est pas un organisme juridictionnel et les arbitres retiennent leur responsabilité de juge mais cette institution peut à la fois imposer des modifications de forme et attirer l'attention des arbitres sur des questions de fond qui pourraient avoir été négligées.

Si l'on retient cette solution, comment rédiger la clause d'arbitrage ? Je recommande très fortement d'utiliser la clause standard qui figure dans toutes les brochures et en particulier au début du Règlement d'Arbitrage de la CCI. Cette clause standard est le résultat de plusieurs années de pratique et rien ne sert de la modifier en quoi que ce soit car on aboutira rapidement à une clause dite pathologique, c'est-à-dire dont l'application conduira nécessairement à des délais inutiles. Mais la clause en elle-même me semble insuffisante.

Je suggère donc en premier lieu de la compléter en précisant la langue et le lieu de l'arbitrage. Pourquoi donner priorité à ces deux éléments ?

Le lieu d'arbitrage est déterminant à la fois pour le soutien qui pourrait être demandé au juge d'appui tant lors de la constitution du tribunal arbitral que pour obliger des témoins à comparaître, pour envoyer des commissions rogatoires, etc. et surtout parce qu'en application de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, c'est devant le juge du lieu de l'arbitrage que sera introduite l'éventuelle action en annulation de la sentence.

Le succès de l'arbitrage est conditionné par l'existence d'une forte relation entre magistrats étatiques et arbitres. L'arbitre est un juge, ceci est aujourd'hui indiscuté. Mais s'il a la balance de la justice, il n'en a pas le glaive, de telle sorte que le soutien du juge étatique lui est tout à fait indispensable.

En outre du lieu, la langue de l'arbitrage joue un rôle essentiel. La langue, c'est la culture, la culture fait partie du droit et comment voulez-vous traduire d'un système à l'autre des notions qui n'existent pas, comment traduire de façon satisfaisante le terme trust, comment faire comprendre à un juriste de common law ce qui est une constitution de partie civile ? Et puis, la langue du Conseil d'une partie conduira celui-ci à suivre la procédure à laquelle il est habitué dans sa langue. J'ai connu un dossier dans lequel trois arbitres francophones se sont trouvés face à deux avocats de common law. Nous avons dû subir une procédure purement américaine avec des mémoires de 400 pages, des masses de témoins, d'experts et des demandes constantes le tout mené avec beaucoup d'agressivité. La langue est donc un élément de la prévisibilité.

Certes, l'idéal est de préciser le droit applicable au fond ainsi que le droit applicable à la procédure mais, dans la pratique, ceci me semble beaucoup moins important que la définition du lieu et de la langue de l'arbitrage.

L'arbitre étant nommé et confirmé, il conduira la procédure en bonne entente entre les parties mais je crois fermement que si les parties doivent être entendues et que tout doit être fait pour leur donner satisfaction, le dernier mot revient à l'arbitre. Ce dernier a une religion : le respect du contradictoire, la balance égale entre les deux parties. Un juge anglais a dit très justement que la justice ne doit pas seulement être rendue mais donner le sentiment qu'elle a été rendue. L'arbitre doit dans son comportement professionnel et extraprofessionnel être au dessus de toute critique, c'est-à-dire de tout soupçon. Il doit, en d'autres termes, tenir la balance égale, ce qui bien évidemment lui pose des problèmes dans les cas – et ils ne sont pas rares – où une partie est représentée de façon plus efficace que l'autre mais le rôle de l'arbitre n'est pas de voler au secours de la partie plus faiblement représentée pour trouver des arguments. L'arbitre tranche sur ce qui lui est soumis par les Conseils.

La force de l'arbitrage est considérable. C'est devenu une banalité de dire que l'arbitrage est maintenant le mode normal de règlement des différends du commerce international. C'est un fait, il est indiscuté mais l'arbitrage ne tient que par la valeur des arbitres et des institutions. C'est pourquoi ma préférence va très clairement aux arbitrages institutionnels, CCI ou non. Comment ne pas saluer ici le succès de l'OHADA qui, d'un concept séduisant mais abstrait a fait une réalité qui devient un modèle pour beaucoup. Pépinière de juristes de grand talent, l'OHADA est en mesure de contribuer au développement et au perfectionnement de l'arbitrage. De surcroît, l'existence d'une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage aide au bon fonctionnement et à la prévisibilité de l'arbitrage, ce qui est un apport essentiel.

LA MEDIATION COMMERCIALE : UNE ALTERNATIVE AU SYSTEME JUDICIAIRE

Isabelle VAUGON^{*}

I. LES GRANDES CARACTERISTIQUES DE LA MEDIATION COMMERCIALE

La médiation fait partie des Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (MARC) ou Alternative Dispute Resolution (ADR en anglais) qui sont des outils de résolution des litiges alternatifs au système judiciaire traditionnel.

La médiation parmi ces Modes Alternatifs de Règlement des Litiges, se distingue de l'arbitrage, de la négociation et de la conciliation.

La médiation est un processus non contraignant selon lequel un intermédiaire neutre, le médiateur, aide les parties en litige à comprendre leur position et leurs intérêts respectifs dans les différends qui les oppose pour qu'elles puissent régler celui-ci par un accord conventionnel.

La médiation se distingue de l'arbitrage en ce que l'arbitrage est un système de résolution des litiges au terme duquel le ou les tiers neutres choisis par les parties, c'est-à-dire le ou les arbitres, tranchent le litige comme le fait le juge.

Une des particularités de l'arbitrage qui permet de classer cette procédure dans les modes alternatifs par rapport au système judiciaire classique est que les arbitres qui font office de juge sont choisis et rémunérés par les parties.

Dans la médiation, par opposition à l'arbitrage, les médiateurs ne tranchent jamais le litige, ils ne rendent jamais un jugement ou une sentence comme le font respectivement les juges ou les arbitres. Ce sont les parties qui trouvent elles-mêmes leurs solutions.

La médiation se distingue également de la conciliation, dans la mesure où le médiateur, contrairement au conciliateur ne donne même pas un avis aux parties sur la solution du litige. C'est pourquoi on dit que le médiateur est un facilitateur, il aide les parties à trouver elles-mêmes une solution.

La médiation se distingue enfin de la négociation, dans la mesure où il n'y a de médiation qu'en présence d'un tiers neutre le médiateur ; tandis qu'en négociation les parties discutent directement entre elles, éventuellement avec leurs conseils ou d'autres tiers qui ne sont toutefois jamais neutres mais partisans de part ou d'autre.

C'est la présence de ce tiers neutre, le médiateur, sa position unique, sa mission de compréhension et de rapprochement des parties, dans laquelle il défend l'accord et non l'une ou l'autre des parties, qui précisément permet aux parties d'aboutir en médiation quand la négociation a échoué.

La médiation est un processus confidentiel dans lequel le tiers neutre, le médiateur, entend les parties ensemble, en assemblées plénières, ou séparément, dans des apartés que l'on appelle aussi caucus.

Grâce aux techniques de communication utilisées par le médiateur tout au long du processus au cours duquel il arrive à faire passer les parties de leur position à leurs besoins, celles-ci trouvent, avec son soutien, elles-mêmes la solution à leur litige.

La médiation est un processus volontaire, et les parties comme le médiateur peuvent interrompre la médiation à tout moment, si il ou elles en ressentent le besoin.

Les parties comme le médiateur, peuvent aussi mettre fin à tout moment si elles pensent y perdre leur temps. Toutefois, cela arrive très rarement et les statistiques officielles des Centres de Médiation confirment que 80 % des médiations conventionnelles sont réussies.

Pour toutes ces raisons on dit que la médiation est un processus maîtrisé par les parties, à l'inverse du processus judiciaire qui est dirigé par le juge.

^{*} Avocat Associé, FIDAL Direction Internationale, Arbitre et Médiateur.

Les parties maîtrisent la solution qui est apportée par le litige. Si elles ne se mettent pas d'accord, la médiation échoue et aucune solution ne leur est imposée. Elles maîtrisent les délais de la médiation. Les statistiques des Centres démontrent que le temps moyen écoulé pour un processus de médiation réussi est de deux mois, contre plusieurs années pour une procédure judiciaire.

Ce faisant, les parties maîtrisent le coût du processus dont il est également démontré qu'il est entre 50 % et 60 % moins important que le coût consacré à une résolution judiciaire des litiges.

La médiation enfin est un processus souple qui peut être engagé à tout moment, au choix des parties, soit dès la naissance du litige, et avant la procédure judiciaire, soit après avoir engagé la procédure judiciaire ou arbitrale pour trouver un accord et y mettre fin avant son terme, soit après le procès pour faciliter l'exécution de la décision rendue, et le cas échéant, pour y intégrer des considérations économiques et non seulement juridiques, ce qui est l'une des caractéristiques clé des solutions apportées en médiation en général.

Lorsque la médiation aboutit à un succès (c'est le cas dans 80 % des dossiers encore une fois) les parties signent un protocole d'accord transactionnel. Cet acte peut revêtir l'autorité de la chose jugée et devenir exécutoire par la formalisation de certaines procédures, variables selon les pays.

Toutefois, ces démarches procédurales sont souvent inutiles lorsque l'on sait que le taux d'exécution spontané des accords de médiation est de 100 %.

II. L'INTERET D'INSERER DES CLAUSES DE MEDIATION DANS LES CONTRATS

Toutes les entreprises qui ont eu recours à la médiation sont satisfaites de ce processus. Elles confirment qu'en ayant recours à la médiation, elles ont gagné du temps, économisé de l'argent et préservé des partenariats précieux à leur activité. C'est pourquoi ces entreprises insèrent de plus en plus des clauses de médiation dans leurs contrats.

En France, une jurisprudence établie de la Cour de Cassation reconnaît le caractère obligatoire de ces clauses.

En tout état de cause, insérer une clause permet d'anticiper la mise en œuvre du processus dans l'intérêt des parties.

Les parties ayant recours à la médiation avant d'engager le procès, ont une forte chance (80 % encore une fois) de trouver un accord et d'éviter le contentieux.

Si par extraordinaire, la médiation n'est pas appropriée, elles peuvent l'arrêter à tout moment.

Insérer une clause dans un contrat, est chose simple. Les différents Centres de Médiation, comme l'IEAM, proposent des clauses types qu'il suffit de recopier.

III. LES CENTRES DE MEDIATION

Il est essentiel, pour qu'une médiation soit réussie, de recourir à des professionnels de la médiation.

Les Centres de Médiation, comme l'IEAM, proposent des règlements de médiation qui garantissent aux parties la bonne tenue du processus. Les parties qui engagent une médiation avec un centre de médiation déclarent adhérer au règlement et s'engagent à respecter ses dispositions et ce faisant à respecter la confidentialité, la bonne tenue du processus, le délai imparti (en général de deux mois) pour faire aboutir la médiation.

En outre, et cela est essentiel, le Centre de Médiation, comme l'IEAM, propose aux parties la nomination du médiateur, adapté en fonction de la nature de leur litige, et dont les qualités professionnelles sont garanties par une formation adéquate tout comme la neutralité.

Enfin, le Centre administre la procédure, met des salles dans un lieu neutre à disposition des parties, gère le règlement des honoraires du médiateur (compris entre 300 et 400 euros de l'heure réglés par moitié par les parties).

Le Centre, saisi sur requête d'une partie ou conjointe, directement par la ou les parties ou par l'intermédiaire de leur avocat, facilite la mise en place de la médiation.

IV. LA FORMATION DES MEDIATEURS

Le succès du processus de médiation dépend lui-même de la qualité du médiateur. Pour être un bon médiateur, il est essentiel que l'homme ou la femme qui se destine à cette fonction ait des qualités humaines d'ouverture et de dialogue, ait une parfaite connaissance du monde des affaires en matière commerciale, mais aussi et surtout ait suivi une formation adéquate.

L'expérience a plusieurs fois démontré que cette formation est essentielle et que les meilleures qualités humaines et expériences professionnelles ne suffisent pas pour être un bon médiateur.

C'est l'une des raisons pour laquelle, le recours aux Centres de Médiation comme l'IEAM est précieux, dans la mesure où ceux-ci sont en mesure de mettre à disposition des parties des médiateurs formés et compétents.

La formation du médiateur comprend au minimum 40 heures ; elle est ouverte à toutes les personnes ayant une expérience professionnelle dans le monde des affaires d'une dizaine d'années au moins (chef d'entreprise, ingénieur, médecin, avocat, notaire, ancien magistrat, architecte...)

La formation comprend une partie théorique et une partie pratique intégrant de nombreux jeux de rôle. A l'issue de la formation, le médiateur passe un examen comprenant lui-même une partie pratique et une partie théorique. Ce n'est qu'en cas de succès à cet examen que le candidat formé est agréé médiateur par le Centre de formation. Une fois formé et agréé, le médiateur débute sa carrière de médiateur en étant d'abord observateur. Puis, tout au long de sa carrière de médiateur, il poursuit une formation continue, notamment en ayant des séances d'analyses de pratiques avec d'autres médiateurs, organisées par des Centres de Médiation comme l'IEAM.

V. LE ROLE DE L'AVOCAT EN MEDIATION

L'avocat joue un rôle primordial en médiation. Il est toutefois essentiel qu'il soit lui-même formé à la médiation et quitte ses habitudes contentieuses.

Dans cette hypothèse, il aide le client à préparer son dossier de médiation, en tenant compte notamment des solutions économiques qui pourraient être apportées au litige au-delà de la solution juridique. Il aide aussi son client à apprécier sa BATNA ou « Best Alternative to a Negotiated Agreement » en anglais ; c'est-à-dire à apprécier objectivement ses chances de succès dans le contentieux et le coût qui serait engagé à cette fin pour fixer le seuil en deçà duquel il n'y a pas intérêt à négocier ; tenant compte également de la valeur économique du partenariat en cause dans le litige.

L'avocat peut ensuite aider son client à engager le processus en partenariat avec le Centre de Médiation.

Pendant la médiation, il reste surtout silencieux pendant les séances plénières pour laisser son client avancer dans l'expression de ses besoins et les pistes de solutions juridiques et non juridiques, du litige directement avec l'autre partie. Pendant les apartés, il réfléchit et aide son client, en toute confidentialité avec le médiateur, à bâtir la solution.

A la fin du processus, il est, avec l'avocat de l'autre partie, le seul garant de la validité juridique de la solution qui sera apportée au litige.

En aucun cas, en effet, le médiateur ne prend la plume et ne rédige l'accord des parties.

L'UTILITE DE L'EXPERTISE

Jean-Paul BAERT*

I. LES CARACTERISTIQUES ESSENTIELLES DE L'EXPERTISE

A. Contenu d'une expertise contradictoire entre des parties à un litige

Dans son rapport, l'expert rappellera ou présentera : la nature du litige, les enjeux, les parties, les tiers directement concernés par ce litige que les parties n'entendent pas attirer dans la cause (Bureaux de contrôle, Services officiels, ... impliqués de fait dans les circonstances qui ont amené les parties à un litige), les pièces communiquées, ses observations, ses constatations et ses investigations, les solutions possibles et celles qu'il préconise.

B. Différence entre une expertise contradictoire et une expertise de partie

Expertise contradictoire

L'expert détient la légitimité de demander des pièces, de convoquer les parties ou des tiers (sachant). Cette légitimité est conférée par sa désignation (Juge, arbitre ou les parties elles-mêmes avec leurs conseils). L'expert examinera et exposera dans son rapport les faits et les circonstances de toutes les parties qui ont conduit au litige. Il exposera dans son rapport les règles de l'art ou d'ordre public qui n'ont pas le cas échéant, été respectées par toutes les parties.

Expertise de partie (dans l'intérêt d'une partie, à sa demande)

L'expert n'a accès qu'à la Partie qui fait appel à lui (arguments, conditions, pièces), il arrive que l'expert ne puisse se rendre sur le lieu du litige. La plupart du temps, il ne pourra faire qu'une description des faits qui lui sont soumis et proposera de rester en attente des arguments de l'adversaire pour pouvoir y répondre et nourrir sa compréhension du litige et des conditions qui l'ont amené.

C. Finalité de l'expertise dans le cadre

Expertise placée sous le contrôle d'un juge ou d'un tiers (arbitre ou médiateur)

Les règles de procédure sont connues des parties et doivent être respectées par l'expert, il doit connaître le sens et la portée des qualifications des faits révélés au cours de l'expertise. Exemple : implication d'un donneur d'ordres qui permettra au Juge du fond, d'exonérer le cas échéant en totalité ou en partie l'auteur d'une réalisation révélant des malfaçons.

Expertise comme mode alternatif de règlement du conflit institutionnel ou ad hoc

Ce type d'expertise varie selon que l'expert sera ou ne sera pas appelé à trancher in fine (arbitrage) ou à aider à la résolution du litige (médiation).

Les règles de procédure que va suivre l'expert doivent être énoncées et présentées aux parties. Pour des litiges qui portent essentiellement sur des questions techniques (agrément de marchandises, conformité des faits avec un marché de travaux, un marché de fournitures ou un marché de service, respect des règles de l'art, etc ...), l'expert peut être appelé par les parties à trancher le litige en arbitre. Les parties peuvent assortir leur demande d'arbitrage d'une mission

* Docteur en économie, Diplômé d'Etudes Supérieures Techniques, Ingénieur d'Etat Honoraire (Génie Rural, Eaux et Forêts), Ingénieur Expert près la Cour d'appel de Paris, Expert près la Cour pénale internationale de La Haye, Président de la Compagnie des experts près le Comité français de l'ICC.

d' « amiable compositeur ». L'expert acceptant cette mission doit exposer aux parties la différence entre l'amiable composition (équité hors la règle de droit) et l'application de la règle de droit.

C. Qualités nécessaires de l'expert choisi ou désigné

Personne physique

Outre les garanties d'impartialité et l'acceptation de sa mission, l'indépendance économique de l'expert est assurée par l'autorité qui désigne, de même pour sa compétence, sa disponibilité et son aptitude à la recherche de l'équilibre des forces. De plus, l'expert précisera les règles qu'il entend suivre et qui devront être portées à la connaissance des parties. Enfin il est recommandé que l'expert soit assuré en responsabilité civile professionnelle.

Personne morale

Il s'agit de sociétés, cabinets ou bureaux de contrôle ou d'expertise, agréés par une autorité publique reconnue ou par un commanditaire (compagnies d'assurances, établissements bancaires).

Leur représentant qui agira comme expert devra être normalement désigné et connu. Il devra détenir toutes les qualités et les qualifications nécessaires à la réalisation de son expertise.

II. INTERET DE L'EXPERTISE

Comme tout mode alternatif de règlement des conflits, l'expertise permet aux parties de soumettre leur différend à un tiers qu'elles ont choisi ou sur le nom duquel elles sont d'accord ou sur décision d'un Juge ou d'un Arbitre.

L'expertise présente également l'avantage de permettre le respect des délais annoncés dans le cadre financier prévu grâce à la disponibilité de l'autorité de désignation de l'expert. Ceci n'est possible que grâce à un *modus operandi* préalablement établi et accepté par l'expert, qu'il s'agisse du versement ou de la conservation des fonds qui lui sont destinés et liquidés en fin de mission sur décision du Juge.

Ce point représente une des faiblesses de l'expertise ad hoc, le Code de procédure civile français (article 263 et suivants) est assez protecteur à cet égard.

III. LE RAPPORT D'EXPERTISE

L'expert doit déposer un rapport écrit (daté et signé) clair, précis et complet dont les conclusions sont présentées au préalable aux parties qui en débattent. Le système de l'OHADA et le règlement de la CCJA ont institué des procédures écrites, d'où compatibilité entre l'expertise et l'OHADA.

Des comptes rendus de réunions d'expertise et des débats sont rédigés par l'expert et adressés aux parties, ses raisonnements sont étayés par des pièces, des textes, des résultats d'analyses, etc ... et sont joints en annexe au rapport d'expertise.

Les conclusions de l'expert découlent d'une démonstration de sa part ou d'un raisonnement clairement exposé. Si l'expertise est contradictoire, le rapport d'expertise donnera le contexte du litige (économique, social, ...) entre les parties.

Le rapport d'expertise établira la matérialité des faits allégués, les quantifiera, donnera les éléments de comparaison et indiquera les enjeux réels, les règles (par exemple les règles comptables). Il y sera aussi indiqué les normes qui s'appliquent au litige (normes comptables, normes techniques, de construction, ...), les manquements aux normes et les motifs de ces manquements.

Ainsi, le rapport d'expertise répondra aux questions posées à l'expert ou il indiquera la nature et la portée réelles du litige, de même pour ... les solutions pour le résoudre, en précisant celles qu'il retient. En effet, un rapport d'expertise qui se conclue sur des éventualités, des hypothèses ou des suppositions, ne donne pas au juge ou à l'arbitre l'appui technique attendu.

Enfin, le rapport d'expertise s'appuie sur les pièces communiquées contradictoirement et / ou sur ses constatations, les auditions et les investigations de l'expert communiquées aux parties.

IV. L'UTILISATION DU RAPPORT D'EXPERTISE

Quand le rapport d'expertise n'est pas récusé par les parties ou annulé par le Juge pour des raisons diverses (non respect de la procédure, conflit d'intérêt, ...), il donne une sécurité juridique à la description des faits et aux constatations de l'expert.

A titre préventif, l'expertise ou plus simplement la révision des clauses techniques des contrats apporte la sécurité des investissements et la sécurité pour les entrepreneurs.

En cours de réalisation, l'expert peut être désigné par les parties et / ou par une juridiction (référé préventif), comme expert référent ; c'est ce qui se passe dans le cadre de grands chantiers tels que la construction de barrages, d'ouvrages routiers ou portuaires etc ...

Il permet aux parties et à leurs conseils de mieux préciser leur position respective, faits et arguments, hormis les moyens juridiques.

Le rapport d'expertise permet aussi au Juge ou à l'Arbitre de trancher un litige en toute connaissance des faits techniques, et des enjeux, notamment avec l'entrée de pratiques professionnelles liées à la langue anglaise, différentes de celles auxquelles nous sommes habitués : règles de l'art, rapports contractuels des professionnels entre eux, l'expert exposera dans son rapport selon quelles règles et selon quelles pratiques les parties ont contracté.

Le rapport d'expertise contribuera à une meilleure compréhension des arguments des parties et à fixer le sens des mots ou des expressions à caractère technique.

Dans le même sens, le rapport d'expertise permet aux parties elles-mêmes avec ou sans l'aide d'un médiateur et avec le concours de leurs conseils, de préparer une solution transactionnelle à leur litige.

En ce sens, si l'expertise apparaît utile pour le règlement des conflits dans le cadre d'une saisine des systèmes judiciaires des pays de l'OHADA et devant la CCJA, elle constitue souvent la base d'une solution par un mode alternatif soit sous l'autorité d'un arbitre, soit en vue d'une transaction par les parties elles-mêmes avec leurs conseils, avec ou sans l'intermédiaire d'un médiateur.

Aussi, serait-il utile d'ajouter un addendum aux règles de l'OHADA concernant les modalités des interventions des experts et celles de l'expertise pareille démarche contribuerait à clarifier le régime juridique de nombreuses actions notamment l'expertise de gestion (articles 159 et 160 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique).

INTERACTIONS ENTRE MEDIATION ET ARBITRAGE

Laurent JAEGER* et Céline LACHMANN*

La médiation et l'arbitrage présentent des différences fondamentales. Le médiateur n'a pas de pouvoir de décision, il assiste les parties dans la négociation d'un accord. L'arbitre en revanche, a pour mission de rendre une décision pour trancher le litige.

L'objet de la présente note est d'étudier comment ces deux méthodes de résolution des litiges peuvent interagir. En dépit de leur différence fondamentale de nature, il existe de nombreux points de contact entre médiation et arbitrage. Les interactions entre les deux procédures sont fréquentes et ont fait l'objet de débats doctrinaux depuis près de 30 ans¹.

Le sujet est, toutefois, loin d'être épuisé. Le récent regain d'intérêt pour la médiation place ce mode de résolution des litiges au premier plan de l'actualité². Une récente directive communautaire témoigne de l'intérêt porté au développement de la médiation en matière commerciale internationale³. L'Afrique également porte un intérêt croissant à la médiation commerciale notamment grâce à l'OHADA⁴. Plusieurs centres d'arbitrage africains proposent d'ores et déjà des règlements de conciliation et/ou de médiation⁵. De plus, l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats préparé par UNIDROIT à la demande de l'OHADA prévoit à l'article 12/7 que les parties peuvent demander à un tiers de les aider à trouver une solution amiable à leur litige, ce qui permet de penser que la médiation pourrait se développer dans le droit de l'OHADA⁶.

A l'origine, le débat sur les interactions entre médiation et arbitrage se cristallisait surtout sur le rôle de l'arbitre lors d'une procédure d'arbitrage. L'école germanique considère qu'il est approprié que l'arbitre encourage les parties à parvenir à un accord, et prenne le rôle de médiateur au cours de la procédure arbitrale. Cette vision du rôle de l'arbitre est accueillie avec un certain scepticisme aux Etats-Unis, en France et dans d'autres pays européens.

Une autre forme d'interaction entre médiation et arbitrage a vu le jour à la faveur de l'usage croissant dans les contrats internationaux de clauses de résolution des litiges à plusieurs étapes, souvent dénommés « multi-step clauses ». Ces clauses prévoient, par exemple, qu'en cas de différend, les parties tenteront tout d'abord de trouver un accord par la voie de la négociation ; si la négociation échoue, une procédure de médiation suivra ; si la médiation échoue, alors on aura recours aux tribunaux ou à l'arbitrage. L'imagination des praticiens a donné lieu à toutes sortes de variantes de ce modèle.

* Avocat Associé Cabinet Orrick - Rambaud – Martel Paris.

* Avocat Cabinet Clifford Chance Europe LLP Paris.

¹ Des articles traitant de ces questions ont été publiés dès le début des années 1980.

² Les grandes entreprises françaises font preuve d'un fort intérêt pour la médiation depuis quelques années. Le 22 novembre 2005, quarante-cinq grandes entreprises ont signé une « Charte de la médiation inter-entreprises pour la résolution amiable des conflits commerciaux » à l'initiative de l'Académie de la médiation et de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris. Depuis, près d'une dizaine d'entreprises a rejoint les signataires. De plus, une « Charte des modes alternatifs de règlement des conflits pour la résolution conventionnelle des litiges en matière immobilière » a été également signée le 29 novembre 2006. Des chartes à destinations d'autres secteurs devraient également voir le jour. Les cabinets d'avocats ne pouvaient ignorer le mouvement, et ont signé une Charte des Cabinets d'Avocats pour la Médiation dès octobre 2006.

³ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

⁴ Les Clubs OHADA organisent des journées d'information et de formation. Par exemple, le Club OHADA des enseignants du Burkina Faso a communiqué le compte rendu de la formation à la médiation commerciale des gestionnaires de Centres africains d'arbitrage et de médiation tenue à Ouagadougou du 27 au 31 octobre 2008.

⁵ Par exemple, le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation (CAMC) de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Dakar (CCIAD), le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation (CAMC-O) de la Chambre de Commerce et d'Industrie du Burkina Faso, le Centre d'arbitrage de la CACI, et le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation (CAMEC) de la Chambre de Commerce et d'Industrie du Bénin (CCIB) proposent des règlements de conciliation et de médiation.

⁶ Komi Tsakadi, « Communication : Quelle place pour les MARC dans l'harmonisation du droit OHADA des contrats ? » Revue de Droit Uniforme Vol. 44 (2008), p. 669.

I. LA POSSIBILITE POUR L'ARBITRE D'AGIR COMME CONCILIEUR

Il est généralement accepté qu'un tribunal arbitral puisse encourager les parties à trouver une solution amiable à leur litige⁷. Mais la question demeure posée de savoir quels moyens les arbitres peuvent mettre en œuvre pour faciliter un accord.

Le champ des possibles est très large. Il couvre, par ordre d'intervention croissant, la simple suggestion de négociations, le fait de laisser entendre quelle pourrait être l'issue du litige, la délivrance d'une « évaluation de l'affaire », la suggestion des termes possibles d'un accord, et la participation aux négociations des parties, voire des rencontres privées entre arbitres et parties. Certains arbitres n'hésitent donc pas à se muer en véritables médiateurs ou conciliateurs en cours d'instance arbitrale.

De façon générale, on parlera ici d'arbitre conciliateur plutôt que d'arbitre médiateur car les méthodes des arbitres se rapprochent davantage de celles des conciliateurs dont le rôle est de suggérer aux parties une solution⁸.

A. Les thèses favorables à l'arbitre conciliateur

Beaucoup d'auteurs sont favorables à l'idée que l'arbitre, nommé dans le cadre d'une procédure arbitrale prévue par un contrat, puisse être investi du devoir d'aider les parties à trouver un règlement amiable avant la fin de la procédure arbitrale. Ces auteurs mettent en avant les avantages que les parties peuvent trouver dans la conclusion d'un accord avant que l'arbitre ne rende sa sentence⁹ :

- éliminer le risque que la sentence soit défavorable ;
- préserver la relation commerciale avec l'autre partie au litige ;
- préserver la confidentialité du litige ; et
- obtenir une exécution spontanée plutôt qu'une exécution forcée.

Selon cette conception, il revient à l'arbitre de tenter de faire parvenir les parties à un accord. Si ces efforts échouent, il rendra alors une sentence arbitrale qui mettra un terme au litige. Cette approche est particulièrement ancrée dans la culture juridique suisse et allemande¹⁰ où le juge est traditionnellement investi de la mission de concilier les parties. Une étude récente portant sur la pratique de l'arbitre-conciliateur dans les sentences CCI montre que les arbitres suisses et allemands sont les plus favorables à la conciliation par l'arbitre en cours de procédure¹¹.

Les défenseurs de cette approche font valoir que l'arbitre est bien placé pour concilier les parties, du fait de sa connaissance du dossier.

Une implication de l'arbitre dans un processus de conciliation permettrait donc de trouver une solution plus juste au litige. Une procédure de médiation séparée, n'apparaît ni nécessaire ni souhaitable à ces auteurs qui considèrent qu'elle augmente les coûts et risque d'allonger la durée de la procédure. Il est également soutenu que cette méthode permettrait d'adopter la souplesse de la médiation tout en permettant de rendre une sentence d'accord parties, laquelle bénéficiera du régime de la Convention de New York. En somme, cette approche servirait l'intérêt des parties¹².

⁷ Une enquête menée en 2002 par trois auteurs allemands sur la base d'un questionnaire envoyé à un échantillon de la communauté de l'arbitrage international montre même que 86% des 53 praticiens interrogés affirment que faciliter une résolution amiable du litige est une des fonctions de l'arbitrage. V. Ch. Bühring-Uhle, G. Scherer et L. Kirchhoff, « The Arbitrator as Mediator – Some Recents Empirical Insights », *Journal of International Arbitration* Vol. 20 n°1 (2003), p. 82.

⁸ Les anglo-saxons utilisent habituellement les termes de "médiation" et de "conciliation" de manière interchangeable. Cependant certaines cultures juridiques distinguent la médiation de la conciliation. En droit français par exemple, on considère que la médiation s'entend du processus par lequel un médiateur aide les parties à parvenir à un accord, sans pour autant leur faire de propositions quant au contenu d'un tel accord. En revanche, dans le cadre d'une conciliation, le conciliateur est autorisé à suggérer les termes d'un accord aux parties.

⁹ R. H. Kreindler, « Transaction et Arbitrage dans le cadre du Règlement d'Arbitrage de la CCI », *Bulletin de la CCI* Vol. 9, n° 2 (1998), p. 22.

¹⁰ C. Bühring-Uhle, G. Scherer et L. Kirchhoff, « The Arbitrator as Mediator – Some Recents Empirical Insights », op. cit. ; Gabrielle Koffmann-Kohler ; V. Bonnin, « L'arbitre-conciliateur : approche statistique de la corrélation entre le rôle de l'arbitre et sa culture juridique », *Bulletin CCI* Vol. 18, n° 2, p. 81 ; G. Kaufmann-Kohler et Fan Kun, « Integrating Mediation into Arbitration : Why it Works in China », *Journal of International Arbitration* Vol. 25 n° 4 (2008), p. 490.

¹¹ Gabrielle Kaufmann-Kohler ; Victor Bonnin, « L'arbitre-conciliateur : approche statistique de la corrélation rôle de l'arbitre et sa culture juridique », op. cit.

¹² V. Fischer-Zernin et A. Junker, « Arbitration and Mediation : Synthesis or Antithesis ? », *Journal of International Arbitration*, Vol. 5

Cette conception du rôle de l'arbitre ne se limite pas à l'Allemagne et à la Suisse. De nombreux auteurs anglais s'y montrent favorables. Deux d'entre eux vont jusqu'à affirmer que « les pratiques d'excellence modernes reconnaissent que les arbitres ont l'obligation de demander aux parties si il y a quoi que ce soit que les arbitres puissent faire avec leur consentement pour les assister à parvenir à une transaction »¹³.

Elle est également partagée en Asie où les modes de résolution amiable des différends ont la faveur¹⁴. En Chine, le règlement d'arbitrage du CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission) prévoit expressément qu'à la demande d'une partie, le tribunal arbitral « se transforme » en conciliateur¹⁵. Au surplus, le tribunal peut à tout moment proposer une conciliation, même si aucune des parties n'en fait la demande. En pratique, les arbitres chinois proposent systématiquement aux parties de les aider à trouver une solution amiable au litige. La première proposition de conciliation est généralement faite lors de l'audience, après que les parties se soient exprimées sur les faits relatifs au litige¹⁶. Le modèle chinois propose ainsi un système intégré de conciliation et arbitrage simultanés, en autorisant toutes les méthodes traditionnelles de la conciliation (y compris des entretiens séparés avec les parties « caucus ») lors de la procédure arbitrale¹⁷.

Le droit de Singapour prévoit également expressément qu'un arbitre puisse agir en qualité de conciliateur si les parties y consentent par écrit¹⁸. La loi prévoit même qu'une partie ne peut opposer d'objection à ce que l'arbitre reprenne la conduite de l'arbitrage sur le seul fondement que celui-ci a tenu un rôle de conciliateur¹⁹. On trouve des dispositions semblables à Hong Kong²⁰.

Il faut cependant observer que la tradition chinoise d'intégration de la conciliation dans l'arbitrage semble évoluer vers une plus grande prise en compte du problème de l'impartialité d'un arbitre qui conduit simultanément une conciliation et un arbitrage. Ainsi, la Beijing Arbitration Commission a adopté un règlement de conciliation séparé du règlement d'arbitrage en septembre 2007. Même si son règlement d'arbitrage donne la possibilité à l'arbitre de conduire une conciliation pendant l'arbitrage, la dernière version du règlement prévoit qu'une partie puisse récuser un arbitre au motif que celui-ci a agi en qualité de conciliateur entre les parties²¹.

B. Les limites du rôle de l'arbitre comme conciliateur

La confusion des rôles d'arbitre et de conciliateur en une seule personne suscite un réel scepticisme dans d'autres régions. Certains auteurs considèrent que l'arbitre n'a jamais l'obligation d'encourager les parties à transiger²².

Le risque est qu'en agissant comme conciliateur, l'arbitre ne s'écarte de la mission qui est la sienne. Les parties attendent, en effet, d'un tribunal arbitral qu'il tranche le litige et non qu'il tente de susciter la conclusion d'un accord. Si les parties souhaitaient avoir recours à une médiation, en vue d'un règlement amiable de leur différend, il est permis de penser qu'elles n'auraient pas commencé une

n° 1 (1988), p. 30 et s. ; M. E. Schneider, « Combining Arbitration with Conciliation », ICCA Congress series no.8 (1996), pp.57-97 ; K. P. Berger, « Integration of Mediation Elements into Arbitration, 'Hybrid' Procedures and 'Intuitive' Mediation by International Arbitrators », *Arbitration International*, Vol. 19 n° 3 (2003), p. 398.

¹³ « Best modern practice recognizes that arbitrators have an obligation to enquire of parties whether there is anything that the arbitrators can do by consent to assist the parties to achieve settlement » ; H. Brown, A. Marriott, QC, *ADR : Principles and Practice* (2nd edition - 1999), Sweet & Maxwell, para. 4-142, cited by Michael Collins, « Do International Arbitral Tribunals have any Obligations to Encourage Settlement of the Disputes Before Them? », *Arbitration International*, Vol. 19 n° 3 (2003), p. 335; v. également, Arthur Marriott, QC, « Arbitrators and Settlement », ICCA Congress Series no.12 (2005), pp. 533-546.

¹⁴ V. par exemple A. Ye, « Commentary on Integrated Dispute Resolution Systems in the PRC », ICCA Congress series no. 12 (2005) pp. 478-483 ; G. Kaufmann-Kohler et K. Fan, « Integrating Mediation into Arbitration : Why it Works in China », op. cit., pp. 479-492.

¹⁵ Article 40(2) du Règlement d'arbitrage du CIETAC.

¹⁶ Gabrielle Kaufmann-Kohler ; Fan Kun, « Integrating Mediation into Arbitration : Why it Works in China », op. cit., p. 487.

¹⁷ Kaufmann-Kohler ; Kan, supra, p. 488.

¹⁸ Singapore International Arbitration Act 2001, Article 17(1) : « If all parties to any arbitral proceedings consent in writing and for so long as no party has withdrawn his consent in writing, an arbitrator or umpire may act as a conciliator ».

¹⁹ Singapore International Arbitration Act 2001, Article 17(4) : « No objection shall be taken to the conduct of arbitral proceedings by a person solely on the ground that that person had acted previously as a conciliator in accordance with this section ».

²⁰ Hong Kong Arbitration Ordinance - Section 2B.

²¹ Règlement d'arbitrage de la Beijing Arbitration Commission, Article 58(2).

²² Michael Collins, précité.

procédure arbitrale. En outre, les qualités requises pour un arbitre sont très différentes de celles qui sont requises pour un conciliateur. Par conséquent, si les parties avaient souhaité qu'un tiers tente de les concilier, leur choix se serait porté sur une personne autre que l'arbitre nommé dans le cadre de l'arbitrage.

Le cœur du problème réside surtout dans les difficultés procédurales que peut engendrer un tel comportement. En prenant part à la négociation d'un accord amiable, l'arbitre obtiendra des informations confidentielles sur ce que chacune des parties est susceptible de concéder ou de ne pas concéder. Ces informations risquent d'influer sur la décision finale de l'arbitre si la négociation venait à échouer.

Il est universellement admis qu'en cas d'échec d'une médiation ou conciliation, les propositions faites ainsi que les documents produits à cette occasion ne peuvent être communiqués à la juridiction saisie du litige²³. Or si l'arbitre en a eu connaissance en négociant l'accord amiable, il va de soi que ce principe essentiel ne pourra être respecté. Par ailleurs, en tentant de concilier les parties, l'arbitre risque de laisser transparaître sa vision du litige. L'arbitre peut être amené à faire comprendre aux parties laquelle succomberait au fond, ou encore de laisser entendre qu'il ne partage la position ni de l'une ni de l'autre.

Les entretiens séparés entre l'arbitre et l'une des parties (« caucus ») sont contraires au principe de la contradiction et beaucoup d'auteurs et de praticiens considèrent qu'ils doivent absolument être évités. Cette situation pourrait fonder une récusation pour manque d'impartialité ou une annulation de la sentence pour violation du principe de la contradiction. L'intervention de l'arbitre dans les négociations entre les parties durant la procédure arbitrale est donc largement contestée.

Ces difficultés peuvent être évitées si l'arbitre reste dans le cadre de sa mission. L'arbitre a toujours la possibilité d'encourager les parties à commencer une procédure de médiation ou de conciliation séparée avec un médiateur/conciliateur tiers à l'arbitrage. Si besoin est, il pourra suspendre la procédure d'arbitrage dans l'attente de l'issue de la médiation ou conciliation.

Il est intéressant de constater qu'aux Etats-Unis, pays où le recours à la médiation est le plus développé, la pensée majoritaire est qu'il n'incombe pas à l'arbitre de tenter de concilier les parties. On constate que beaucoup de règles inspirées de la tradition américaine restreignent l'intervention de l'arbitre comme conciliateur.

L'International Bar Association (IBA) indique dans ses Rules of Ethics for International Arbitrators de 1986, que si les parties souhaitent que l'arbitre les aide à trouver un accord, il n'est pas inapproprié qu'il accepte, mais l'arbitre doit avertir les parties des risques qui résultent de ce changement de rôle : « Quand les parties en font la demande, ou ont consenti à une suggestion en ce sens par le tribunal arbitral, le tribunal entier (ou le président dans les cas appropriés) peut faire des propositions de transaction aux deux parties simultanément, et de préférence en présence l'une de l'autre. Bien que toute procédure soit possible avec l'accord des parties, le tribunal arbitral devrait attirer l'attention des parties sur le fait qu'il n'est pas souhaitable qu'un arbitre discute les termes d'une transaction avec une partie en l'absence des autres parties puisque cela aurait pour effet de disqualifier tout arbitre impliqué dans de telles discussions de toute participation dans l'arbitrage »²⁴.

Le Code d'éthique à l'intention des arbitres dans les litiges commerciaux de l'Association Américaine d'Arbitrage fixe également des limites strictes à l'intervention de l'arbitre comme médiateur : « Même si il n'est pas inapproprié qu'un arbitre suggère aux parties de discuter la possibilité d'un accord amiable ou le recours à la médiation ou à une autre méthode de résolution des litiges, un arbitre ne doit pas exercer de pression sur aucune des parties de transiger ou d'utiliser une autre méthode de résolution des litiges. Un arbitre ne doit pas être présent ou participer de quelque façon que ce soit aux discussions en vue de trouver un accord entre les parties ou agir comme un médiateur sauf à la demande de toutes les parties »²⁵.

²³ Règlement ADR de la CCI, Article 7(2) ; Règlement de conciliation CNUDCI, Article 20 ; AAA Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedure, Article M-10.

²⁴ IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, Article 8.

²⁵ *Although it is not improper for an arbitrator to suggest to the parties that they discuss the possibility of settlement or the use of mediation, or other dispute resolution processes, an arbitrator should not exert pressure on any party to settle or to utilize other dispute resolution processes. An arbitrator should not be present or otherwise participate in settlement discussions or act as a mediator unless requested to do so by all parties.*

La doctrine française, quant à elle, est majoritairement peu favorable à ce que l'arbitre se mue en conciliateur en cours de procédure et à tout mélange des genres. Cela pourrait surprendre car la conception du rôle de l'arbitre est souvent liée à la conception et aux pouvoirs du juge dans l'ordre interne. Or, le juge français a pour mission de concilier les parties²⁶. Mais cette faculté est rarement utilisée et son bien fondé est souvent contesté par la doctrine.

Un éminent auteur a ainsi écrit à propos d'une affaire dans laquelle les parties avaient rédigé une requête à un magistrat lui demandant d'être médiateur mais en lui donnant un mandat pour rédiger une transaction que les parties déclaraient accepter par avance : « Cette stipulation, si elle n'est pas illicite en soi, est à proscrire. (...) de deux choses l'une : ou bien l'on fait confiance à un tiers pour qu'il donne une solution à un litige, et l'on se déclare lié par cette solution avant même que le tiers y parvienne (et donc que les parties en aient connaissance), et il existe une figure juridique correspondante... qui s'appelle l'arbitrage. Ou bien l'on demande à un tiers de rapprocher les parties, et alors celles-ci doivent garder la possibilité d'accepter ou non les propositions du tiers, ce qui suppose qu'elles connaissent le contenu de celles-ci ; il s'agit alors de la conciliation ou de la médiation (...) »²⁷.

Un autre auteur a plus récemment affirmé du cumul des fonctions de conciliateur et d'arbitre que « l'intervention des mêmes personnes pour conduire ces deux missions dans un même litige, peut donc atténuer la qualité de la conciliation et, en cas d'échec de celle-ci, affecter la régularité de la phase d'arbitrage qui la suit. En pratique, l'expectative de la seconde phase suffit à nuire à l'efficacité de la conciliation, où les parties seront tentées de limiter leurs confidences. D'un point de vue juridique, les confidences reçues dans la phase de conciliation des solutions peuvent affecter le jugement de l'arbitre, et la formulation des solutions qu'il préconise à cette occasion, constitué un préjugé. Mais surtout parce que le principe du contradictoire est un fondement essentiel de l'arbitrage, son absence est au contraire un atout central de la conciliation qui le précède, et l'arbitre qui agit comme conciliateur ne saurait en principe s'en affranchir »²⁸.

Il a été souligné, à l'occasion d'un arrêt de la Cour de cassation à propos d'un recours en annulation d'une sentence rendue par des arbitres ayant tenu successivement les rôles de conciliateurs et d'arbitres, que le principal inconvénient de cette formule est l'atteinte à la confidentialité : « Le problème de la médiation, ou de la conciliation, suivie d'un arbitrage n'est donc nullement celui de l'impartialité du tiers (...), puisqu'il soit médiateur ou tiers, il doit être impartial. Le problème est celui de la confidentialité »²⁹.

L'arrêt en question avait d'ailleurs souligné que la question de la violation de la confidentialité n'était pas invoquée : « Mais attendu que les conclusions du CMNF avaient invoqué une atteinte à l'impartialité objective du tribunal arbitral du fait de la mission de conciliation qu'il avait préalablement exercée, mais non la transgression par lui d'une obligation de confidentialité à l'égard des informations recueillies dans la phase de conciliation, dont le CMNF n'aurait pas été en mesure de se prévaloir au cours de la procédure arbitrale ; D'où il suit que le moyen est nouveau et que, mélangé de fait et de droit, il est irrecevable »³⁰ (nous soulignons).

Cette considération semble inspirer plusieurs règlements de médiation, tels le Règlement ADR de la CCI, le Règlement de conciliation de la CNUDCI et le Règlement de médiation du CMAP. Ces règlements prévoient qu'un médiateur ne peut agir comme arbitre pour trancher le litige après l'échec de la médiation.

Le Règlement ADR de la CCI précise ainsi à l'article 7(3) que « sauf accord contraire écrit de toutes les parties, un Tiers ne doit pas agir ni avoir agi, que ce soit en qualité de juge, arbitre, expert, ou de

²⁶ Article 21 du Code de procédure civile : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». De plus, aux termes de l'article 1460 du même code, ce principe est applicable à l'instance arbitrale.

²⁷ Ch. Jarrosson, « Note – Cour d'appel de Paris (1^{re} Ch. Suppl.) 28 mars 1991, Caisse régionale de garantie de la responsabilité professionnelle des notaires c/ Epoux Bruère et autre », Revue de l'arbitrage (1991) pp. 473 - 477.

²⁸ D. Bensaude, « Note – Cass. civ. 1^{ère} », 9 janvier 2007, Société fédérale du Crédit mutuel du Nord de la France c/ Banque Deluac et Cie ; Cass. civ. 1^{ère} 9 janvier 2007, Société Caisse fédérale du Crédit mutuel du Nord Europe C. Banque Deluac et Cie », Revue de l'arbitrage (2007), pp. 471-481, p.478.

²⁹ Thomas Clay, « L'arbitre peut-il avoir été précédemment conciliateur ? », D. 2004, Somm. p. 3180.

³⁰ Cass. civ. 2^{ème} 10 juillet 2003 ; adde M. Bandrac, « Note – Cass. civ. 2^{ème} 11 juillet 2002 ; Cass. civ. 2^{ème} 21 novembre 2002 ; Cass. civ. 2^{ème} 10 juillet 2003 ; Cass. civ. 2^{ème} 20 novembre 2003 », Revue de l'arbitrage 2004, pp. 291-302.

représentant ou conseil d'une partie, dans une procédure judiciaire, arbitrale ou procédure similaire se rapportant au différend qui fait ou faisait l'objet de la procédure ADR ».

On retrouve le même principe à l'article 19 du Règlement de conciliation de la CNUDCI : « Les parties et le conciliateur s'engagent à ce que le conciliateur ne remplisse pas les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation. Les parties s'engagent également à ne pas citer le conciliateur comme témoin dans une telle procédure ».

Quant au Règlement de médiation du CMAP, son article 7(3) dispose que « le médiateur ne peut être désigné arbitre ni intervenir à quelque titre que ce soit dans le litige subsistant, sauf à la demande écrite de toutes les parties ».

Ce principe de distinction entre les rôles de conciliateur et d'arbitre semble particulièrement ancré en Afrique. En effet, plusieurs institutions africaines de règlement des litiges commerciaux l'ont adopté dans leur règlement de conciliation et/ou de médiation.

Le Règlement de conciliation et de médiation du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation (CAMC) de la Chambre de commerce et d'industrie de Dakar (CCIAD) stipule à son article 14 : « Les parties et le conciliateur s'engagent à ce que ce dernier ne remplisse pas les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire liée au différend objet de la médiation ».

L'article 7 du Règlement de conciliation et de médiation du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation (CAMC-O) de la Chambre de commerce et d'industrie du Burkina Faso reprend in extenso le texte du CAMC³¹.

L'article 13 du règlement de conciliation ou de médiation de la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire reprend également ce principe : « Sauf accord des parties, le médiateur ou le conciliateur s'interdit de remplir les fonctions d'arbitre, d'expert, de représentant ou de conseil d'une partie, dans une procédure judiciaire ou arbitrale relative au litige ayant fait l'objet de la procédure de médiation ou de conciliation ».

Le Règlement ADR du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la Chambre de commerce et d'industrie du Bénin s'y conforme également à son article 5.3 : « Le médiateur ou le conciliateur ne peut être par la suite désigné comme arbitre dans le litige ayant fait l'objet d'une tentative infructueuse de médiation ou de conciliation ».

Il semble donc assez généralement admis qu'il est à priori peu souhaitable qu'une même personne intervienne successivement comme médiateur ou conciliateur puis comme arbitre sur le même litige.

C. Les méthodes aménageant l'intervention de l'arbitre comme conciliateur

Outre la médiation et l'arbitrage classiques, la pratique a mis en place des méthodes combinant les deux systèmes : on parle ainsi aujourd'hui de Med-arb, et d'Arb-med. Ces nouvelles méthodes de règlement des litiges, qui sont moins connues que la médiation et l'arbitrage, sont proposées par un nombre croissant d'institutions³².

³¹ La seule différence à noter entre l'article 14 du règlement du CAMC et l'article 7 du Règlement du CAMC-O est d'ordre littéral, le premier texte parle du conciliateur tandis que le second évoque le médiateur. Cette nuance est sans effet puisque ces deux règlements stipulent explicitement les termes médiation et conciliation renvoient à une même notion.

³² A titre d'exemples, le CMAP les propose, ainsi que l'Institut de Médiation de la Chambre de Commerce de Stockholm.

1. La Med-arb

La med-arb est un processus de règlement des conflits qui combine la médiation et l'arbitrage. Le terme est employé de façon assez laxiste et peut prêter à confusion. Pour certains, il s'agit de demander à un tiers d'être d'abord médiateur, puis arbitre si la médiation échoue³³. C'est le cas du règlement med-arb du Centre de Médiation de Singapour. Ce règlement prévoit cependant que la même personne ne pourra pas être désignée arbitre si la médiation échoue³⁴. D'autres envisagent la med-arb comme la mise en œuvre simultanée d'une médiation et d'un arbitrage, les rôles de médiateurs et d'arbitres étant tenus par deux personnes différentes.

Le Règlement du CMAP propose cette solution : « La procédure de med-arb simultanés, comme son nom l'indique, allie de manière concomitante une médiation et un arbitrage. Elle a pour objectif de répondre au double souci des entreprises d'obtenir, rapidement et de façon garantie, une solution à leurs différends. En effet, l'originalité de cette procédure réside dans la mise en œuvre simultanée des deux procédures qui se déroulent, toutefois, d'une manière indépendante l'une de l'autre. Le différend est ainsi confié à un médiateur et à un ou trois arbitres qui s'interdisent de communiquer entre eux à propos de cette affaire. L'arbitre ne rend sa sentence que 8 jours après l'expiration du délai fixé par les parties pour le déroulement de la médiation et, seulement, en cas de non conclusion d'un accord à l'issue de la phase de médiation »³⁵.

La med-arb cherche à allier les avantages de la médiation et de l'arbitrage dans un même processus. Cette méthode aurait son origine dans les négociations collectives³⁶. Si les rôles de médiateur et d'arbitre sont tenus par la même personne, il faut convenir que la med-arb n'est ni plus ni moins qu'une institutionnalisation de la tradition chinoise de l'arbitrage. En tant que telle, elle génère les hésitations énoncées plus haut quant au rôle d'un arbitre.

2. L'arb-med

L'arb-med est une sorte de med-arb inversée : la procédure d'arbitrage précède la procédure de médiation. Cependant, la décision arbitrale reste secrète jusqu'à la fin de la procédure de médiation. Si la procédure de médiation aboutit, la sentence arbitrale n'est pas révélée. En cas d'échec de la médiation, la sentence s'impose aux parties. Là encore, le rôle de médiateur et d'arbitre peut être tenu par la même personne, mais ce n'est pas toujours le cas.

Martin Hunter adopte une position favorable aux procédures multi-step commençant par l'arbitrage³⁷. La saisine du tribunal arbitral et l'échange d'écritures permettraient aux parties d'évaluer les forces et les faiblesses de leurs positions respectives et de faire une analyse de risques au regard du rapport coûts/bénéfices. De plus, cette solution permettrait, avec la saisine du tribunal arbitral, d'interrompre les délais de prescription. Mais à l'heure actuelle, la solution favorisée par les acteurs du commerce semble être de ne recourir à l'arbitrage qu'en dernier ressort.

Ces méthodes hybrides ne font là encore pas l'unanimité. Certains droits considèrent ces cocktails comme incompatibles avec l'ordre public. C'est par exemple le cas de la Nouvelle-Zélande. D'autres droits seraient plus libéraux. Le droit australien par exemple, ne s'offusque pas des méthodes hybrides³⁸.

Pourtant aujourd'hui, les références explicites à ces M.A.R.C. semblent être encore très marginales dans les contrats. Les interactions entre médiation et arbitrage se font plus généralement à la faveur de clauses « multi-step », qui mettent en place des processus similaires, quoi que moins « intégrés ».

³³ Thomas Clay, « L'arbitre peut-il avoir été précédemment conciliateur ? », op. cit.

³⁴ Règlement de Med-arb du Singapour Mediation Centre, Article 11.

³⁵ CMAP, *Guide de la médiation et de l'arbitrage du CMAP*, p. 67.

³⁶ T. Sawada, « Le processus hybride d'arb-med : l'occident et l'orient ne se rencontreront-ils jamais ? », Bulletin CCI Vol. 14 n° 2 (2003); V. aussi Julian D.M. Lew QC, « Multi-Institutional Conciliation and the Reconciliation of Different Legal Cultures », ICCA Congress series N° 12 (2005), pp. 421-429.

³⁷ M. Hunter, « Commentary on Integrated Dispute Resolution Clauses », ICCA Congress series N° 12 (2005), pp. 470-477.

³⁸ T. Sawada, op. cit.

II. LES CLAUSES PREVOYANT DES METHODES SUCCESSIVES

Les clauses de règlement des différends à plusieurs étapes, dites « multi-step », sont de plus en plus courantes dans les contrats. Ces clauses envisagent qu'en cas de litige, les parties auront d'abord recours à la négociation, si celle-ci échoue elles tenteront une médiation, et en cas d'échec, elles recourront à l'arbitrage. Cette solution semble avoir la faveur de beaucoup d'opérateurs du commerce international et de praticiens³⁹.

Ces clauses ont principalement pour but de favoriser la recherche d'un règlement amiable des litiges. Les méthodes contentieuses, notamment l'arbitrage, font fréquemment l'objet de critiques tenant à la longueur, aux coûts, et à la lourdeur des procédures. Beaucoup d'entreprises considèrent donc qu'il ne doit y être recouru qu'en dernier ressort. Elles espèrent que le différend sera réglé par l'application des premières méthodes prévues par la clause, sans en arriver jusqu'à l'arbitrage⁴⁰. Il ne s'agit donc pas de cumuler plusieurs méthodes de règlement des litiges dans une procédure « intégrée », mais d'introduire une gradation, l'échec d'une méthode conduisant au recours à une autre.

Ces clauses sont également préconisées dans les contrats portant sur des opérations complexes qui s'exécutent à long terme. Les opérations complexes peuvent donner lieu à des litiges de toute nature et d'importance très variable. Faire le choix d'une seule méthode de règlement des différends peut donc s'avérer inapproprié. A l'inverse, une clause faisant intervenir successivement différentes méthodes peut permettre que le litige soit traité de la manière la plus appropriée.

A. Force obligatoire des clauses de médiation préalable

Ces clauses ont d'abord suscité de nombreuses interrogations. On s'est beaucoup interrogé sur la force contraignante d'une clause prévoyant une médiation avant l'arbitrage. Le passage par la médiation est-il optionnel ou obligatoire ? Quelle attitude doit prendre un tribunal arbitral saisi sans que la médiation préalable prévue au contrat n'ait été tentée ? Comment sanctionner la violation d'une clause prévoyant une médiation préalable à l'arbitrage ?

A l'origine, on considérait qu'une clause faisant référence à une médiation préalable ne pouvait obliger les parties à recourir à la médiation. La médiation étant un processus intrinsèquement consensuel, il ne semblait pas réaliste de la rendre obligatoire. Cette approche est aujourd'hui largement abandonnée. Il est désormais généralement admis que si la clause est claire, elle crée une véritable obligation de recourir à la médiation.

On voit ainsi se dessiner une tendance vers la reconnaissance de l'efficacité des clauses de médiation préalable⁴¹. C'est, notamment, la solution proposée par la CNUDCI dans sa loi type sur la conciliation commerciale internationale de 2002. Son article 13 prévoit : « Lorsque les parties sont convenues de recourir à la conciliation et se sont expressément engagées à n'entamer pendant une période spécifiée ou jusqu'à la survenance d'un événement spécifié aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par le tribunal arbitral ou la juridiction étatique jusqu'à ce que les conditions dont il s'accompagne aient été satisfaites, sauf dans la mesure où une partie estime nécessaire d'engager une telle procédure pour la sauvegarde de ses droits. L'engagement d'une telle procédure ne doit pas être considéré en soi comme une renonciation à la convention de conciliation ni comme mettant fin à la procédure de conciliation ».

En France, la question de la force contraignante des clauses de médiation a d'abord divisé la doctrine. Cette division s'est même étendue aux chambres de la Cour de cassation, jusqu'à ce qu'un arrêt en chambre mixte ne vienne clore la question le 14 février 2003⁴² « (...) la clause du contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont la mise en

³⁹ V. par exemple, J. H. Carter, « Issues Arising from Integrated Dispute Resolution Clauses », ICCA Congress series no.12 (2005), pp. 446-469 ; A. W. Rovine, « Introduction to Session on Issues in Integrated Dispute Resolution Systems », ICCA Congress series n° 12 (2005), pp.439-445.

⁴⁰ M. Pryles, « Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses », *Journal of International Arbitration* Vol. 18 n° 2 (2001), p.160.

⁴¹ Les juridictions anglaises, australiennes et allemandes ont également reconnu l'efficacité de ces clauses. V. Ch. Jarrosson et Michael Pryles, précités.

⁴² Cour de cassation (chambre mixte), 14 février 2003, note de Ch. Jarrosson, *Revue de l'arbitrage* (2003) pp. 406-416.

œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent (...) ».

Le droit positif est désormais clair. Une clause de médiation préalable a force obligatoire. L'action intentée devant un tribunal étatique sans qu'un effort de médiation n'ait été tenté conformément aux dispositions contractuelles est irrecevable.

En Angleterre, dans l'affaire *Cable & Wireless Plc v IBM*⁴³, sans aller jusqu'à conclure expressément à l'irrecevabilité de l'action intentée en violation d'une clause de médiation préalable, le juge Colman a décidé d'ajourner l'instance pour permettre à la médiation d'avoir lieu, en raison du caractère obligatoire de cette phase de médiation préalable, et de ses chances de succès.

La question de l'application de ces clauses à l'arbitrage international est plus complexe. Aux Etats-Unis, il semblerait qu'une cour ait déjà accordé l'annulation d'une sentence arbitrale au motif que l'une des parties n'avait pas satisfait à son obligation de participer aux sessions de négociations obligatoires préalablement à l'arbitrage, tel que stipulé dans le contrat en cause⁴⁴. Mais cette solution est loin d'être admise de façon universelle.

La question du contrôle par l'arbitre du respect de la clause de conciliation préalable s'est posée en France. La Cour d'appel de Paris n'a pas considéré que le non respect de la clause puisse affecter la validité de la sentence⁴⁵. Si le tribunal arbitral passe outre la clause de médiation préalable et rend une sentence sans constater que la demande est irrecevable, le juge ne pourra en tirer un motif d'annulation ou de refus d'exequatur de la sentence. Cette solution résulte du fait que l'article 1502 du Code de procédure civile qui vise expressément les chefs d'annulation d'une sentence internationale est d'interprétation stricte. Or, il a été jugé que la méconnaissance par l'arbitre de la nécessité d'engager une médiation préalablement à l'arbitrage, n'est pas un chef d'annulation au titre de l'article 1502 du CPC : « Considérant que les moyens tirés d'une clause préalable de conciliation (...) ne constituent pas une exception d'incompétence mais, ainsi que le reconnaît Nihon Plast, une question relative à la recevabilité des demandes qui n'entre pas dans les cas d'ouverture prévus par l'article 1502 NCPC ».

Ces principes ont eu un écho international. La Cour d'appel du Caire a adopté une position similaire dans un arrêt du 27 juillet 2005⁴⁶ : « Si [une] partie viole l'accord en mettant directement en œuvre l'arbitrage et que la partie adverse s'y oppose – dans un délai consenti ou, à défaut, durant un délai raisonnable – le tribunal doit alors s'assurer de l'existence de l'accord dont la violation est alléguée, de la réunion de ses conditions de validité et de l'inexécution de l'engagement précité. Si tous ces facteurs sont réunis, le tribunal doit rejeter la demande d'arbitrage comme n'ayant pas rempli les conditions requises par l'accord des parties avant de se soumettre à l'arbitrage... (v. Cour de cassation française, Chambre mixte 14 février 2003, *Poiré c/ Tripier*, note Ch. Jarrosson, *Rev arb.* 2003, n°2, p.537-541, observations V.V. Veeder sur la High Court de Londres, 11 octobre 2002, *Cables & Wireless v IBM* (...)

Attendu que les causes d'annulation de la sentence arbitrale prévues par l'article 53 de la loi de l'arbitrage 27/1994 ont été énumérées limitativement, et qu'il n'est pas permis de procéder par analogie ou de les interpréter extensivement. L'erreur du tribunal arbitral qui a statué sur une question contrairement à l'engagement de procéder d'abord à la conciliation pour régler le litige ne constitue pas une cause d'annulation prévue à l'article 53 (...) ».

En Suisse, la question a également été portée devant la Cour Suprême suisse à l'occasion d'un recours en annulation contre une sentence arbitrale rendue au terme d'un arbitrage initié sans recours à une médiation préalable, ainsi que le prévoyait le contrat⁴⁷. La cour a d'abord constaté que la formulation de la clause ne permettait pas de conclure que la médiation préalable était obligatoire

⁴³ *Cable & Wireless Plc v IBM United Kingdom Ltd.* [2002] APP.LR. 10/11.

⁴⁴ A. Jolles, « *Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses : Issues of Enforcement* », (2006) 72 *Arbitration* 329-338, citant en note 21 Kathleen Scanlon, Country report for US, "Enforcement of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses", IBA Newsletter of Committee D (Arbitration and ADR), Vol. 6 n° 2, October 2001.

⁴⁵ François-Xavier Train, « Note – Cour d'appel de Paris (1^{re} Ch. C), 4 mars 2004 », *Revue de l'arbitrage* 2005, pp. 151-161.

⁴⁶ Egypte, Cour d'appel du Caire (Ch. 91, com.), 27 juillet 2005, *Société T3A Industrial c/ Société des Entrepreneurs arabes*, *Revue de l'arbitrage* (2006), p. 475, note A.-H. El-Ahdab.

⁴⁷ Christoph Boog, « *How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses – Note – 6 juin 2007 – Cour Suprême Fédérale Suisse* », *Bulletin ASA* (2008), pp. 103-112.

avant toute saisine d'un tribunal arbitral. Elle a toutefois précisé que même si la médiation préalable avait été obligatoire, la demanderesse n'aurait pas pu se prévaloir du fait qu'elle n'avait pas été mise en œuvre faute d'avoir elle-même tenté de mettre en place une médiation. L'annulation de la sentence devait donc être refusée : « Agit (...) de manière abusive, la partie qui invoque le non-épuisement du préalable obligatoire de conciliation dans son recours contre la sentence, alors qu'elle ne l'avait pas proposé à l'autre partie avant l'arbitrage. (...) Il ne suffisait pas, à cette fin, d'exciper de l'incompétence du Tribunal Arbitral tout au long de la procédure. Au contraire, il eût fallu agir. Et la chose était possible. (...) Rien n'eût donc empêché la recourante de prendre les devants et de mettre en œuvre la procédure de médiation tout en invitant le Tribunal Arbitral à suspendre temporairement la procédure conduite par lui. Au lieu de quoi, elle a préféré participer à l'arbitrage, tout en se ménageant la possibilité d'invoquer ultérieurement le moyen pris du défaut de conciliation préalable. Pareille attitude n'était pas conforme aux règles de la bonne foi. »

Si la clause prévoit la médiation comme préalable à l'arbitrage, un tribunal arbitral constitué en violation de l'obligation de tenter une médiation ne sera pas automatiquement tenu de déclarer la demande irrecevable, en l'absence de contrôle des juridictions étatiques.

Une étude récente menée par la CCI révèle que les arbitres adoptent des raisonnements assez homogènes. Face à une objection du défendeur fondée sur le caractère prématuré de l'arbitrage, sans être passé par toutes les étapes préalables, les tribunaux ont tendance à adopter une double approche. Dans un premier temps, ils vérifient si la médiation préalable était obligatoire avant de commencer une procédure arbitrale. Si tel est le cas, ils procèdent alors à un examen des faits afin de déterminer si l'obligation a été respectée⁴⁸.

Par exemple, dans la sentence 8073, le tribunal était confronté à un protocole d'accord contenant une clause de conciliation⁴⁹. Cette clause ne subordonnait pas expressément le commencement de l'arbitrage à la conciliation. Le tribunal a tenu le raisonnement suivant : « Les parties n'ont pas stipulé *expressis verbis* dans leur clause une disposition précisant que le recours à l'arbitrage ne peut avoir lieu que dans le cas où les parties n'aboutissent pas à une solution à l'amiable pendant la procédure de conciliation. Etant donné que la clause ne contient pas cette convention contraire on ne peut exiger des parties d'entreprendre une tentative de conciliation préalable à l'introduction d'une requête d'arbitrage. Les parties considèrent que la procédure de conciliation telle que prévue au Protocole d'accord des parties ne revêt pas un caractère obligatoire. »

Un autre tribunal dans l'affaire CCI 10256⁵⁰ a refusé de considérer que les parties avaient l'obligation de recourir à une médiation préalable en raison de la rédaction non équivoque de la clause, qui prévoyait : « (a) si les parties sont incapables de résoudre un litige conformément à la section 15.1, alors une partie, conformément à la section 15.2, pourra référer à un expert pour qu'il considère le litige »⁵¹.

Le tribunal a considéré que l'emploi du verbe « pouvoir » permettait de considérer que le préalable à l'arbitrage n'était que facultatif.

Dans l'affaire CCI 9984, le tribunal était confronté à une clause prévoyant le recours préalable à la négociation en vue de trouver une solution amiable. Le tribunal a considéré qu'il existait bien une obligation de rechercher une solution amiable, mais que celle-ci avait été respectée, même si aucun accord n'avait pu être trouvé. Il a donc considéré que la requête d'arbitrage était recevable⁵².

B. Rédaction des clauses « multi-step »

Les clauses créées sur mesure par les parties peuvent poser des problèmes de mise en œuvre, surtout quand leur rédaction est approximative. Il devient alors très difficile de décerner la véritable intention des parties. Pour remédier à ce problème, de nombreuses institutions publient à présent des clauses-type. Par exemple, la CCI propose, entre autres, une clause prévoyant le cours facultatif

⁴⁸ Dyalá Jiménez Figueres, « Le règlement amiable comme préalable à l'arbitrage dans les clauses d'arbitrage CCI : introduction et commentaire », Bulletin de la CCI Vol.14 n° 1 (2003), p.77.

⁴⁹ Sentence finale dans l'affaire 8073, Bulletin de CCI, Vol.14 n° 1.

⁵⁰ V. la Sentence intérimaire CCI dans l'affaire 10256 publiée au Bulletin de la CCI, Vol. 14 n° 1 (2003).

⁵¹ Nous traduisons de l'anglais.

⁵² Sentence publiée au Bulletin de la CCI Vol. 14 n° 1 (2003), p. 91.

à sa procédure ADR avant l'arbitrage : « Les parties peuvent, à tout moment et sans préjudice de toutes autres procédures, rechercher un règlement de tout différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, conformément au Règlement ADR de la CCI », et une clause prévoyant le recours obligatoire à l'ADR avant l'arbitrage assortie d'un mécanisme d'expiration automatique : « En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties conviennent de soumettre ce différend à la procédure de règlement des différends prévue par le Règlement ADR de la CCI. Si le différend n'a pas été réglé dans le cadre dudit Règlement dans un délai de 45 jours suivant le dépôt de la demande d'ADR ou dans tout autre délai dont les parties peuvent convenir par écrit, le différend sera tranché définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à celui-ci ».

Les clauses prévoyant une médiation préalable peuvent présenter l'inconvénient de retarder le commencement de la procédure contentieuse. Certaines situations de blocages peuvent, toutefois, être résolues par des mesures provisoires. La Cour d'appel de Paris a adopté ce principe dans un arrêt du 23 mai 2001⁵³ : « l'existence d'un préliminaire obligatoire de conciliation n'exclut pas que la partie intéressée puisse, en cas d'urgence, saisir le juge des référés d'une demande tendant au prononcé d'une mesure relevant de ses attributions ».

Les inconvénients des clauses prévoyant une médiation préalable sont, en général, relativement mineurs au regard de leurs avantages. Ces clauses peuvent induire un retard de quelques mois dans le traitement du litige et entraîner un coût supplémentaire. Mais le coût d'une médiation est le plus souvent modique au regard de celui d'une procédure judiciaire ou arbitrale. En revanche, la présence d'une clause imposant le recours à la médiation donne une réelle chance aux parties de trouver une solution amiable à leur litige.

⁵³ Cour d'appel de Paris (14^e Ch. A) 23 mai 2001, note de Ch. Jarrosson, Revue de l'arbitrage (2003) pp. 406-416.

APPROCHE CULTURELLE DES ADR EN OHADA

Amadou DIENG*

AVANT PROPOS

Le thème qu'il nous a été demandé de traiter est intitulé « Approche culturelle des ADR en OHADA. » Le mot approche, selon le dictionnaire le Nouveau petit Robert, est la manière d'aborder un sujet de connaissance quant au point de vue et à la méthode utilisée.

L'adjectif culturel, selon le même dictionnaire, signifie ce qui est relatif à la culture, à la civilisation dans ses aspects intellectuels.

Ainsi, il nous est demandé, dans le cadre de l'OHADA, d'examiner les ADR ou MARC, plus exactement leurs pratiques, en nous plaçant du point de vue de la culture et de la civilisation africaine selon une méthodologie qui s'appuie sur le passé, sur l'existant et qui se projette sur l'avenir.

Cette tâche n'est pas aisée. Cependant, nous nous efforcerons de nous y atteler.

INTRODUCTION

Faciliter l'activité des entreprises et garantir la sécurité juridique des activités économiques, n'est-ce pas le but, la « raison d'être » de l'OHADA ?

Aux termes de l'article 1^{er} du Traité, l'OHADA « a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ». (Nous soulignons).

Au regard de ces objectifs, les MARC ou ADR, en particulier en matière civile et commerciale, entrent sans aucun doute dans le champ d'application du traité de l'OHADA.

Pourtant, alors que l'arbitrage y est expressément visé, la médiation et la conciliation ne sont que marginalement évoquées par le droit OHADA.

Pourquoi ce choix ? Le droit OHADA considère t-il l'arbitrage comme la seule alternative à la justice étatique ?

Le droit OHADA envisage t-il la conciliation et la médiation comme des modes amiables de résolution des conflits qui n'entrent pas dans l'objet du Traité et ne méritent pas l'adoption de règles particulières ?

Dans le cadre du droit OHADA, procédure judiciaire, arbitrage et modes de règlement amiable des différends sont-ils sans relation ?

Nous examinerons ces différentes questions en ayant comme perspective les cultures et civilisations des nations qui composent les Etat-Parties au Traité OHADA, et en nous appuyant sur les expériences mises en place en dehors et au sein de l'OHADA.

* Docteur en Droit, Avocat au Barreau de Paris, Cabinet CIMADEVILLA, Ancien Secrétaire permanent du Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation (CAMC) de Dakar.

Pour ce faire, nous traiterons dans un premier temps des fondements endogènes de la culture des MARC en OHADA (I), puis nous nous intéresserons à la place réservée par le droit OHADA aux modes amiables de règlement des différends (II). Enfin nous dégagerons des voies aux fins d'une meilleure intégration des modes amiables dans le corpus juridique du droit OHADA (III).

I. LES MARC DANS LES CULTURES ET CIVILISATIONS AFRICAINES

La résolution traditionnelle des conflits en Afrique, depuis les siècles qui ont précédé la civilisation arabo-islamique et plus récemment malgré l'apport de la civilisation occidentale, s'est toujours effectuée sur les valeurs et règles endogènes des traditions et cultures africaines¹.

A. Les fondements culturels des MARC dans l'espace OHADA

1. La recherche de la paix et de l'harmonie : un objectif ultime dans les sociétés traditionnelles africaines

Les sociétés africaines traditionnelles avaient développé à partir de leur vécu culturel quotidien, un ensemble de pratiques et de règles dont l'efficacité permettait, dans une certaine mesure, de circonscrire les conflits internes et de les résoudre autrement que par la violence.

La stabilité des sociétés traditionnelles africaines était garantie par des institutions, des pratiques et des rites qui maintenaient une certaine stabilité sociale et assuraient le règlement pacifique des conflits : la famille restreinte, noyau central pour l'éducation à la tolérance quotidiennement dispensée à travers les contes et proverbes ; la famille élargie, assurant les liens d'identité et de reconnaissance par le maintien d'un système de solidarité étendue ; le clan ou la tribu structuré suivant des relations hiérarchisées garantissant la stabilité sociale et la cohésion de tous les membres².

L'étude des sources et des données ethnographiques montre à l'évidence que la civilisation négro-africaine se définit essentiellement, en termes de dialogue, de compromis, de coexistence et de paix.

Dans les sociétés négro-africaines, la notion de paix est d'autant plus importante qu'une sémantique à la fois abondante et variée lui est consacrée. Au Sénégal, nous utilisons ce mot de paix pour saluer « as-tu la paix = maa jam » ; « la paix seulement = jama rek ».

Dans la plupart des sociétés négro-africaines, les aspirations à la paix ont conduit à développer des techniques de normalisation dont l'objectif est d'éviter, ou tout au moins de réfréner, la violence et les conflits armés.

2. Les mécanismes de résolution des conflits dans les sociétés traditionnelles de l'Afrique noire

Pour sortir de l'impasse et éviter le chaos, des espaces étaient toujours prévus permettant aux parties en conflit d'initier des procédures de normalisation et de pacification.

Les « faiseurs de paix » : plénipotentiaires, négociateurs et médiateurs.

Les sociétés africaines traditionnelles n'ont jamais vécu dans une autarcie totale. Cela a favorisé la circulation des personnes et des biens, et a donné naissance à un groupe de négociants. Ceux-ci effectuent un commerce à court, moyen ou long rayon d'action. Ils ont l'avantage d'avoir des associés, des alliés dans diverses communautés et aussi de pratiquer différentes langues. Dans la résolution des conflits et la restauration de la paix, ils apparaissent comme des agents privilégiés, du fait de l'immunité dont ils jouissent et de l'ampleur de leurs réseaux de relations³.

¹ B. Sidibé, « Résolution traditionnelle des conflits au Mali », Revue Hammonds, Juin 2008.

² *Les fondements endogènes d'une culture de la paix en Afrique : les mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique Noire*. Préface de F. Mayor, Introduction par Edouard Matoko avec les contributions de T. Bah, Ali. M. Iye, Ph. Ntahombaye, Publication UNESCO 1999.

³ T. Bah, *Les mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique Noire*, Publication UNESCO 1999.

Dans leur souci de normalisation et de résolution des conflits, les peuples africains ont accordé une importance capitale aux procédures de négociation. L'objectif de la négociation est de parvenir à un accord. Mais, pour négocier, il faut être au moins deux responsables, incarnant une certaine souveraineté. Aussi, la sagesse Bamiléké (ethnie de l'Ouest du Cameroun) recommande qu'on ne tue jamais un chef à la guerre, quelque soit l'intensité des combats⁴.

L'échec d'une tentative de parvenir à une solution pacifique et négociée ouvre la voie à d'autres alternatives : la conciliation et la médiation. Le rôle instrumental de la médiation dans les sociétés africaines traditionnelles est attesté par de nombreuses traditions orales. La médiation y était pratiquée de différentes manières dans des contextes différents. Des facteurs multiples entraient en jeu : l'objet du conflit, son importance, la personnalité du médiateur et la réelle volonté des deux parties à aboutir à un compromis.

La « palabre », cadre privilégié de résolution des conflits

Véritable juridiction de la parole, la palabre constitue incontestablement une caractéristique des sociétés africaines et l'expression d'une véritable culture de paix.

Étymologiquement, le mot palabre vient de l'espagnol "palabra" et a le sens de parole, de discussion, de conversation longue et oiseuse. Cette conception dévalorisante émane du contexte colonial où la palabre était une sorte de concertation où siégeaient le commandant européen et le chef noir ; celle-ci consistait en un débat coutumier long, complexe et souvent incohérent et contradictoire, du fait du recours nécessaire à un interprète, dont la connaissance de la langue européenne était approximative⁵.

En vérité, le concept de palabre a une toute autre signification dans les sociétés africaines traditionnelles, où différents termes, plus adéquats sont utilisés pour la désigner. Par exemple, les Bamiléké à ce propos parleront de Tsang, dont le but est d' « apaiser les esprits »⁶.

En tant que cadre d'organisation de débats contradictoires, d'expression d'avis, de conseils, de déploiement de mécanismes divers de dissuasion et d'arbitrage, la palabre, tout au long des siècles, est apparue comme le cadre idoine de résolution des conflits en Afrique noire.

La palabre, incontestablement, constitue une donnée fondamentale des sociétés africaines et l'expression la plus évidente de la vitalité d'une culture de paix. Partout en Afrique noire, on retrouve à quelques nuances près, la même conception de la palabre, considérée comme phénomène total, dans lequel s'imbriquent la sacralité, l'autorité et le savoir, ce dernier étant incarné par les vieillards qui ont accumulé, au fil des ans, sagesse et expérience.

Institution véritable, la palabre est régie par des normes établies, et les principaux acteurs doivent justifier d'une grande expertise. Chez les Beti du sud du Cameroun par exemple, pas moins de six conditions et modalités constituent un préalable à toute palabre : où, quand, qui, quoi, pourquoi, comment ?⁷

La palabre se tient toujours en un lieu chargé de symbole : sous un arbre, près d'une grotte, sur un promontoire ou dans une case édiflée spécialement à cet effet; tous ces endroits sont marqués du sceau de la sacralité.

La date de la palabre n'est pas laissée au hasard; elle doit correspondre à un moment propice déterminé par les géomanciens.

En principe, la palabre est ouverte à tous, ce qui fait d'elle un cadre d'expression sociale et politique de grande liberté.

⁴ T. M. Bah, *Guerre, Pouvoir et Société dans l'Afrique précoloniale*, Thèse pour le Doctorat d'Etat es Lettres, Université Paris Sorbonne, 1985.

⁵ « Démocratie de l'arbre à palabre et bois sacré » in *Essai sur le pouvoir parallèle des sociétés initiatiques africaines*, Annales de l'Université d'Abidjan, Série D, t. 13, 1980.

⁶ T. Bah, *Les mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique Noire*, op. cit.

⁷ J.-L. Mengue, *Résolution des conflits et promotion de la paix chez le Beti du sud Cameroun*, Monographie historique, séminaire de doctorat, Université de Yaoundé I, 1995.

En outre, on observe une hiérarchie et un protocole dans l'intervention des principaux acteurs. Dans la palabre, les vieillards, symboles de sagesse, jouent un rôle privilégié. Leur éthique et divers tabous liés à leur âge leur interdisent des positions partisans, et les invitent plutôt à la pondération et au compromis. Il est courant qu'une palabre soit présidée par un vieillard et non par le chef, ce qui a conduit à qualifier les sociétés négro-africaines de gérontocratiques⁸.

Enfin, la palabre n'a pas pour finalité d'établir les torts respectifs des parties en conflit et de prononcer des sentences qui conduisent à l'exclusion et au rejet. Elle apparaît plutôt comme une thérapie qui a pour but de briser le cercle infernal de la violence et de la contre violence afin de rétablir l'harmonie et la paix.

Ces divers mécanismes amiables de résolution des conflits, utilisés depuis toujours dans les sociétés africaines traditionnelles, ont été confortés par l'émergence des religions monothéistes, notamment l'islam, le christianisme et le judaïsme, dans ces sociétés.

B. Les fondements religieux des MARC dans l'espace OHADA : l'exemple de l'Islam

L'Islam a introduit la règle de droit comme moyen de régler les litiges et pour garantir le bon fonctionnement du monde des affaires. Il a encouragé le règlement pacifique des conflits au sein de la communauté musulmane, entre les musulmans et les communautés non musulmanes, et entre les communautés non musulmanes.

L'Islam prévoit pour le règlement des différends de nombreux moyens y compris la médiation (Wassatah), la conciliation (Sulh) et l'arbitrage (Tahkim)⁹.

Nous examinerons brièvement ces différents modes amiables de règlement des différends prévus dans le Coran et la Sunna du Prophète qui sont les deux principales sources de la loi islamique.

1. La médiation (Wassatah)

Le terme généralement utilisé pour désigner la médiation, est celui de « marcher entre les parties au conflit ». Quant à la définition de la médiation, il s'agit d'une procédure bénévole et non contraignante en vue de mettre fin à un différend. Elle est caractérisée par l'intervention dans un litige d'une ou de plusieurs personnes, soit de leur propre initiative ou à la demande de l'une des parties. Le médiateur indépendant doit alors chercher à parvenir à un règlement à l'amiable en proposant des solutions aux parties. La médiation ne sera un succès que lorsque les parties auront accepté les solutions proposées.

2. La conciliation (Sulh)

Le Code civil Ottoman, connu sous le nom de Mejelle, qui constitue la première tentative de codification de la Sharia, a réglementé les contrats de conciliation aux articles 1530 à 1560, et a proposé une institution originale, « l'arbitrage par conciliation » tel que défini par l'article 1580 de ce Code¹⁰.

La conciliation y est définie comme « un accord entre deux parties ou plus pour résoudre un différend et mettre fin à ses causes ». Aux termes de l'article 1531 du Code civil Ottoman, la conciliation est « un contrat pour la suppression d'un différend par consentement mutuel. Il devient un contrat conclu par l'offre et l'acceptation ». La conciliation implique que chaque partie renonce un peu de ses droits. Il s'agit ainsi d'un compromis, d'une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil français.

A titre d'exemple, il est souvent cité le verset 35 de la sourate IV Les Femmes qui dispose « Si vous craignez le désaccord entre les deux époux, envoyez alors un arbitre de sa famille à lui, et un arbitre

⁸ S. Metindi, *Résolution des conflits et promotion de la paix chez le Beti du sud Cameroun*, Monographie historique, séminaire de doctorat, Université de Yaoundé I, 1995, inédit.

⁹ S. Bouheroua, *Foundation of mediation in Islamic law and its contemporary application*, Department of Islamic Law, Ahmad Ibrahim Kulliyah of Law, International Islamic University Malaysia (IIUM).

¹⁰ F. Kemicha, « The Approach to Mediation in the Arab World », texte présenté lors de la Conférence internationale sur la médiation. Genève. Suisse, 29 mars 1996.

de sa famille à elle. Si les deux veulent la réconciliation, Allah rétablira l'entente entre eux. Allah est certes, Omniscient et Parfaitement Connaisseur ».

La procédure décrite dans ce verset met en place un tribunal de deux arbitres, dont la décision n'est cependant pas obligatoire sauf si elle est acceptée par les parties. Dès lors qu'il n'a pas force juridictionnelle, ce type d'arbitrage ressemble plus à la conciliation.

La transaction et la conciliation sont des concepts liés : les deux concernent le règlement d'un différend de manière amiable et impliquent un mécanisme contractuel (le protocole de conciliation ou l'accord de transaction).

D'un autre côté, la transaction diffère de la conciliation dans le fait qu'elle implique des concessions réciproques, et dès lors acquiert l'autorité de la chose jugée. Ainsi le Code civil Ottoman précise-t-il en son article 1556 « Une des parties ne peut, seule, résilier la transaction une fois acceptée. »

3. L'arbitrage par conciliation (Tahkim)

La conception musulmane de l'arbitrage donne à ce mode de règlement des conflits une physionomie qui ressemble à la conciliation d'une part, et à l'amiable compositeur, d'autre part.

Pour illustrer le premier de ces deux aspects, on peut prendre exemple de l'article 1847 du Code civil Ottoman qui autorise chacune des parties à révoquer l'arbitre aussi longtemps que la sentence n'est pas encore rendue.

Par ailleurs, il semble que les arbitres sont plus souvent invités à trancher en équité sauf volonté contraire clairement exprimée par les parties¹¹. L'arbitre, qui devient alors amiable compositeur, dispose des pouvoirs d'un modérateur et, de ce fait, devient un conciliateur. Selon l'heureuse expression du Pr. Jarrosson, l'amiable composition « gomme » les contours de l'arbitrage pour le rapprocher de la conciliation.

Cette connexité entre amiable composition et conciliation trouve une illustration à l'article 1850 du Code civil Ottoman qui stipule « Les arbitres légalement nommés peuvent valablement réconcilier les parties si ces dernières leur en confèrent le pouvoir. Ainsi, si chacune des parties a donné le pouvoir de les réconcilier à un des arbitres, et que les arbitres tranchent le litige par une transaction conformément à ce pouvoir, les parties ne pourront pas rejeter l'arrangement. »¹².

La technique proposée par l'article 1850 du Mejlle permet à chaque partie de désigner son « arbitre ». Les deux arbitres ainsi désignés sont à leur tour autorisés à trancher le différend par le moyen de la conciliation.

L'avantage de cette technique est de simplifier la procédure en évitant l'application des règles de preuve imposées par la Sharia ou d'autres dispositions impératives. D'un autre côté, elle crée une confusion entre arbitrage en amiable composition et conciliation.

Ainsi, dans le monde musulman, l'arbitrage est fréquemment compris comme une sorte de conciliation.

Les autorités coloniales, saisies de cet aspect de la conscience sociale africaine émanant des sociétés traditionnelles et de la religion musulmane, avaient mis en place à côté de la justice de type occidentale, des tribunaux musulmans, dirigés par des « Cadi », dans lesquels une très grande place était accordée à la conciliation.

Au Sénégal, en 1984, les Cadi ont été intégrés au tribunal départemental dans le ressort duquel ils ont été nommés. Aux termes de l'article 10 du Nouveau Code de Procédure Civile du Sénégal, la consultation du Cadi est obligatoire lorsque le litige est relatif aux successions de droit musulman. De même, le tribunal peut renvoyer les parties devant le Cadi aux fins de tentatives de conciliation.

¹¹ *L'arbitrage international entre le droit musulman et le droit positif Français et Egyptien*. Thèse de doctorat. Université Paris XI. 1984.

¹² Code civil Ottoman. Traduction française. Démétrius Nicolaidès. Constantinople 1881.

L'accord intervenu n'est exécutoire qu'après homologation rendue en forme d'ordonnance par le juge¹³.

Cette approche basée sur le règlement des conflits par le biais de la conciliation est-elle toujours de mise ? Les garanties de stabilité sociale présentes dans les sociétés traditionnelles africaines et en droit musulman se retrouvent-elles dans le contexte actuel de l'OHADA ? Plus généralement, la pratique des ADR dans les sociétés traditionnelles africaines et dans le monde musulman trouve-t-elle un écho dans le contexte de l'organisation politique et sociale des Etats de l'OHADA ? Dans quelle mesure une approche culturelle des ADR peut-elle contribuer à accroître le recours à ces modes de règlement des conflits dans le cadre de l'OHADA ?

II. LES MODES AMIABLES DE REGLEMENT DES DIFFERENDS EN OHADA

Même si l'OHADA ne traite expressément que de l'arbitrage, elle n'écarte pas le règlement amiable (par voie de médiation ou de conciliation) des différends commerciaux.

La conciliation et/ou la transaction, en tant que mode amiable de règlement des conflits, sont, à diverses occasions, visés dans le droit positif OHADA.

En OHADA, les références aux modes amiables de règlement se retrouvent dans le cadre de l'arbitrage, au sein de procédures judiciaires et de manière conventionnelle au sein des institutions nationales de conciliation et/ou de médiation.

A. Le recours aux modes amiables par le biais de l'arbitrage

1. L'arbitre amiable compositeur

Aux termes de l'article 15 al. 2 de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage « les arbitres peuvent statuer en amiable compositeur lorsque les parties leur ont conféré ce pouvoir ».

Pareille disposition se retrouve également dans la totalité des règlements d'arbitrages des centres nationaux d'arbitrage existants dans les Etats parties de l'OHADA¹⁴. A cet égard, il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 14 de l'acte uniforme, les parties peuvent régler la procédure arbitrale par référence à un règlement d'arbitrage.

Or, comme nous l'avons précédemment indiqué, l'amiable composition rapproche l'arbitrage de la conciliation.

2. La transaction, une des modalités de cessation de l'instance arbitrale

Conformément à l'article 16 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, l'instance arbitrale peut prendre fin en cas de transaction.

Cependant, le même Acte uniforme reste muet sur la forme selon laquelle, il convient de constater la transaction qui met un terme à l'instance arbitrale. Le tribunal arbitral doit-il simplement prendre acte de la transaction et laisser aux parties le soin de rédiger les termes de leur accord ? Le tribunal arbitral doit-il vérifier si la transaction est véritablement constituée de concessions réciproques ? Le ou les arbitres doivent-ils signer l'accord de transaction ? Quelle est la valeur juridique d'un accord de transaction signé par les parties et le ou les arbitres ? Quel est en serait le régime juridique ?

Autant de questions laissées sans réponse par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage qui, rappelons – le constitue le droit commun de l'arbitrage dans l'espace OHADA.

¹³ Nouveau Code de Procédure Civile du Sénégal articles 7 et 31. Aux termes de l'article 21 du Nouveau Code de Procédure Civile du Sénégal « les chefs de village et les délégués de quartier peuvent, en ce qui concerne la famille, le mariage, la filiation, les successions, les donations et les testaments. L'accord intervenu doit être constaté par le juge de paix en présence des parties, et, le cas échéant, du conciliateur ».

¹⁴ Article 33 Règlement CAMC, article 19 Règlement CAMC-O, article 22 Règlement CACI, article 15.3 Règlement CAMeC, article 23 Règlement GICAM.

Toutefois, la question a été envisagée par l'article 39 du Règlement d'arbitrage du CAMC qui dispose « si, avant que la sentence ne soit rendue, les parties conviennent d'une transaction qui règle le litige, le tribunal arbitral rend une décision de clôture de la procédure arbitrale ou, si les deux parties lui en font la demande et s'il accepte, constate le fait par une sentence arbitrale rendue d'accord partie ».

3. La sentence d'accord parties

Contrairement à l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage, le règlement d'arbitrage de la CCJA dispose en son article 20 que « si les parties se mettent d'accord au cours de la procédure arbitrale, elles peuvent demander à l'arbitre que cet accord soit constaté en la forme d'une sentence rendue d'accord parties. »

Cette formulation explicite, même si elle ne règle pas toutes les questions soulevées par la sentence rendue d'accord parties, a le mérite de faire bénéficier à la sentence, contrairement à la transaction, des dispositions relatives à l'exequatur communautaire des sentences arbitrales rendues sous l'égide de la CCJA, notamment la formule exécutoire.

B. Le recours aux modes amiables à travers la médiation ou la conciliation judiciaire

Le droit OHADA prévoit le recours à la conciliation dans le cadre des procédures judiciaires qu'il organise. Il en est ainsi de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

Aux termes de l'article 9 de cet Acte uniforme, le recours ordinaire contre la décision d'injonction de payer est l'opposition. Celle-ci est portée devant la juridiction compétente dont le président a rendu la décision d'injonction de payer.

L'article 12 du même Acte uniforme stipule que « la juridiction saisie sur opposition procède à une tentative de conciliation. Si celle-ci aboutit, le président dresse un procès verbal de conciliation signé par les parties, dont une expédition est revêtue de la formule exécutoire ».

L'article 26 de l'Acte uniforme précité prévoit la même procédure de conciliation obligatoire dans le cadre de la procédure simplifiée tendant à la délivrance ou à la restitution d'un bien meuble déterminé.

Toutefois, l'Acte uniforme reste muet sur les modalités de cette tentative de conciliation. La juridiction saisie sur opposition pourra-t-elle désigner un conciliateur spécialisé et placé sous son contrôle, ou un juge de la juridiction ? La tentative de conciliation doit-elle avoir lieu devant la juridiction, séance tenante ou après un délai fixé par la juridiction ?

Néanmoins, il convient de noter que, conformément à l'article 33 du même Acte uniforme, les procès verbaux de conciliation signés par les juges et les parties constituent des titres exécutoires ouvrant la voie à l'exécution forcée, à défaut d'exécution volontaire.

C. Le recours aux modes amiables dans le cadre de la conciliation ou de la médiation conventionnelle

A la faveur de l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends prôné par l'OHADA, des institutions permanentes d'arbitrage ont été mises en place dans plusieurs Etats Parties.

Ces institutions ou centres, souvent logés au sein des Chambres de commerce, d'industrie et d'agriculture, n'ont pas limité leur champ d'action à l'arbitrage. Ces centres ont tous souhaité mettre également en œuvre des procédures de médiation et/ou de conciliation.

Une telle démarche se justifie dans la mesure où cela élargit le champ d'intervention de ces institutions et offre aux utilisateurs plusieurs moyens de régler leurs conflits.

L'article 1^{er} du Décret N° 98-493 du 5 juin 1998 relatif à la création d'institutions permanentes d'arbitrage au Sénégal stipule que « l'institution permanente d'arbitrage peut également proposer des procédures de médiation et de conciliation ».

Ainsi, c'est avec la création des institutions permanentes d'arbitrage que s'est développée la médiation conventionnelle dans les Etats parties de l'OHADA. Ces centres offrent un cadre permanent pour ce type de médiation. Ils disposent tous d'un règlement de médiation ou de conciliation.

Cependant, les statistiques de ces centres révèlent une faible propension au recours à la médiation ou à la conciliation.

Durant mon expérience au Centre de Dakar¹⁵, aucune procédure de médiation n'a été engagée malgré une dizaine d'offres de médiation qui ont été soit formulées par l'une des parties, soit spontanément formulées par le Secrétariat Permanent. Les parties concernées étaient des personnes physiques, des personnes morales, des syndicats, des sociétés privées ou des entreprises publiques.

De même les statistiques du CAMC-O pour l'année 2007 indiquent que le Secrétariat permanent a enregistré vingt deux demandes d'arbitrage et cinq demandes de médiation. Sur les cinq demandes de médiation enrôlées, un accord de transaction a été signé et les autres étaient en cours de procédure¹⁶.

Le constat est net. Dans la quasi-totalité des centres d'arbitrage africains, le recours à l'arbitrage est plus fréquent que le recours à la médiation¹⁷.

Certaines raisons expliquent cet état de fait. En premier lieu, il y a la méconnaissance des procédures de médiation institutionnelle. Mais surtout il y a les difficultés liées à l'exécution des accords de transaction qui nécessitent le plus souvent un passage devant le juge étatique pour homologation¹⁸.

Or, les textes sur les procédures d'homologation des transactions ou accords issus de la médiation conventionnelle sont souvent inexistantes ou peu claires au sein des Etats membres, et ne sont pas actuellement pris en compte dans le cadre de l'OHADA¹⁹.

Contrairement au droit français qui, aux termes de l'article 1441-4 du Code de procédure civile, permet au président du tribunal de grande instance d'apposer la formule exécutoire sur la transaction après un contrôle de la validité de celle-ci au regard de l'ordre public²⁰.

En revanche, dans le cadre de la conciliation judiciaire prévue par l'ensemble des codes de procédure civile des Etats membres de l'OHADA²¹, ainsi que dans le cadre de l'OHADA²², les procès verbaux de constat de la conciliation valent titres exécutoires.

¹⁵ Nous avons assuré le Secrétariat permanent du CAMC de 1998 à 2004.

¹⁶ Statistiques 2007 du CAMC-O, <http://www.ccia.bf/article>.

¹⁷ *Compte rendu de la formation à la médiation commerciale des gestionnaires de Centres Africains d'Arbitrage et de Médiation* du 27 au 31 octobre 2008. <http://www.ccia.bf/article>.

¹⁸ Avec l'homologation, la force obligatoire, inhérente à l'origine contractuelle de la transaction, se double de la force exécutoire des jugements.

¹⁹ Les articles 756 à 760 du Nouveau Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal qui définissent et fixent le régime juridique de la transaction ne prévoient pas l'homologation. Il est simplement précisé que la transaction ne peut être attaquée pour erreur de droit, et qu'elle est déclarative de droits antérieurement contestés.

²⁰ En droit français, l'article 1441-4 du Code de procédure civile dispose que « le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté ».

²¹ Nouveau Code de Procédure Civile du Sénégal : articles 7 et 31.

²² Articles 12, 26 et 33 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

III. VERS UNE MEILLEURE ARTICULATION ENTRE MARC ET PROCEDURES JUDICIAIRES EN OHADA

Le développement des MARC dans l'OHADA, en particulier de la médiation conventionnelle, est surtout freiné par l'absence d'articulation entre ces procédures amiables et les procédures judiciaires.

Des remèdes ont été proposés dans le cadre des expériences développées dans certains pays africains.

De même, des pistes méritent d'être envisagées à la lumière des initiatives mises en œuvre hors d'Afrique, en particulier dans le cadre de l'Union européenne.

A. Les expériences africaines hors OHADA

Dans les pays anglophones d'Afrique, notamment au Nigeria et au Ghana des expériences ont été tentées afin de reproduire le concept de « Multi-door Courthouse » tel que mis en œuvre aux Etats-Unis.

Historiquement, le concept de « Multi-door Courthouse » a été proposé aux Etats-Unis en 1976 par Monsieur Frank E. A. Sander, Professeur à Harvard lors d'une conférence sur le mécontentement public à l'égard du système judiciaire. Il s'agit d'une approche innovatrice en vue de diminuer le flux sans cesse croissant des demandes adressées aux tribunaux.

Désignant son concept de « Multi-door Courthouse », le Pr. Sander a envisagé la création d'un Palais de Justice avec de multiples chambres de règlement des conflits et des programmes d'assistance pour les plaideurs actuels ou potentiels en vue de régler leurs litiges. Les cas devant être examinés puis orientés vers la Chambre ou le mécanisme alternatif de règlement le plus approprié, y compris mais sans s'y limiter, le procès, la conciliation, la médiation, l'arbitrage et les services sociaux²³.

Face au succès enregistré aux Etats-Unis, le Nigeria, pour la première fois en Afrique, a décidé d'introduire ce concept dans son système judiciaire et a mis en place la Lagos Multi-Door Courthouse le 11 juin 2002 en partenariat avec le Negotiation and Conflict Management Group (NCMG) qui est un Centre d'arbitrage et de médiation créé en 1996²⁴.

L'expérience a été reprise en 2003 avec la création de l'Abuja Multi-Door Courthouse (AMDC), puis en 2008 avec la création d'une Multi-Door Courthouse dans l'Etat du Delta²⁵.

Le Ghana a également introduit l'expérience dans son système judiciaire en prônant l'utilisation accrue des ADR²⁶.

Ces mécanismes, qui permettent une meilleure intégration des centres d'arbitrage et de médiation dans les tribunaux, révèlent les potentialités d'une utilisation accrue des MARC en Afrique.

Il est vrai que ces expériences se sont développées dans des pays anglophones non membres de l'OHADA, mais elles n'en demeurent pas moins significatives dès lors qu'il s'agit de promouvoir le recours aux MARC²⁷.

²³ K. K. Stuart, C. A. Savage, *The Multi-Door Courthouse : How It's Working*.

Case screening can be done by judges or administrators at the courthouse, by the lawyers representing the parties in the case, or by the parties themselves. Case screening can be categorical (e.g., by case type, age of case, amount of claim, or other common factor), individualized, or both. V. aussi *A dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo. Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse*, University of St. Thomas – School of Law (Minnesota), 2008. The concept of the multi-door courthouse was first suggested in 1976 by Harvard Law Professor Frank E. A. Sander at the Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice (commonly referred to as the Pound Conference). Sander proposed assigning certain cases to alternative dispute resolution processes, or a sequence of processes, after screening in a Dispute Resolution Center.

²⁴ The Lagos Multi-Door Courthouse, the first court-connected ADR Centre in Africa in June 2002. <http://www.ncmggroup.org>.

²⁵ The Abuja Multi-Door Courthouse (AMDC). http://www.amdcng.net/About_Amdc.aspx ; Bill on Multi-Door Court House Passes Second Reading in Delta House, <http://allafrica.com/stories/printable/200812090414.html>.

²⁶ Cf. Ghanaian Time 15 avril 2003.

B. La directive européenne portant certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale : une source d'inspiration pour l'OHADA ?

1. De quelques dispositions pertinentes de la directive

La directive communautaire sur la médiation du 23 avril 2008 facilite le recours à la médiation en renforçant les garanties juridiques l'accompagnant²⁸.

La directive a pour objet « de faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires. »

Aux fins de la directive, le processus de médiation peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un Etat membre.

Aux termes de l'article 5 de la directive : « Une juridiction saisie d'une affaire peut, le cas échéant et compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, inviter les parties à recourir à la médiation pour résoudre le litige. La juridiction peut également inviter les parties à assister à une réunion d'information sur le recours à la médiation pour autant que de telles réunions soient organisées et facilement accessibles ».

Conformément à l'article 6 de la directive, les Etats membres veillent à ce que les parties, ou l'une d'entre elles, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire, sauf si en l'espèce, ce contenu est contraire au droit de l'Etat membre dans lequel la demande est formulée. A cet égard, il est demandé aux Etats membres de communiquer à la Commission le nom des juridictions ou autres autorités compétentes pour recevoir cette demande.

L'article 9 de la directive dispose que « les Etats membres encouragent, par tout moyen qu'ils jugent approprié, la mise à disposition du public, notamment sur Internet, d'informations sur la manière de contacter les organismes fournissant des services de médiation. »

2. Des dispositions de la directive pouvant être transposées dans le cadre de l'OHADA

Au regard de l'article 1^{er} du Traité OHADA, rien ne s'oppose, à notre avis, à ce que les Etats membres de cette organisation, à l'instar de l'encouragement au recours à l'arbitrage, promeuvent le recours à la médiation et/ou à la conciliation. Il s'agit là d'une décision politique et de politique judiciaire.

Dans ce contexte, l'OHADA pourrait s'inspirer de la directive européenne portant certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

Ainsi, conformément à l'article 4 du Traité OHADA, le Conseil des Ministres de l'OHADA pourrait prendre un règlement en vue d'encourager le recours à la médiation dans les Etats membres²⁹.

Un tel règlement pourrait contribuer à l'information du public en ce qui concerne l'existence et les modalités de fonctionnement des organismes fournissant des services de médiation dans l'espace OHADA.

Ce futur règlement pourrait surtout poser des règles claires, simples et adaptées afin de garantir le caractère exécutoire des accords issus des procédures de médiation et/ou de conciliation.

²⁷ L'expérience des « Multi-Door Courthouse » a été reprise à Singapour. Cf. The Multi-Door Courthouse Court Information Centre (MDC-CIC), introduced in 2 May 1998 is an innovation in the Singapore judicial system). <http://app.subcourt.gov.sg/mdc-cic/index.aspx>. L'expérience des « Multi-Door Courthouse » a également été envisagée pour certains pays latino-américains. Cf. Investing Judicial Capital : Exploring The Multi-Door Courthouse as an Alternative for Democracy, Development, and Human Rights in Latin America. Paper presented at the annual meeting of the Law and Society, J.W., Marriot Resort, Las Vegas, NV. 2009-02-09. <http://www.allacademic.com/one/www>.

²⁸ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

²⁹ La voie réglementaire a été proposée en vue de la restructuration des Commissions Nationales OHADA. Cf. Rapport général de la Réunion OHADA sur la redynamisation des Commissions Nationales / Dakar / 29 – 30 mai 2008.

Les Etats membres pourraient, par exemple, être invités à veiller à ce que les parties, ou l'une d'entre elles, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire, sauf si en l'espèce, ce contenu est contraire au droit de l'Etat membre dans lequel la demande est formulée.

Les Etats membres pourraient également être invités à désigner les juridictions ou autres autorités compétentes pour recevoir de telles demandes, et communiquer au Secrétariat Permanent de l'OHADA le nom de ces juridictions ou autres autorités compétentes.

Enfin, il pourrait être demandé au Secrétariat Permanent de l'OHADA d'encourager, par tout moyen qu'il jugera approprié, la mise à disposition du public d'informations sur la manière de contacter les organismes fournissant des services de médiation et sur les juridictions ou autres autorités compétentes des Etats membres pour recevoir les demandes visant à rendre exécutoire le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation.

L'adoption de ce futur règlement OHADA pourrait être suscitée par l'Association des Centres Africains d'Arbitrage et de Médiation (ACAM) qui a été récemment mise en place, et dont saluons la création³⁰.

CONCLUSION

La création d'un espace communautaire juridiquement et judiciairement harmonisé à travers la mise en place d'un droit simple, moderne et adapté afin de faciliter l'activité des entreprises constitue une œuvre d'envergure qui ne peut être réalisée que progressivement.

Une telle construction, qui est la raison d'être de l'OHADA, doit non seulement prendre en compte les intérêts des grandes entreprises mais aussi se mettre en phase avec les aspirations et les besoins des petites et moyennes entreprises, quelque soit leur forme économiques, commerciales, coopératives ou mutualistes, justiciables du droit de l'OHADA³¹.

Dans ce contexte, un encouragement au recours à la médiation ou à la conciliation constituerait un pas décisif vers la réalisation des objectifs de l'OHADA.

³⁰ . En marge de la formation des gestionnaires de centres d'arbitrage et de médiation qui a eu lieu du 27 au 31 octobre 2008 à Ouagadougou a été créée, le 31 octobre 2008, l'Association des Centres Africains d'Arbitrage et de Médiation (ACAM). Cf. Lettre d'information OHADA du site www.ohada.com du 19 février 2009.

³¹ Les développements actuels et futurs de l'OHADA poussent à aller dans ce sens. Le projet d'Acte uniforme sur les sociétés civiles a été adopté par les Commissions nationales. Il est à l'examen en vue d'une prochaine adoption. Les sociétés mutualistes feront aussi l'objet d'un Acte uniforme. Or, la finance islamique est très présente dans le secteur de la micro finance en Afrique.

REGARDS FRANCO-AFRICAINS SUR LES ÉTAPES DE LA MEDIATION COMMERCIALE*

Achille NGWANZA*

Au moment où la place prépondérante de la médiation conventionnelle¹ est reconnue², il est de bon ton de s'intéresser à son expansion géographique. A cet égard, l'Afrique est un formidable laboratoire d'exploration dans la mesure où les anciennes « colonies françaises »³ restent arrimées à la tradition juridique métropolitaine. Or, il se trouve que contrairement à nombre de notions totalement importées, le droit précolonial négro-africain consacrait la justice amiable ; surtout il en avait fait le paradigme de résolution des conflits⁴. Malgré l'ancienneté de la conciliation⁵ en Afrique subsaharienne, les institutions locales proposant les modes alternatifs de règlement de conflits (MARC) ne semblent pas spécifiquement se tourner vers les valeurs ancestrales⁶.

Partant du constat qui précède, l'enjeu de l'étude de la médiation commerciale en Afrique peut être aisément déplacé du terrain philosophique⁷ vers les sphères du droit conventionnel. Il convient de préciser qu'il ne s'agit pas des normes interétatiques, mais des règlements de médiation contemporains. Dans un univers mondialisé, la valeur de ces derniers s'apprécie automatiquement par une approche comparatiste. Dans ce sens, fort du parti pris de restreindre le propos aux pays de l'OHADA⁸, le parallèle avec les règlements de deux centres de médiation (CM) français⁹ est particulièrement indiqué en raison de la francophonie des pays de la Zone Franc¹⁰.

* L'auteur exprime ses sincères remerciements à Madame Sophie Henry (Secrétaire général du CMAP) qui a bien voulu transmettre quelques documents utiles à la rédaction de ce papier.

* Directeur de publication du JADA.

¹ Bien que la médiation contractuelle puisse se dérouler de manière *ad hoc* ou sous l'égide d'une institution de justice privée, cette étude se limitera aux processus de concertation institutionnels.

² Ph. Fouchard, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 95 ; M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, PUF, 5^{ème} édition, 2009, p. 8.

³ L'expression « colonies françaises » s'étend ici aux territoires qui étaient dans le giron de l'Allemagne avant la première guerre mondiale, ceux-ci seront successivement sous mandat SDN et sous tutelle de l'ONU. Il s'agit du Togo et de la partie orientale du Cameroun qui se verront respectivement appliquer le régime colonial de l'Afrique Occidentale Française (AOF) et de l'Afrique Equatoriale Française (AEF).

⁴ A. Dieng, « Approche culturelle des ADR en OHADA », article publié dans ce numéro ; F. Kiné Camara et A. Cissé, « Arbitrage et médiation dans les cultures juridiques négro-africaines : entre la prédisposition à dénouer et la mission de trancher », *Revue de l'arbitrage* 2009 n° 2, p. 285 ; P. Meyer, *OHADA - Droit de l'arbitrage*, Bruylant, 2002, pp. 9-11 ; L-D. Muka, « Les Gaulois, nos ancêtres ? Sur la circulation et l'influence du modèle français en Afrique noire francophone », www.ohada.com, OHADATA D-07-02, sp. 27-28).

⁵ Indépendamment de la distinction opérée par un certain courant doctrinal entre la conciliation et la médiation (M. Guillaume-Hofnung, op. cit., pp. 61-64 ; Ch. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des différends », RIDC 1997-2, p. 325 ; J.-Cl. Goldsmith, « Les modes de règlement amiable des différends (RAD) », RDAI 1996, p. 221), ces deux termes seront utilisés comme synonymes. Confirmant cette position, le préambule de Règlement de médiation du Centre d'arbitrage de Médiation et de Conciliation de Ouagadougou (CAMC-O) et l'article 2 du Règlement de médiation du Centre d'arbitrage de Médiation et de Conciliation (CAMC) de Dakar énoncent expressément que le terme « médiation signifie conciliation et toute autre appellation dans la mesure où les parties acceptent de se soumettre à ce règlement ». E. Jolivet, « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : arbitrage CCI et procédure ADR », *Gazette du Palais*, 16 et 17 novembre 2001 n° 320 à 321, p. 1783, abonde dans ce sens en notant que le Règlement ADR de la CCI ne discrimine pas la médiation de la conciliation. V. aussi, H. Croze, C. Morel et O. Fradin, *Procédure civile. Manuel pédagogique et pratique*, Litec, 4^{ème} édition, 2008, pp. 223 et 226. T. Clay (« Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », D. 2009, pan. 2959) remarque que la Cour de cassation française a apporté sa touche personnelle à la neutralisation de la distinction de la conciliation et de la médiation. Par un arrêt de sa première Chambre civile (08 avril 2009, Bull. civ. I n° 78, D. 2009, AJ. p. 1284, obs X. Delpech), elle a étendu la force obligatoire de la clause médiation à la clause de conciliation.

⁶ La plupart des formations en médiation commerciale à destination des centres africains de médiation basés dans l'espace OHADA ont été réalisées par des institutions occidentales sans associer quelque « sage négro-africain » afin d'intégrer les traditions et les valeurs locales. Pour mémoire, convient-il de citer la formation des 60 premiers médiateurs du CAMC par la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke du 21 au 25 avril 2008. Pour sa part, le CAMC-O a sollicité les soins du Centre de Commerce International (CCI) de la CNUCED pour organiser une session de formation à la médiation commerciale destinée aux gestionnaires des centres africains d'arbitrage et de médiation tenue à Ouagadougou du 27 au 31 octobre 2008. Quant au Centre d'Arbitrage de Médiation et de Conciliation (CAMeC) de Cotonou, il a bénéficié de l'expertise conjointe d'Éducadroit (une institution canadienne) et de l'Université de Sherbrooke du 11 au 15 mai 2009. Au-delà des formations précitées, le CAMC-O et le CAMeC ont bénéficié de l'assistance du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) dans le cadre d'une formation à l'arbitrage, à la médiation et d'une aide à leur création d'un centre de médiation et d'arbitrage entre 2005 et 2008. Ces missions conclues par une conférence sous-régionale sur le thème « Médiation, arbitrage et justice en Afrique », ont été conduites par des experts français.

⁷ Pour détails sur analyse philosophique de la médiation en Afrique, lire A. Dieng, « Approche culturelle des ADR en OHADA », op. cit. ; F. Kiné Camara et A. Cissé, « Arbitrage et médiation dans les cultures juridiques négro-africaines : entre la prédisposition à dénouer et la mission de trancher », op. cit.

⁸ Seuls les Règlements de médiation de la Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI), du CAMC, du CAMC-O et du CAMeC (le Règlement du CAMeC porte le nom de Règlement ADR) seront étudiés ici malgré l'existence d'autres structures dans plusieurs pays.

⁹ Il s'agit du Règlement de médiation du CMAP et du Règlement ADR de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Il importe de préciser que cette dernière comme son nom l'indique a un ancrage international très important à la différence du CMAP dont 89 % des dossiers concernent des justiciables français (Sources : Statistiques 2008 du CMAP). De plus, bien que le Règlement de la CCI s'étende à plusieurs ADR, il sera baptisé alternativement Règlement de médiation.

¹⁰ La Zone Franc regroupe 14 pays d'Afrique noire (Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo), les Comores et la France. La Zone Franc est née de la volonté commune de ces pays de créer un cadre institutionnel devant contribuer à la stabilité du cadre macroéconomique. A l'exception de la France, tous les pays de la Zone Franc sont membres de l'OHADA, il faut leur ajouter la Guinée et le nouveau venu, la République Démocratique du Congo. Dans cet ensemble d'Etats,

A la différence de l'achoppement droit hexagonal / législation OHADA qui peut aisément se faire par bloc homogène, l'étude franco-africaine des règlements de médiation révèle une réalité plurielle. L'autonomie des centres de médiation¹¹ est à l'origine de cette diversité, chacun des organes élaborant les règles qu'ils jugent appropriées. Il en découle que le contenu d'un règlement de médiation ne varie pas en fonction de la nationalité de l'institution qui l'élabore, mais de la perception que son auteur a de la conduite d'une conciliation. Peut-on pour autant conclure à l'inexistence d'un fil d'Ariane universel qui innerve les mécanismes de pacification des conflits commerciaux ?

Une observation attentive de la pratique de la médiation en Hexagone et en Afrique aboutit à la conclusion de l'identité des étapes. Ce dénominateur commun qui traduit une semblable conception de l'instance de médiation certes teintée de nuances marginales (II), n'occulte pour autant en rien le contraste quant à la phase introductive de la procédure (I).

I. UNE APPROCHE CONTRASTÉE DE LA PHASE INTRODUCTIVE

Comme l'arbitrage, la conciliation débute par deux séquences essentielles que sont le dépôt d'une requête auprès d'un CM et la désignation du tiers en charge du litige. L'analyse du démarrage d'une procédure de conciliation à l'aune des règlements CACI, CAMeC, CAMC, CAMC-O, CCI et CMAP révèle un paysage dualiste, on oscille entre convergence quant au déclenchement de la médiation (A) et variations sur le mode de nomination du médiateur (B).

A. La convergence quant au déclenchement de la médiation

Prima facie, il importe de noter qu'à l'image de tout mécanisme de justice amiable, la médiation est une alternative au règlement contentieux des différends (1), postulat qui induit par ricochet le consentement des parties (2).

1. Une alternative à la procédure contentieuse

Au-delà des considérations théoriques qui présentent la conciliation comme un palliatif à la justice conflictuelle¹², généralement les règlements de médiation contiennent des textes relatifs aux rapports entre la médiation et l'arbitrage¹³. Dans cette optique, le préambule du Règlement ADR de la CCI (RCCI) prévoit *in limine* que la conciliation « ...peut intervenir avant ou pendant une procédure étatique ou arbitrale ». L'article 1.2 (b) du Règlement CMAP (RCMAP) abonde dans un sens similaire, il stipule qu'une médiation peut être proposée aux parties ayant introduit une demande d'arbitrage quand cela paraît nécessaire¹⁴. Avec une lettre plus détaillée, les articles 2.2 à 2.4 du

seuls la partie occidentale du Cameroun (anglophone), la Guinée Bissau (lusophone) et la Guinée Equatoriale (hispanophone) ne sont pas francophones.

¹¹ La quasi-totalité des centres de médiation de l'espace OHADA sont des émanations des Chambres de commerce et d'industrie nationales, il en est de même pour le CMAP qui a été créé par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (CCIP). Quant à la CCI, elle est une institution réunissant les milieux d'affaires à l'échelle mondiale.

¹² Bien qu'une procédure de règlement amiable puisse être engagée dans le cadre d'une action judiciaire, les Règlements CACI, CAMC et CAMeC ne font pas cas de l'arbitrage à la différence du CMAP et de la CCI. En ce qui concerne le Règlement du CAMC-O, il est autant muet sur la médiation judiciaire que sur celle qui intervient au cours d'un arbitrage. Le silence généralisé des règlements africains au sujet de la médiation judiciaire est dû au fait que les codes de procédure civils locaux confient la médiation judiciaire au juge, alors qu'en droit français, l'article 131 du Code de procédure civile lui demande de désigner une tierce personne à cet effet. P. M. Wolrich (« Le Règlement ADR de la CCI : le dernier né des services de règlement des différends de la CCI », Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Supplément 2001, p. 7, sp. 10-11) souligne la complémentarité du Règlement ADR de la CCI avec l'arbitrage.

¹³ Dans le cadre cette étude, les liens entre arbitrage et médiation se limiteront à leur ordre de succession, la question de leur combinaison en tant que technique de règlement des litiges ne sera pas abordée ici. Sur ce point, v. L. Jaeger, « Interactions entre arbitrage et médiation », article publié dans ce numéro ; E. Bertrand, « Arbitrage et médiation, l'impossible conciliation », RDAI 2001-2, p. 133 ; T. Clay, « L'arbitre peut-il avoir été précédemment conciliateur ? », D. 2004, Somm. p. 3180. Sans entrer dans le détail du problème, il importe de remarquer que les Règlements CACI (article 13), CAMC (article 14), CAMC-O (article 7), CAMeC (article 5.3) et CCI (article 7.3) s'accordent pour interdire au médiateur d'occuper ultérieurement les fonctions d'arbitre pour trancher le litige non réglé amicalement. Tout en suivant la logique des textes précités, le Règlement CMAP fait preuve d'une certaine souplesse, son article 7.9 autorise les parties à passer outre la proscription de la succession des fonctions d'arbitre et de médiateur. L'article 7.11 du Règlement CMAP abonde dans un sens voisin, il permet aux parties d'un litige international de demander aux tiers de devenir arbitre. Le rappel de la norme posée à l'article 7.9 par l'article 7.11 se justifie probablement par la volonté de faire ressortir la conformité du texte du CMAP à des droits étrangers et aux spécificités de l'ordre public international.

¹⁴ Dans les suites de la Cour de cassation française (Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, Bull. 2003 I, n° 21, p. 16), il importe de noter que l'accord donné pour la mise en œuvre d'une médiation n'emporte pas, à défaut de manifestation de volonté claire dans ce sens, renonciation à l'arbitrage

Règlement CAMEC (RCAMEC) reprennent en écho concordant le principe de la possibilité de novation de l'arbitrage en médiation sous réserve de succès de celle-ci, les parties pouvant retourner devant les arbitres en cas d'échec. Pour sa part, le préambule du Règlement du CAMC (RCAMC) énonce *in fine* que si la médiation échoue, les parties peuvent se tourner vers l'arbitrage. L'article 15 du Règlement CACI (RCACI) suit la ligne tracée par le RCAMC, il indique qu'en présence simultanée d'une clause de médiation et d'arbitrage CACI, les parties peuvent engager un arbitrage au terme d'une tentative infructueuse de rapprocher les positions contradictoires. A la différence des autres règlements, l'article 1 du Règlement du CAMC-O (RCAMC-O) se contente de poser qu'il s'applique pour une solution concertée des différends. Toutefois, il est difficile d'imaginer que le CAMC-O refuse d'organiser une médiation sollicitée par les parties à un arbitrage, même chose pour la CACI et le CAMC qui n'ont pas prévu de textes portant sur le passage d'une instance arbitrale à une conciliation.

La situation se complique lorsque la procédure conflictuelle est portée devant une autre institution, ce qui en pratique devrait rarement se présenter. En toute logique, il est fondé d'arguer que les justiciables d'un arbitrage institutionnel s'adresseront naturellement à l'institution chargée de l'administration de leur conflit. En revanche, quand l'affaire est confiée à un organisme qui ne propose pas la médiation, à l'instar de la CCJA, il ne devrait pas y avoir de problèmes majeurs de collaboration, de même pour les arbitrages *ad hoc*.

Malgré les imperfections des textes CACI et CAMC¹⁵, il n'est pas excessif d'affirmer que la conciliation est conçue comme un préalable ou un complément à une procédure arbitrale¹⁶, ce qui ne renvoie pas à une règle de priorité obligatoire sauf convention des parties¹⁷. Synthétiquement, il s'agit de faire sien la maxime selon laquelle « un accord a minima est meilleur qu'un jugement ou une sentence favorables »¹⁸.

et acceptation de la compétence de la juridiction étatique. Par contre, en vertu des articles 11 RCAMC et 13 RCAMC-O, la saisine du centre de médiation interdit l'exercice de toute action judiciaire ou arbitrale pendant la durée de la médiation sauf nécessité de préserver un droit tel que la prescription. Il convient de noter que les articles 11 RCAMC et 13 RCAMC-O ne constituent pas des singularités notables, le recours à la médiation emporte par nature suspension de toute action contentieuse.

¹⁵ La rédaction de l'article 15 de la CACI ne pose pas clairement la possibilité de passer d'une procédure d'arbitrage à une médiation, il semble plutôt rappeler aux parties la disponibilité de la justice arbitrale qu'elles ont par ailleurs prévu. Ce rappel nous semble superfluet car le différend n'ayant été pas réglé à l'amiable, les litigants auront forcément à cœur d'entamer une procédure conflictuelle. Il en résulte que par application du principe de l'incompétence des juridictions judiciaires en présence d'une convention d'arbitrage, le conflit sera inéluctablement porté devant la CACI sauf renonciation des parties. La remarque précédente vaut pour le RCAMC à peu de choses près, son préambule invite les parties à insérer une clause de compromis dans l'accord de conciliation de telle sorte qu'une procédure arbitrale CAMC succède à l'impossibilité de s'entendre.

¹⁶ Dyalá Jiménez Figueres, « Le règlement amiable comme préalable à l'arbitrage dans les clauses d'arbitrage CCI : introduction et commentaire », Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI 2003, p. 77 – I. Vaugon, « La médiation commerciale, une alternative au système judiciaire », article publié dans ce numéro.

¹⁷ La force obligatoire des clauses de médiation préalable dépend essentiellement de leur rédaction, si la résolution amiable du conflit apparaît comme une simple faculté, alors la saisine immédiate d'un juge ou d'un tribunal arbitral est parfaitement légale. Cette position a été confirmée par la jurisprudence arbitrale, dans la sentence partielle CCI 1985 relative à l'affaire 4320 (sentence citée par E. Jolivet, op. cit., p. 1784), les arbitres ont estimé que pour que la phase de conciliation précède toute instance contentieuse, il faut que son caractère impératif soit expressément stipulé. En conséquence, lorsque la lettre de l'accord de conciliation révèle une intention ferme de solliciter un tiers avant toute procédure conflictuelle, le non respect de celle-ci constitue une fin de non recevoir. Après moult balbutiements jurisprudentiels (Cass. civ. 2^{ème}, 15 janvier 1992, *Brunet c Artige*, Revue de l'arbitrage 1992 volume 4, p. 646, note D. Cohen ; CA Paris 23^{ème} 24 septembre 1997, *Maurly c Chaplet*, Gazette du Palais 9-11 janvier 2000, p. 48) et controverse doctrinale (X. Lagarde, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », Revue de l'arbitrage 2000, volume 3, p. 377 sp. 386-387 ; A. Mourre, « La médiation en droit français : quelques points de repère jurisprudentiels et législatifs récents », Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Supplément 2001, p. 67, sp. 70-74), la Cour de cassation française (Cass. ch. mixte, 14 février 2003, *Poiré c/ Tripié*, note Ch. Jarrosson, Revue l'arbitrage 2003, n°2, 537) a finalement adopté la sanction de l'irrecevabilité de l'action introduite au mépris d'une clause de médiation préalable. Pour Ch. Jarrosson (« Médiation et droit des contrats », in *Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative*, Litec, 2005, p. 39) il serait plus indiqué de parler d'une « irrecevabilité en l'état », ce qui permet de considérer que le rejet de la demande ne met pas fin à l'instance. En revanche, lorsque la conciliation obligatoire tire son fondement de la loi, comme c'est le cas en matière de conflits sociaux, toute convention lui conférant un caractère facultatif est nulle (Cour d'appel de Niamey, ordonnance de référé n° 170, 22 juillet 2008, <http://juriniger.lexum.umontreal.ca/juriniger/publication.do?publicationId=1988>). Ceci dit, la conciliation n'est pas toujours obligatoire quand elle est d'origine légale, telle est la position de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation française dans un arrêt du 10 mars 2010 (pourvoi n° 09-10.344, LEXBASE HEBDO n° 387 du Jeudi 18 Mars 2010 - Edition privée générale). Dans cette affaire, les juges du fond avaient rejeté la fin de non recevoir invoquée par le preneur à bail, motif pris du défaut de saisine préalable de la commission de conciliation en application l'article L 145-35 du Code de commerce. Les magistrats supérieurs ont confirmé l'analyse des juridictions inférieures, car ils ont estimé que « l'article L 145-35 du Code de commerce ne prescrivant pas la saisine préalable obligatoire de la Commission départementale de conciliation avant celle du juge des loyers à peine d'irrecevabilité, la cour d'appel en a exactement déduit que la demande de la bailleresse était recevable ». Bref, le caractère contraignant de la médiation ne présume point, il est doit être explicitement énoncé.

¹⁸ Conscient des difficultés liées à l'exécution des décisions de justice, R. Perrot (« Les enjeux de l'exécution des décisions en matière civile. Rapport d'introduction », in *L'exécution des décisions de justice en matière civile*, Editions du Conseil de l'Europe, 1998, p. 9) note que « pour celui qui a gagné un procès, le jugement n'est qu'une étape importante certes, mais qui, en soi, n'est toujours qu'une satisfaction académique ».

L'inverse serait néfaste dans la mesure où lorsque les antagonismes sont exacerbés, tenter de rapprocher les adversaires est inutile¹⁹. En conséquence, cette phase amiable ne ferait que retarder l'étape conflictuelle et constituerait un prélude dilatoire et coûteux. Néanmoins, il est tout à fait possible d'envisager en premier lieu un mécanisme pacifique, avant de se tourner vers les procédures contentieuses à défaut d'accord le cas échéant. En tout cas, inciter les litigants d'un conflit arbitral ou judiciaire à une solution amicale relève du bon sens, sachant que liberté contractuelle exigeant, leur aval en est la condition *sine qua non*.

2. Une exigence de consentement

Outre le schéma parfait de la requête conjointe, la mise en œuvre d'une conciliation peut également être initiée par un ou plusieurs belligérants. Lorsque la demande de conciliation est unilatérale, il faut discriminer l'hypothèse de l'existence primaire d'une convention de médiation de celle où le processus est enclenché sans quelque accord. D'emblée, il faut retenir que l'approbation des autres litigants est nécessaire car il n'y a pas de médiation par défaut²⁰, l'essence de celle-ci résidant dans sa nature consensuelle. Le principal intérêt de la distinction requête collective / requête individuelle concerne la fin de la médiation. Dans la seconde conjecture la procédure s'interrompt par la seule désapprobation de l'adversaire du demandeur, ce avant toute recherche d'un compromis²¹. Toutefois, il convient de préciser que lorsqu'il y a une convention de médiation, le refus de participer à la quête d'une solution médiane empêche certes sa poursuite mais n'est pas exempt de sanction. La sanction reconnue par le droit prétorien c'est l'irrégularité de la saisine d'une juridiction arbitrale ou judiciaire²², l'allocation de dommages-intérêts étant réputée incertaine à cause de la difficulté à établir la preuve d'un préjudice²³.

Quoiqu'il en soit, les règlements s'accordent pour exiger que toutes les parties donnent leur assentiment à la prospection d'un accord mutuellement satisfaisant²⁴, d'où l'importance de la forme du consentement requis. En fait, il est particulièrement décisif pour les centres de médiation d'avoir la certitude qu'ils vont organiser la conciliation de personnes dont l'adhésion est totale. Il y va tant du succès de la médiation que de la crédibilité de l'institution saisie.

Quand une demande émane d'une ou plusieurs parties, en général la réponse positive des autres personnes concernées par l'affaire doit être donnée par écrit²⁵. Malgré leurs formulations différentes, l'article 2.B RCCI et l'article 3.2 RCACI procèdent d'un semblable esprit, ils se contentent d'un écrit

¹⁹ J.-Cl. Goldsmith (« Etude sur les modes de règlement alternatif / complémentaire des différends (RAD) rédigée par un groupe de travail », The American journal of international arbitration, 1993, vol 4, p. 413, sp 414) déclare fort opportunément que « ... la recherche de l'apaisement et du compromis en période d'affrontement est, en cas d'échec, de nature à retarder inutilement l'issue du litige ».

²⁰ Le Tribunal de première instance de Cotonou (Ch. civ. 1^{ère} n° 088 du 30 Octobre 2002, ch. com 2^{ème} n° 035 du 29 Juillet 2004, www.jurisprudencebenin.org) considère que le défaut de comparution à la tentative de conciliation obligatoire prévue par l'article 12 de l'Acte uniforme sur les procédures de recouvrement simplifiées et les voies d'exécution OHADA emporte échec de la médiation. Dans le même sens article 7.3 RCMAP.

²¹ Article 2. B.2 RCCI, article 4.2 RCMAP, article 3.2 RCACI, article 3.3 RCAMeC, article 6 alinéa 3 RCAMC, article 9.2 RCAMC-O.

²² De jurisprudence constante (Cass. civ. 1^{ère}, 08 avril 2009, Bulletin 2009, I, n° 78 ; Cass. civ., 30 octobre 2007, Bull. 2007, I, n° 329 ; Cass. ch mixte, 14 février 2003, Poiré c/ Tripiet, op. cit.), il est établi que l'invocation d'une clause de conciliation préalable constitue selon les termes de sa rédaction, une fin de non-recevoir qui s'impose au juge en application de l'article 122 du Code de procédure civile français.

²³ Certains auteurs (A. Mourre, op. cit., pp. 71-74 ; Ch. Jarosson, « Médiation et droit des contrats », op. cit., p. 38) avancent la complexité d'une condamnation à des dommages et intérêts pour violation d'une clause de médiation en raison de la difficulté à établir la preuve d'un préjudice, ce qui suppose que la responsabilité contractuelle repose sur l'existence d'un dommage. Or, cette question n'est pas tranchée en doctrine car d'autres auteurs estiment que le dédommagement du créancier se justifie du seul fait de l'inexécution. V. dans ce sens, Ph. Rémy, « la " responsabilité contractuelle ", histoire d'un faux concept », RTD. civ. 1997, p. 323 ; D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD. civ. 1994, p. 223. Cette conception de la responsabilité contractuelle a été reprise par la Cour de cassation française (Cass. civ. 3^{ème}, 30 janvier 2002, D. 2003, somm. p. 458, obs. D. Mazeaud). Pour casser un arrêt refusant d'accueillir la demande reconventionnelle d'un bailleur réclamant le paiement de réparations locatives, la juridiction supérieure avait estimé que ce dernier n'avait pas à fournir la preuve de quelque dommage. Pour D. Mazeaud, si la Cour de cassation affirme que le préjudice n'est pas une condition de la responsabilité contractuelle, ça veut dire qu'elle entend, peut-être, annoncer sa conversion aux idées émises par Ph. Tourneau (*La responsabilité civile*, Dalloz, 1982, spéc. n° 160) et développées par Ph. Rémy (article précité).

²⁴ Article 2 (B) RCCI, article 4.2 RCMAP, article 3.2 RCACI, article 3.1 RCAMeC, article 6 alinéa 3 RCAMC, article 9.2 RCAMC-O.

²⁵ Les articles 9.2 RCAMC-O et 4.2 RCMAP brillent par leur mutisme sur la forme de l'approbation donnée à une demande de conciliation unilatérale, ils semblent se satisfaire d'une acceptation, fut-elle tacite. Bien plus, les textes précités ne retiennent le refus d'engager la justice pacifique qu'en cas d'expiration du délai imparti pour répondre à la demande ou de refus explicite (nous soulignons). Il y a lieu de s'étonner sur le fait que le consentement puisse être donné par tout moyen tandis que le rejet doit être manifesté expressément. L'on pourrait croire qu'il s'agit d'une dérogation à la règle de l'inefficacité du silence en matière contractuelle, mais en réalité il n'en est rien. En fait, l'objectif est de maintenir la demande de médiation en l'absence d'une opposition exprimée avant l'expiration du délai de réponse. Plus surprenant encore est l'article 6 du RCAMC, il n'évoque point le consentement à la conciliation, il se borne à préciser que le CAMC a l'obligation d'informer le requérant par écrit de l'opposition de son contradicteur.

sans tout autre formalisme²⁶. Pour sa part, l'article 3.2 du RCAMeC impose la signature d'une convention lui octroyant compétence aux fins d'administration de la conciliation. Cette exigence d'un consentement scriptural n'induit pas la rédaction d'une formule particulière, elle suppose uniquement l'expression du désir de négocier.

Eu égard à l'essence volontaire de la médiation, le consensualisme aurait pu être la règle dans la mesure où on imagine mal un refus d'organiser une conciliation si par exemple, la partie non requérante, en guise de réponse propose le nom d'un tiers. Ce type d'attitude pose davantage de difficultés aux CM²⁷ qui ont besoin de se prémunir contre des revirements d'opinion. Il faut surtout garder à l'esprit la problématique financière liée au paiement des frais de la médiation²⁸. De toutes les manières, l'accord sur le principe d'un règlement concerté n'est pas suffisant, encore faudrait-il que le tiers soit nommé. Dans cette matière, les règlements de médiation s'illustrent par leur divergence.

B. Les nuances quant au mode de désignation du médiateur

Conformément à l'autonomie de la volonté régulièrement professée dans le cadre de la médiation²⁹, le choix du tiers devrait être le fait des parties, l'institution se contentant de prendre acte de leurs décisions. Cette idée conforme à la doxa majoritaire³⁰ ne se vérifie pas toujours dans les règlements de médiation ; elle est à rebours des textes qui n'hésitent pas à relativiser les prérogatives des sujets d'un règlement pacifique. La comparaison franco-africaine montre qu'à des degrés divers le CM joue en principe un rôle supplétif (1) ou actif de manière exceptionnelle (2) pour désigner le conciliateur³¹.

1. Le principe pluriel de la prépondérance de la volonté des justiciables

Lorsque la nomination du médiateur est à la charge des contradicteurs, il est unanimement admis que le centre de médiation a pour seule fonction d'entériner leur choix³². Toutefois, la possibilité de choisir le « sage »³³ n'emporte pas uniformité complète des règlements de médiation, elle ne s'applique pas *ne varietur*. Alors que l'article 5.1 du RCAMeC limite le choix du tiers à sa liste de conciliateurs³⁴, le RCCI ne fournit aucune prescription de cette nature, même chose pour le RCACI³⁵. Quant à l'article 7 du RCAMC, il paraît adopter un système hybride qui navigue entre désignation du

²⁶ La similitude entre le RCCI et le RCACI réside dans le fait que le premier parle d'une réponse écrite tandis que le second énonce les différentes sortes d'écrit dans lesquels le consentement doit être formulé. La concordance est parfaite entre le RCACI et le RCCI car la définition de l'écrit fourni par l'article 1316 du Code civil français est reprise *in extenso* par l'article 18 du Règlement n°15/2002/cm/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les états membres de l'Union Economique Et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA). A titre de rappel, le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire et le Sénégal dont sont issus les règlements africains utilisés pour cette étude sont membres de l'UEMOA. La seule précision à ajouter c'est la minutie du texte ivoirien, chacun des moyens prévus pour la réponse comporte la preuve de son expédition contrairement à la formule laconique du RCCI.

²⁷ Les parties ont aussi intérêt à avoir la preuve de l'opinion de leur interlocuteur, car les oscillations de position peuvent être utilisées comme des indices de mauvaise foi dans le cadre du règlement conflictuel du différend.

²⁸ Dans les processus de médiation, le principe du partage équitable des frais est appliqué, excepté convention contraire des parties (articles 11 RCACI, 15.1 RCAMC, 16 RCAMC-O, 4.2 RCAMeC, 4.5 RCCI, 8.3 RCMAP), ce qui implique que si les frais ont été payés par une partie, elle est en droit de réclamer sa quote-part à l'autre. Or, si une partie se désiste après avoir feint de vouloir dénouer amicalement le litige, le requérant aura de la peine à récupérer son dû même s'il s'agit simplement du droit d'enregistrement qui est en général irrépétitible. Dans le cas où seul l'auteur de la demande de médiation consent à payer, le CM peut avoir des difficultés à obtenir le paiement des frais imputables à l'autre partie si cette dernière argue qu'elle n'a jamais manifesté son adhésion à un règlement amiable.

²⁹ J.-P. Ancel, « Première ouverture » du colloque organisé à Paris et à Dijon par l'Association internationale de droit judiciaire, in *Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative*, Litec, 2005, p. 17 ; E.-A. Télémaque, « La médiation en propriété intellectuelle : un outil de prévention et de pacification des litiges à consommer sans modération », *Gazette du palais*, n° 69-71, 9 au 11 mars 2008, p. 8, sp. 9 ; M. Guillaume-Hofnung, « Le rôle de la volonté dans la médiation », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, p. 427, sp. 442-443.

³⁰ H.-J. Nougéin et al, *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Litec, 2004, p. 205.

³¹ Malgré le silence généralisé des règlements de médiation sur le choix d'une multiplicité de médiateurs, les parties peuvent en désigner plusieurs.

³² Article 7 RCAMC, article 10 RCAMC-O, article 5.1 RCAMeC, article 3.1 RCCI, article 5 RCACI.

³³ D'après Ph. Lemoult, « Le rôle de la médiation dans la société », *Les Cahiers du journalisme* n°18, printemps 2008, 112, sp 114, le « sage » en Europe était la personne qui devait restaurer la paix entre adversaires.

³⁴ G. Kenfack Douajni, « La portée abrogatoire de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial 2001, 28, sp 35, dénonce ce mode désignation également utilisé en arbitrage, il lui reproche d'embrigader le choix des arbitres à une liste préétablie en violation du sacro-saint principe de la liberté contractuelle si cher aux MARC.

³⁵ Les articles 5 RCACI et 3 RCCI ne posent aucune limite au choix du tiers par les parties, les centres de médiation prennent acte de la désignation sous réserve de la communication d'une déclaration d'indépendance.

médiateur sur la base d'une liste et libre choix en l'absence de celle-ci³⁶. En fait, la mixité n'est réelle qu'avec le RCAMC-O, son article 10 alinéa 1 prévoit que les parties choisissent leur médiateur sur la liste dressée par le centre. L'alinéa 3 du texte précité stipule que « les parties pourront désigner elles mêmes le médiateur pour confirmation par le centre ». Le bien fondé de l'alinéa 3 de l'article 10 RCAMC-O réside dans la volonté d'assouplir le régime de la nomination du médiateur, le recours à l'expertise d'un individu non reconnu par le CAMC-O pouvant s'avérer judicieux si les parties lui reconnaissent les talents de médiateur.

Les spécificités textuelles concernent également la suppléance au désaccord sur le choix du tiers, certains règlements autorisent le CM à en nommer un³⁷ tandis celui du CAMEC opte pour une toute autre démarche.

L'article 5.2 RCAMEC prévoit que quand la désignation du médiateur est de son fait, les parties disposent de dix jours à compter de la notification à elles faite pour se prononcer. Si elles rejettent la décision du CAMEC, une réunion de concertation sera organisée en vue d'une nouvelle désignation. Bien que cette méthode ait l'avantage d'associer pleinement les destinataires de la médiation, elle a paradoxalement l'inconvénient d'alourdir temporellement le processus. De plus, en voulant garantir la nomination consensuelle du médiateur, elle ne règle pas le problème de la persistance du désaccord à l'issue de la rencontre de concertation, sachant qu'il y a loin entre refus de participer à la médiation et mécontentement sur la personne du médiateur. A contrario, le système adopté par la CCI, le CAMC et le CAMC-O et la CACI a l'avantage d'éviter d'interminables échanges, il permet de mettre fin rapidement aux discussions qui peuvent parfois s'éterniser en raison de la méconnaissance des réelles compétences techniques attendues du tiers. Ainsi, le rôle des parties est restreint au seul pouvoir d'entériner ou de contester la désignation du conciliateur opérée par le centre de médiation³⁸. Cette réduction des prérogatives des litigants n'a rien de choquant, elle permet de remplir exactement la mission conférée au CM, à savoir veiller à une administration neutre et efficace du processus³⁹. Cette préoccupation légitime est probablement la motivation du CMAP qui confine les belligérants dans une posture résiduelle.

2. La prédominance exceptionnelle du centre de médiation

Le RCMAP laisse moins de place aux parties. Leur marge de manœuvre étant limitée à une faible participation dans le processus de nomination du tiers, elles interviennent en aval. Avec l'article 5.1 du RCMAP, les litigants se voient proposer un conciliateur par la Commission d'agrément et de nomination. Le système appliqué par le CMAP est semblable à celui mis en place par les systèmes libéraux pour suppléer l'incapacité à s'accorder pour nommer le tiers. La singularité du RCMAP réside dans le fait qu'il ne laisse pas aux parties la possibilité de s'entendre avant de reprendre la direction de la procédure de nomination. Tout se passe comme si *ab initio*, les contradicteurs étaient divisés, le CMAP devant alors choisir une personne en fonction de qualités humaines d'impartialité et de connaissances techniques inhérentes à la *res litigiosa*. Pourtant, il n'en est rien, le postulat retenu en l'espèce est celui de la nécessité d'une connaissance experte des critères de désignation du médiateur adéquat. L'expérience du centre de médiation plaide alors en faveur de sa compétence, ce qui explique le fait les parties préfèrent s'en remettre au choix du CMAP⁴⁰.

³⁶ Il convient de tempérer le caractère hybride du système du CAMC car la faculté de choisir librement un tiers en l'absence d'une liste est une règle de droit transitoire, elle relève d'ailleurs d'un certain pragmatisme car le CAMC a mis environ dix ans avant de former ses premiers médiateurs. La formation des premiers médiateurs ayant eu lieu du 21 au 25 avril 2008, il est fondé de penser que les tiers désignés antérieurement à cette date ne figuraient dans aucun répertoire sauf existence d'une liste composée de médiateurs externes.

³⁷ Articles 5 RCACI, 3.1 RCCI, 7 alinéa 1 RCAMC, article 10 RCAMC-O.

³⁸ Le pouvoir de récusation n'est pas illimité car l'article 6 (1). g RCCI permet de mettre fin à une procédure lorsqu'un médiateur idoine n'a pas pu être trouvé. Ce texte est particulièrement opportun car il constitue un moyen de pression sur les parties tel que la persistance du désaccord peut leur être fatale. Toutefois, il est facile d'imaginer que le service ADR de la CCI incitera les contradicteurs à s'entendre en raison des garanties de professionnalisme et d'indépendance exigées du tiers qu'il propose.

³⁹ C'est la technique utilisée par la majorité des règlements d'arbitrage, pour mémoire, citera-t-on les articles 8 du Règlement d'arbitrage la CCI, 10.2 du Règlement d'arbitrage du CMAP, 3.1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, 11 Règlement d'arbitrage du CAMC, 12.2 Règlement d'arbitrage du CAMC-O, 10 Règlement d'arbitrage de la CACI, 6 Règlement d'arbitrage du CAMEC.

⁴⁰ D'après le Secrétaire général du CMAP, dans 90 % des affaires, les parties préfèrent laisser la Commission d'agrément et de nomination du CMAP s'occuper du choix du tiers. En fait, eu égard au conflit qui amène les parties à engager une procédure de médiation, leur désaccord sur l'identité d'un tiers est assez probable. Il leur semble plus simple de remettre la désignation du médiateur entre les mains du centre, option qui est un gage de rapidité et d'efficacité du processus.

Toutefois, en guise de bémol, le RCMAP stipule que le choix peut se faire sur proposition des justiciables, sans préciser la portée de la faculté ainsi octroyée. S'agit-il de simples directives sur les aptitudes professionnelles du tiers ou de l'indication d'un individu ? Difficile de donner une réponse péremptoire à cette question, il est possible d'argumenter dans les deux hypothèses. Une première réponse militerait pour un pouvoir élargi des parties motif pris de l'absence de quelque coercition en médiation. Une seconde opinion consisterait à dire qu'en prescrivant la compétence du CMAP à titre principal, le RCMAP a entendu limiter l'action des litigants à fournir des orientations sur les compétences du médiateur. Quoiqu'il en soit, l'utilisation de l'expression « le cas échéant » par l'article 5.1 du RCMAP *in fine* révèle incontestablement le caractère accessoire de leur intervention⁴¹.

A l'image des autres règlements étudiés, le Règlement CMAP ne fait aucunement mention d'une seconde récusation, néanmoins il est possible de l'avancer en raison de l'importance de la volonté des parties pour la conduite d'une conciliation. Autant, il est inimaginable d'envisager une médiation conduite par une personne n'ayant pas la confiance des parties, autant il est utile de leur faire comprendre qu'elles ne peuvent indéfiniment rejeter les personnes qu'on leur propose.

En pratique, les responsables des centres de médiation devraient se charger de faire passer ce message avec la diplomatie requise pour le maintien d'un climat de négociation. La vraie énigme porte sur la responsabilité du centre qui décide d'interrompre une procédure en raison de la réticence persistante des contradicteurs. Sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil français, également applicable dans tous les pays ayant hérité du Code civil Napoléon⁴², le centre de médiation pourra s'appuyer sur l'exigence de bonne foi imposé aux contractants pour l'exécution du contrat existant entre lui et les parties⁴³. Il est donc compréhensible que la majorité des règlements de médiation n'intègrent pas le prolongement des discussions sur le choix du médiateur comme une cause d'interruption de la conciliation. Cette caractéristique commune s'étendant également aux vertus d'indépendance et de neutralité attendues d'un tiers⁴⁴, en métropole comme dans l'ex empire colonial négro-africain, celui-ci conduit le processus avec la même boussole.

II. UNE IDENTIQUE CONCEPTION DE L'INSTANCE DE MEDIATION MALGRE DES NUANCES MARGINALES

L'affinité téléologique entre les règlements de médiation se vérifie à la lumière des principes fondamentaux de la résolution amiable des différends (A), ce qui n'exclut pas quelques singularités superficielles (B).

A. Des principes directeurs communs

En France comme Afrique, le déroulement (1) et la fin (2) de la conciliation commerciale participent d'une similaire philosophie empreinte de libéralisme et de pragmatisme.

1. Quant au déroulement de l'instance

Le rapprochement des positions contradictoires est gouverné par deux normes cardinales que sont la souplesse et la confidentialité. La simplicité de la médiation se déduit naturellement de la grande liberté offerte aux parties, elles ont la latitude de déterminer les règles adéquates pour leurs échanges avec le médiateur. Dans ce sens, certains règlements de médiation autorisent les parties à les modifier, ce qui permet de fixer les canons de la discussion à leur convenance⁴⁵. Ainsi, le service

⁴¹ La pratique tempère la prépondérance du CMAP quant à la désignation du tiers, il arrive souvent que les parties lui demandent de leur communiquer plusieurs noms afin qu'elles prennent la décision elles mêmes. Le Secrétaire général du CMAP remarque dans cette hypothèse, les médiés reviennent souvent vers le centre motif pris de leur incapacité à s'entendre sur l'identité du *neutral*.

⁴² C'est le cas du Bénin, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire et du Sénégal dont sont respectivement issus le CAMEC, le CAMC-O, la CACI, et le CAMC. Cependant, contrairement aux autres pays, le Sénégal a adopté un code spécifiquement consacré aux obligations civiles et commerciales.

⁴³ L'article 5.5 RCCI demande expressément aux parties de coopérer de bonne foi.

⁴⁴ Article 6 RCACI, article 8.1 RCAMC, article 5 RCAMC-O, article 6.3 RCAMEC, article 3.2 RCCI, article 6 RCMAP. Il est important de noter que l'indépendance du médiateur varie en fonction de l'auteur de son choix, l'impartialité imposée aux personnes désignées par les centres de médiation est plus importante que lorsque la décision est le fait des parties. Ces dernières peuvent nommer une personne ayant de relations passées avec elles ou l'une d'entre elles. Cependant, comme le note si bien P. M. Wolrich (op. cit.) la validité d'une telle nomination est subordonnée à une information claire de tous les litigants sur ce point.

⁴⁵ Articles 3 RCAMC, 2 RCAMC-O.

« prêt à porter » se transforme sans difficulté aucune en une « prestation sur mesure »⁴⁶. Il arrive aussi qu'un règlement de médiation ne propose pas une méthode spécifique, il laisse alors le soin aux litigants d'exprimer leur option⁴⁷. Concrètement, cette tendance libérale se confirme par la faculté de choisir la langue, la ou les dates et le(s) lieu(x) de rencontre⁴⁸, schéma non retenu pour la première entrevue généralement organisée par le centre de médiation après consultation du tiers et des contradicteurs. Ceci dit, nouvelles technologies de la communication obligent, un contact physique n'est pas automatiquement nécessaire⁴⁹. La flexibilité ci-dessus décrite n'est pas la chasse gardée de la médiation, elle est consubstantielle aux MARC. Cependant, l'arbitrage se particularise par l'obligation d'échanges contradictoires⁵⁰, principe que le médiateur n'est pas tenu de respecter tant il dispose d'un large pouvoir de direction des débats⁵¹. L'article 6.1 du RCAMeC stipule d'ailleurs qu'il communique aux parties le lieu qu'il a fixé pour les rencontres.

Toutefois, le pouvoir de conduite des pourparlers conféré au *neutral* n'est pas absolu, il est obligé de préserver l'équilibre entre les parties⁵², c'est-à-dire veiller à ce qu'elles puissent présenter leurs attentes et positions en totale symétrie. Ainsi, malgré le caractère facultatif de l'assistance d'un avocat⁵³, il impartit au tiers de s'assurer que tous les belligérants bénéficient de la présence d'un conseil si l'un d'eux en possède, excepté renonciation de la personne esseulée. Pour ce faire, le conciliateur doit suivre la voie qu'il considère appropriée aux fins d'aboutir un accord⁵⁴, certains auteurs estiment à ce titre que son autorité naturelle doit lui permettre à défaut d'imposer, de proposer voire de suggérer les modalités d'organisation des discussions⁵⁵. Les besoins de la cause peuvent par exemple l'amener à entendre séparément les parties, procédé proscrit par la justice conflictuelle mais unanimement admis en médiation⁵⁶. Pour le tiers, le plus important dans la définition du *modus procedendi*, c'est rester fidèle aux impératifs déontologiques de neutralité et de facilitateur. Il lui appartient de créer un climat de confiance qui garantit que la négociation ne pourra pas devenir un couteau à double tranchant. Le meilleur moyen d'y parvenir est de préserver le contenu des tractations de quelque révélation.

Erigée en règle d'or, la confidentialité irradie complètement la recherche d'apaisement du litige, elle vise tant les parties que le médiateur. Selon des formules multiples, les règlements de médiation chantent en cœur l'hymne à la discrétion⁵⁷, une obligation légale de divulgation étant l'unique cause d'exonération⁵⁸. Le devoir de réserve se décline de manière dualiste, il vise à la fois l'interdiction de révéler toute information découverte à l'occasion de la médiation ainsi que l'impossibilité d'en faire usage dans une procédure conflictuelle. Le mutisme auquel sont soumis conciliateur et litigants, est une conséquence de l'inapplication du principe du contradictoire. En fait, le succès de la médiation est tributaire de la certitude que les informations peuvent être dévoilées au tiers en toute sécurité⁵⁹. Il s'ensuit que le *neutral* peut influencer l'attitude des parties par des suggestions qui infléchissent leur

⁴⁶ Le droit d'adaptation ouvert aux contradicteurs ne saurait être absolu, il vise uniquement les stipulations relatives aux modalités d'organisation des échanges permettant d'arriver à un compromis. Les clauses financières ne peuvent être laissées à l'appréciation des parties, cela contribuerait à dénaturer l'engagement des centres médiation. Les rapports entre les contradicteurs et les organismes de conciliation étant à titre onéreux, permettre aux premiers de modifier unilatéralement le prix consiste à vider la prestation des seconds de leur cause.

⁴⁷ L'article 5 du RCCI va dans cette direction en énonçant que les parties et le tiers doivent promptement manifester leur préférence pour un ADR, à défaut de choix elles auront recours à la médiation.

⁴⁸ Articles 7 RCACI, 9.3 RCAMC, 12.2 CAMC-O, 5.4 RCCI.

⁴⁹ P. M. Wolrich, op. cit., p. 20.

⁵⁰ Les articles 25 du Traité constitutif de l'OHADA, 26 de l'Acte uniforme sur l'Arbitrage et 30 du Règlement d'arbitrage de la CCJA considèrent que la violation du principe du contradictoire est une cause d'annulation de la sentence. En droit français, en vertu de l'article 1484 alinéa 4 du Code procédure civile français, la sentence encourt également la nullité. L'article 5.1(b) de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales de 1958 consacre également cette règle.

⁵¹ M. Armand-Prévost, « L'avocat, le juge, le médiateur », Petites affiches, 08 juillet 1998 n° 81, p. 19.

⁵² Article 7.1 RCMAP.

⁵³ Articles 7 RCACI, 9.4 RCAMC, 12.3 CAMC-O, 7 CAMEC.

⁵⁴ Articles 7 RCACI, 9.5 RCAMC, 12.4 RCAMC-O, 6.3 RCAMeC, 5.3 RCCI, 7.1 CMAP.

⁵⁵ H.-J. Nougéin et al, op. cit., p. 228.

⁵⁶ Articles 7 CACI, 9.5 RCAMC, 12.5 CAMC-O, 6.2 RCAMeC, 7.1 CMAP. Le silence du Règlement ADR de la CCI ne constitue pas une réticence à la possibilité des *caucus* (rencontre séparées avec le tiers) ; pour Y. Chaput (« Médiation et contentieux des affaires », in *Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative*, Litec, 2005, p. 93, sp. 109) la pratique des *caucus* concourt à une plus grande franchise. Dans le même sens, H.-J. Nougéin et al, op. cit., p. 231 ; G. Tarzia, « Médiation et institution judiciaire », in *Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative*, Litec, 2005, p. 19, sp. 25 ; L. Jaeger, op. cit.

⁵⁷ Articles 9 RCACI, 10 RCAMC, 8 RCAMC-O, 8, 10 RCAMeC, 7 RCCI, 7.1, 7.4 RCMAP

⁵⁸ A juste titre, l'article 9 RCACI permet de déroger à l'obligation de confidentialité lorsque la mise en œuvre de l'accord l'exige. L'article 7.4 RCMAP rappelle le caractère supplétif du devoir de réserve en matière de médiation puisqu'il autorise les parties à y renoncer mais de manière formelle.

⁵⁹ X. Lagarde, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », Revue de l'Arbitrage 2001-3, p. 423.

perception du conflit. Un tel comportement est contraire au règlement contentieux, le juge ou l'arbitre a interdiction de discuter individuellement avec les plaideurs afin de préserver son objectivité. Malgré les articles 21 et 1460 du Code de procédure civile français qui invitent le juge et l'arbitre à concilier les justiciables, la doctrine et la jurisprudence hexagonales sont hostiles au cumul des fonctions amiable et contentieuse⁶⁰. Comme en France, bien que les codes de procédure civile africains donnent pouvoir au juge de concilier les parties⁶¹, la médiation judiciaire reste faiblement pratiquée car les juges n'y sont pas toujours favorables⁶². Il a fallu attendre les textes de la décennie 1990⁶³ pour que la justice amiable intègre le corpus du Code procédure civile français⁶⁴. Au regard du fervent militantisme en faveur de la conciliation⁶⁵, il y a lieu d'espérer que les magistrats montreront une plus grande inclination à rapprocher les parties. Ce faisant, la fin des négociations deviendra leur préoccupation majeure, question dont le régime juridique fédère les règlements de médiation.

2. Quant à l'issue de la médiation

Brevitatis causa, le dénouement de la conciliation procède d'un schéma tripartite qui discrimine conclusion d'une transaction⁶⁶, incapacité à dégager un terrain d'entente et expiration du délai de négociation⁶⁷. Globalement, les règlements de médiation reprennent en substance le régime juridique de la transaction tel qu'il ressort du Code civil Napoléon, à savoir l'exigence d'un écrit⁶⁸, une homologation judiciaire du contrat étant toujours possible⁶⁹. Dans cette lancée, à côté des règlements de médiation qui limitent la conclusion de l'accord entre les parties⁷⁰, d'autres invitent le médiateur à participer à l'élaboration du procès verbal de conciliation, ce dans des proportions variables. Ainsi, l'article 9 du Règlement de la CACI requiert la signature du conciliateur accompagnée de celle des litigants et de celle de son Secrétaire général. En revanche, outre la rédaction des termes du consensus final, les textes du CAMC et du CAMC-O demandent aussi au tiers d'y apposer sa signature⁷¹. L'intervention du *neutral* est particulièrement opportune pour certifier que le contenu de la transaction reflète la volonté des parties, non seulement il peut être un témoin mais il peut également être le garant de la licéité du consensus⁷². Le silence des RCAMeC, RCCI et RCMAP n'est pas réhibitoyre à la participation active du tiers, en l'espèce la liberté contractuelle prévaut au même titre que lorsqu'il s'agit d'interrompre les tractations.

⁶⁰ L. Jaeger, op. cit. ; Ch. Jarrosson, « Note sous CA de Paris 28 mars 1991, Caisse régionale de garantie de la responsabilité professionnelle des notaires c/ Epoux Bruère et autre », Revue de l'arbitrage 1991, p. 473 ; D. Bensaude, « Note sous Cass.civ. 1^{ère}, 9 janvier 2007, Société fédérale du Crédit mutuel du Nord de la France c/ Banque Deluac et Cie ; Cass.civ. 1^{ère}, 9 janvier 2007, Société Caisse fédérale du Crédit mutuel du Nord Europe C. Banque Deluac et Cie », Revue de l'arbitrage 2007, p. 471 – T. Clay, « L'arbitre peut-il avoir été précédemment conciliateur ? », op. cit.

⁶¹ Articles 26 et suivants de la loi 2001-37 portant organisation judiciaire en République du Bénin, article 30 Code de procédure civile sénégalais de 1992, articles 451 et suivants du Code de procédure civile burkinabé du 18 mai 1999.

⁶² Les auteurs du *Rapport définitif du groupe de travail Magendie sur la médiation du 30 septembre 2008*, 30, affirmaient à ce propos que : « certains juges semblent réticents à se dessaisir d'un litige juridiquement complexe, la médiation est souvent perçue comme une délégation du pouvoir du juge et non comme une modalité du processus de conciliation ». *Mutadis mutandis*, la remarque précédente vaut aussi pour les magistrats africains. V. également, M. Guillaume-Hofnung, « La médiation judiciaire connaîtrait un développement plus lent que celui espéré », in *Rapport définitif du groupe de travail Magendie sur la médiation du 30 septembre 2008*, pp. 51-53.

⁶³ Il s'agit de la loi n° 95-125 du 08 février 1995 portant organisation des juridictions et procédure civile et du décret n°96-652 du 22 juillet 1996 sur les conciliation et médiation judiciaires.

⁶⁴ V. titre VI et titre VI bis du livre premier du Code de procédure civile français.

⁶⁵ Pour détails, lire *Rapport définitif du groupe de travail Magendie sur la médiation du 30 septembre 2008*, pp. 10-11.

⁶⁶ Les articles 756 à 760 du Code des obligations civiles et commerciales (COCC) du Sénégal reprennent la substance des articles 2044 à 2058 du Code civil français, textes en vigueur au Bénin, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire grâce à l'héritage colonial.

⁶⁷ Bien que la durée de la médiation soit abordée dans le paragraphe suivant, il convient de signaler à ce niveau que tous les règlements de médiation admettent la prolongation de la conciliation au-delà du de la durée fixée sous réserve de l'accord des parties.

⁶⁸ Articles 9 al 2 CACI, 13 CAMC, 14.2 CAMC-O, 9 RCAMeC, 6.1 (a) RCCI, 7.10 CMAP.

⁶⁹ A la différence des autres règlements de médiation muets sur la possibilité de requérir l'onction judiciaire pour conférer un caractère exécutoire à la transaction, l'article 15 RCAMC-O indique que la partie la plus diligente a la faculté de saisir le juge aux fins d'exécution forcée. L'article 33.3° de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution dispose justement que les procès verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ont valeur de titre exécutoire. Emboitant le pas au texte précité, la CCJA dans un arrêt du 27 mars 2008, affaire Société Côte d'Ivoire Telecom contre Société Loteny Telecom, *Cdrom Juriafrica Jurisprudence CCJA et Textes OHADA annotés*, refuse la qualité de titre exécutoire à une décision du Conseil des Télécommunications de Côte d'Ivoire (CTCI) motif pris des effets des décisions rendues par ce dernier. Partant d'une analyse de l'article 50 du Code des télécommunications ivoirien, les hauts magistrats africains concluent que « la décision du CTCI n'est qu'une simple résolution d'un conciliateur » car la compétence de conciliation ou d'arbitrage étant conférée au CTCI au premier degré, les parties peuvent à leur gré déférer leur litige à nouveau, soit devant un autre arbitre, soit devant une juridiction de jugement.

⁷⁰ Articles 9 RCAMeC, 6. 1 (a) RCCI, 7.10 RCMAP.

⁷¹ Articles 12 RCAMC, 15 CAMC-O.

⁷² Il s'agit d'éviter tout vice de consentement proscrié par l'article 2053 du Code civil Napoléon. Le COCC est silencieux sur les vices spécifiques à la transaction, il faut donc se reporter à ses articles 61 et suivants sur le régime général des conditions de validité du contrat.

L'obligation de négocier étant de moyens⁷³, les échanges peuvent être arrêtés par un litigant, le médiateur ou le centre de médiation. A l'exception du RCAMeC qui élude le rôle des parties⁷⁴, les règlements de médiation s'accordent pour défendre l'autonomie de la volonté et le pouvoir d'appréciation du tiers ou du CM⁷⁵. Malgré la diversité littérale des textes, la fin du processus obéit à un tronc commun constitué par le principe de la rupture *ad nutum* des négociations. Aucune justification n'est à fournir, la nature volontaire de la médiation ne prête pas à une analyse contraire, ce qui ne veut pas dire que les conciliateurs ou les centres de médiation peuvent *ex officio* clore un processus sur le point de déboucher sur un compromis. A l'inverse, il est légitime de mettre un terme à des discussions oiseuses car comme le dit l'adage populaire, « on ne donne pas à boire à un âne qui n'a pas soif ». C'est d'ailleurs un moyen de pression efficace contre la propension à la chicanerie ou à la surenchère, la personne qui fait délibérément durer les discussions pour épuiser la résistance de son adversaire connaît le péril de cette stratégie. En tout état de cause, le déroulement et l'issue de l'instance de conciliation sont conformes à l'impératif d'adaptation au cadre spatio-temporel, situation qui implique forcément quelques spécificités, aussi mineures soient-elles.

B. Des variations marginales

L'efficacité de la résolution amiable des différends est tributaire du temps qu'on y consacre, matière pour laquelle les règlements de médiation étalent leur divergence (1), ce qui les amène à énoncer des causes particulières en apparence de rupture de la concertation (2).

1. L'élasticité de la durée

Les différences quant à la durée de la médiation ne concernent pas seulement le délai de négociation, elles visent d'abord le principe de leur fixation. Les Règlements CAMC et CCI sont silencieux sur le sujet, ils laissent aux parties, de concert avec le tiers, le soin de déterminer l'intervalle de temps utile à l'évacuation du conflit. A la différence du mutisme complet du RCAMC, l'article 6.1(e) RCCI indique expressément que l'ADR prend fin à l'expiration du délai prévu par les parties. Il appert des développements précédents que la faculté de libre fixation du délai de négociation n'est pas uniforme, schéma reproduit pour la prévision d'un délai obligatoire. Les règlements de médiation qui enferment le processus dans une durée préétablie adoptent chacun une approche spécifique sur l'étendue de celle-ci, avec néanmoins une constance sur le mode de calcul du temps alloué à la pacification du différend. Excepté, l'article 14 du RCAMC-O qui fait courir le délai fixé à compter de la première réunion organisée par son Secrétaire permanent, les autres règlements retiennent la date de désignation du tiers⁷⁶. Aux quarante-cinq jours du CAMeC⁷⁷, les deux mois du CAMC-O⁷⁸ et du CMAP⁷⁹ et les trois mois de la CACI⁸⁰, il faut ajouter une potentielle prorogation qui peut être sollicitée de plusieurs manières. Les règlements CACI et CMAP montrent la prépondérance des CM à ce niveau, ce sont ces derniers qui décident de la prolongation des échanges avec l'accord des parties et du *neutral*. Sans limiter l'extension de la durée, l'article 7.5 RCMAP précise que le CMAP se réserve le droit de clore le processus au bout de six mois. L'article 7 RCACI quant à lui, exige un avis motivé du tiers pour autoriser la continuation des négociations pour une période qui ne peut être supérieure à cinq mois. Dans le sillage des règlements CACI et CMAP, le RCAMeC confie la décision de prorogation à son Comité d'arbitrage sans déterminer le rubicond à ne pas franchir. Plus libéral que tous les autres textes précédents, le RCAMC-O ne s'encombre pas d'une intervention du centre, les parties ou le médiateur peuvent demander le report de la fin de leurs échanges pour une limite maximale d'un mois.

Que l'encadrement temporel de la médiation soit libre ou préétabli, il n'en demeure pas moins que son principe participe d'une juridicisation des ADR alors que ceux-ci sont réputés s'affranchir des

⁷³ X. Lagarde, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », op. cit., pp. 387-389.

⁷⁴ L'article 9 du RCAMeC prévoit qu'à défaut de transaction, la concertation prend fin en cas de constat de non aboutissement de la médiation par le Comité d'arbitrage ou d'établissement ou par la rédaction d'un procès verbal de carence par le médiateur. Cependant, il ne faut pas exagérer l'importance de la stipulation ci-dessus évoquée car une analyse téléologique permet d'atténuer l'inhibition du pouvoir des parties. La carence de procès verbal ou le constat d'échec de la médiation dont parle l'article 9 RCAMeC ne surviennent qu'en raison de l'attitude des parties ou d'une déclaration explicite.

⁷⁵ Articles 13 RCAMC, 14 RCAMC-O, 9 CACI, 6 RCCI, 7.3, 7.5 et 7.6 CMAP.

⁷⁶ Articles 7 CACI, 6.4 CAMeC, 7.5 CMAP.

⁷⁷ Article 6.4 RCAMeC.

⁷⁸ Article 14 RCAMC-O.

⁷⁹ Article 7.5 RCMAP.

⁸⁰ Article 7 RCACI.

lourdeurs procédurales. Une voix autorisée observait parallèlement un assouplissement de l'arbitrage, tendance plutôt louable eu égard aux besoins des opérateurs du commerce international⁸¹. Cette fertilisation croisée entre arbitrage et médiation traduit le paradoxe de l'évolution actuelle des MARC, la comparaison de l'arbitrage avec les modes amiables l'oblige à revoir sa copie procédurale⁸² alors que la percée des *amicable dispute resolution* génère une poussée normative pour endiguer toute dérive inégalitaire⁸³. A multiplier les nuances sur la durée de la médiation, la diversité des règlements finit par déteindre sur son issue. Toutefois, à bien lire entre les lignes, on se rend compte qu'il s'agit davantage de virtualité.

2. Les causes apparemment spécifiques d'interruption de la médiation

A force de s'arrêter sur les avantages de la conciliation, l'on finit par oublier sa problématique financière alors que les institutions qui s'en chargent proposent des prestations onéreuses. Il en résulte que pour ne pas être pris au dépourvu, certains centres de médiation prévoient la fin de la médiation en cas de non versement des sommes dues au titre de provision pour honoraires du conciliateur et des frais administratifs⁸⁴. Plus exactement, il ne s'agit pas de la provision initiale dont le défaut de paiement empêche le lancement du processus⁸⁵, mais des sommes réclamées suite à une réévaluation du coût du processus. Bien que les autres règlements de médiation contiennent des clauses financières, ils ne les incluent pas dans le chapitre relatif à la fin de la médiation. Or, compte tenu du fait que tous les textes considèrent le paiement effectué au début de la conciliation comme une simple provision, il y a lieu de s'interroger sur l'originalité des stipulations extinctives du processus pour défaillance financière des contradicteurs.

En effet, conformément à la condition résolutoire inhérente à tout contrat synallagmatique⁸⁶, les centres de médiation ont le droit de réclamer la rupture judiciaire du contrat qui les lie aux parties, motif pris de l'absence d'exécution de la contrepartie économique de leurs obligations. La jurisprudence leur a simplifié la tâche en validant la résolution unilatérale du contrat en cas de manquement grave du débiteur⁸⁷. Il convient toutefois de préciser que la doctrine n'est pas univoque sur les conditions de mise en œuvre de la règle prétorienne de résolution unilatérale, d'éminents auteurs estiment que l'inexécution suffit à constituer le manquement grave requis par la jurisprudence⁸⁸. En écho discordant, d'autres plumes expertes estiment que les juges du fond doivent « rechercher en quoi le comportement du débiteur présente la gravité requise pour permettre au créancier de rompre lui-même le contrat sans risque de dommages-intérêts »⁸⁹.

Fort de ce qui précède, il est aisé d'inférer que le problème n'est pas celui du droit de mettre fin à la médiation mais de la modalité utilisée à cet effet. En pratique, les centres de médiation ne sollicitent pas le juge pour délier la relation contractuelle avec leurs clients, ils décident de leur propre chef de la clôture de l'instance. Cependant, la sauvegarde de leur image les conduit souvent à adopter une attitude conciliante avant de prendre une décision finale. Si d'aventure un justiciable engage des poursuites contre un CM, il peut être compliqué pour le CM de prouver la nuisance fondamentale du défaut de paiement⁹⁰.

⁸¹ Ph. Fouchard, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », op. cit., pp. 113-115.

⁸² Dressant un portrait peu glorieux du contentieux arbitral, B. Oppetit (*Théorie de l'Arbitrage*, PUF, 1998, pp. 10-11) notait que « dans un climat général de plus en plus délétère (...), les procédures arbitrales subissent un alourdissement et un renchérissement très sensibles : les manœuvres déloyales se développent et la bureaucratisation des grandes institutions d'arbitrage s'accroît ».

⁸³ P. Sanders, « L'utilité d'un cadre législatif », in *Les médiateurs en France et à l'étranger. Colloque du 17 novembre 2000*, Société de législation comparée, 2001, p. 29.

⁸⁴ Articles 13 *in fine* RCAMC, 12 *in fine* RCAMC-O, 6.1 (f) RCCI.

⁸⁵ Articles 15 alinéa 2 RCAMC, 16 alinéa 2 RCAMC-O, 4.2 RCCI.

⁸⁶ Articles 1184 du Code civil Napoléon encore vigueur en France et 105 du COCC.

⁸⁷ Cass.civ. 1^{ère} 13 octobre 1998, D 1999, 197, note C. Jamin. Dans la lignée de cette décision, la Chambre civile et commerciale de la Cour suprême du Sénégal dans un arrêt du 20 juillet 2005

([http://www.juricaf.org/Juricaf/Consultation.asp?CritereTerme=\\$r%E9solution%20AND%20\\$contrat&Page=1&TaillePage=20&ID_ARRET=174130](http://www.juricaf.org/Juricaf/Consultation.asp?CritereTerme=$r%E9solution%20AND%20$contrat&Page=1&TaillePage=20&ID_ARRET=174130)) a décidé que « la résolution peut opérer sans intervention du juge, lorsque l'inexactitude ou l'exécution fortement défectueuse du contrat, comme en l'occurrence, est telle qu'une solution immédiate s'impose ». Dans le même sens, l'article 281 alinéa 2 nouveau de l'Acte Uniforme sur le droit commercial général en OHADA dispose : « ..., la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls. La gravité du motif de rupture est appréciée par le juge compétent à la demande de la partie la plus diligente ».

⁸⁸ D. Mazeaud, « Note sous Cass.civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003, Société Fin. Laurent et ass », RDC 2004, p. 277.

⁸⁹ J. Mestre et B. Fages, « Résolution unilatérale d'un contrat : à quoi tient le comportement grave ? », RTD. civ. 2004, Chron. p. 89.

⁹⁰ E. S. Darankoum, « Le critère de privation substantielle, condition de la résolution dans la vente commerciale OHADA », Annales de la Faculté de droit de Dschang, 2002, p. 177.

Pour ne pas engager une résolution unilatérale à leurs « risques et périls »⁹¹, les règlements de médiation ont beau jeu de recourir à la technique usuelle des clauses résolutoires dont le maniement est moins délicat⁹². Les textes silencieux ont certes le défaut de laisser pendante une question potentiellement conflictuelle, mais cela ne retire pas aux CM le droit d'arrêter les pourparlers. Au total, le mérite de la minutie va aux règlements incluant des stipulations résolutoires sans que cela ne confère aux organismes dont ils émanent un droit ignoré par la loi. En fait de clarté, le RCCI peut être crédité d'une mention spéciale, il n'est point avare en détails même quand il s'agit de tirer les conséquences de l'impossibilité de trouver le médiateur idoine.

A cet effet, le RCCI se distingue par son article 6.1 (g) qui prévoit que le processus prend fin si la CCI notifie aux parties que selon son appréciation, la désignation d'un tiers n'a pu être faite ou qu'il n'a pas été raisonnablement possible d'en nommer un. Etant donné que nul autre texte ne se prononce sur le sujet, la question qui se pose avec acuité concerne les incidences juridiques de l'occurrence de l'hypothèse visée par l'article 6.1 (g) RCCI. Que se passe-t-il quand une structure chargée de mettre en place une conciliation ne parvient pas à désigner un médiateur ? Telle est précisément l'épineuse interrogation qui peut être posée à un juge.

La réponse à cette question dépend de la nature de l'obligation pesant sur le CM, est-elle de moyen ou de résultat ? La lettre et l'esprit des règlements de médiation amènent à la conclusion d'un engagement ferme, il ne s'agit pas de faire le nécessaire mais d'indiquer une personne⁹³. La qualification d'obligation de résultat n'épuise pas la difficulté car comme indiqué supra⁹⁴, le choix opéré par le centre de médiation ne devient effectif qu'avec le consentement des parties. Ainsi, la détermination des séquelles du défaut de nomination du médiateur dépend de l'origine de cette situation. Si les parties ont indéfiniment repoussé les propositions du CM, alors celui-ci peut valablement alléguer l'impossibilité d'exécuter le contrat⁹⁵. En revanche, si le centre de médiation ne parvient à choisir un conciliateur adéquat, hypothèse rarissime, il ne peut pas se désengager envers les parties surtout lorsque la requête introductive indiquait les qualités requises. Ce n'est que dans cette hypothèse que le RCCI est original car par application de l'autonomie de la volonté, la CCI est légitimement en droit de stopper la quête d'un arrangement pacifique du différend. Dans les autres cas, le fait du créancier, en l'espèce, les parties, exonère totalement le centre de médiation quand il est la cause exclusive de l'inexécution de la convention.

L'utilité incontestable d'un texte explicite n'induit pas l'interdiction de rompre pour les CM à règlements muets, elle facilite par contre la séparation des contractants bien que l'objectif ne soit pas celui-là quand on entre dans une relation conventionnelle. Il n'est pas donc excessif d'affirmer que le pointillisme du texte CCI fait mentir l'adage populaire selon lequel « le mieux est l'ennemi du bien ». Ce constat n'affaiblit pas le propos qui défend que la médiation repose sur une « approche du litige plus psychologique que juridique »⁹⁶. Parlant de psychologie, il est moment qu'un texte à l'instar de la directive européenne⁹⁷ soit adopté en zone OHADA afin d'inciter les magistrats à avoir une nouvelle philosophie du procès. Cette entreprise ne sera pertinente que si elle embrasse le temps, l'espace et la culture car le réflexe endogène est le gage de réussite de toute activité normative⁹⁸. A

⁹¹ La formule est tirée de l'arrêt du 13 octobre 1998 de la première Chambre civile de la Cour de cassation française (D. 1999, p. 197, note C. Jamin).

⁹² L'article 106 du COCC est porteur d'une grande flexibilité, il énonce que « sauf disposition légale contraire, les parties peuvent convenir expressément qu'à défaut d'exécution le contrat sera résolu de plein droit et sans sommation.

Elles peuvent convenir aussi que le contrat sera résilié de plein droit à dater de la notification au défaillant des manquements constatés à sa charge ».

⁹³ Articles 5 RCACI, 7 RCAMC, 10 RCAMC-O, 5.1 RCAMeC, 3.1 RCCI, 5.1 CMAP.

⁹⁴ V. le paragraphe consacré à la désignation du tiers.

⁹⁵ Il s'agit ici d'une saine application de la maxime *impossibilium nulla obligatio est*, l'article 7/2 de l'Avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats en donne une bonne illustration. Ce texte dispose qu'« une partie ne peut se prévaloir de l'inexécution par l'autre partie dans la mesure où l'inexécution est due à un acte ou à une omission de sa propre part ou encore à un événement dont elle a assumé le risque ».

⁹⁶ E. Loquin, « Synthèse », in *Les médiateurs en France et à l'étranger. Colloque du 17 novembre 2000*, Société de législation comparée, 2001, p. 105, sp. 110.

⁹⁷ Directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

⁹⁸ J.-L. Bergel, « La relativité du droit ? », *Revue de recherche juridique* 1986, n°3, 13. Parlant de l'élaboration d'un acte uniforme sur le droit des contrats en OHADA, P. Catala, « Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats », *Defrénois* 2008, p. 2365, affirme opportunément qu'« il est légitime que le droit africain des contrats soit rédigé par des africains ».

ce prix, le *jus africana* lentement mais sûrement relégué aux calendes grecques⁹⁹, sera le maître de céans dans la salle des banquets des sources du droit OHADA !

⁹⁹ Un courant doctrinal abondamment nourri note une insuffisante prise en considération du contexte socio-économique africain dans l'élaboration du droit OHADA. Pour détails, v. J. L. Vivier, « L'OHADA ou l'unification du droit des affaires africain », *Droit et patrimoine*, n° 72 Juin 1999, p. 41 ; P. Bourel, « A propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *D.* 2007, n° 14, p. 969. En sens contraire, P.-G. Pougoué et Y. R. Kalieu Elongo, *Introduction critique à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, Presses Universitaires d'Afrique, 2008, pp. 127-129.

LA GESTION D'UNE PROCEDURE D'ARBITRAGE : VUE D'UN OPERATEUR ECONOMIQUE OHADA

Alphonse Joseph BIBEHE*

L'arbitrage commercial international s'est progressivement développé pour devenir aujourd'hui le procédé universellement reconnu comme le mode le mieux approprié à la solution des différends commerciaux. La place grandissante faite à l'arbitrage aujourd'hui dans la pratique des affaires est également perceptible dans nombre de pays africains. En effet, les opérateurs économiques de ces pays et les investisseurs étrangers éprouvés par l'insécurité judiciaire, ressentent le besoin d'avoir à leur disposition, hormis la justice ordinaire, une diversité d'outils et de modes alternatifs de règlements de leurs litiges. En tant que mode privé de règlement des différends, par lequel les parties confient à une ou plusieurs personnes privées (arbitres) librement choisies par elles, l'examen de leur litige, l'arbitrage offre donc aux hommes d'affaires un cadre de règlement assez avantageux.

I. L'ARBITRAGE COMME MODE ALTERNATIF DE REGLEMENT DE LITIGES DANS LE CADRE OHADA

Outre les avantages classiques de la justice arbitrale (B), celle-ci représente une alternative aux diverses lacunes inhérentes aux juridictions étatiques (A).

A. Les tribunaux ordinaires et l'insécurité judiciaire

La liste de maux qui minent les tribunaux ordinaires en Afrique et qui justifient l'intérêt porté par les hommes d'affaires à l'endroit de l'arbitrage international ne peut être dressée de manière exhaustive. Cela dit les cas les plus récurrents sont :

1. La lenteur des procédures

La durée excessive des procédures juridictionnelles est sans conteste l'un des principaux griefs adressés par les justiciables. Des instruments universels et régionaux de protection des droits de l'homme rappellent au juge la nécessité de respecter un délai raisonnable¹. Bien que n'ayant pas été défini, le délai raisonnable signifie que le juge doit éviter une instance trop longue. Cependant l'on assiste toujours à des procès très longs, qu'ils soient administratifs ou judiciaires. Cette situation déplorable est de nature à pénaliser l'activité des entreprises ou des personnes physiques engagées devant des tribunaux ordinaires pour des litiges d'affaires.

2. La corruption du système judiciaire

Transparency International définit la corruption comme l'abus d'une position publique en vue d'un intérêt privé². La corruption judiciaire désigne ainsi toute influence indue sur l'impartialité du processus judiciaire, par tout acteur du système judiciaire. Elle concerne les policiers, les avocats, les procureurs, les juges, les gardiens de prison et tous ceux qui participent à la chaîne de prise de décision judiciaire. De manière générale, Transparency International situe la corruption dans le système judiciaire à deux niveaux : l'ingérence des autres pouvoirs (exécutif, législatif, économique, médiatique, militaire, ...) et les pots-de-vin.

L'ingérence politique se traduit autant par la menace, l'intimidation ou le simple soudoiment des juges que par la manipulation des nominations judiciaires, des salaires et des conditions d'emploi. Quant aux pots-de-vin, les fonctionnaires de justice peuvent extorquer de l'argent pour des tâches qu'ils sont de toute façon tenus d'exécuter. Les avocats peuvent exiger des honoraires supplémentaires pour accélérer ou repousser une affaire ou pour orienter leurs clients vers des juges connus pour rendre une décision favorable. Pour leur part, les juges peuvent accepter des pots-de-

* Consultant-expert en finance, intelligence économique et stratégique.

¹ Article 7. 1. d de la Charte Africaine des droits de l'Homme, article 9 alinéa 3 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) des Nations Unies.

² Définition disponible en ligne, <http://www.transparencybelgium.be/index.php?id=21&L=1>.

vin pour retarder ou accélérer une affaire, accepter ou rejeter une procédure d'appel, influencer d'autres juges ou, simplement, trancher une affaire dans un sens donné. Les cas de policiers qui falsifient les preuves justifiant des poursuites pénales sont légion. On constate que de plus en plus, les procureurs n'appliquent pas des critères identiques à toutes les preuves rassemblées par la police.

Une certaine forme de corruption manipule le système judiciaire pour aboutir à une décision injuste. Mais beaucoup versent des pots-de-vin pour diriger ou accélérer la procédure judiciaire en vue d'une décision qui peut s'avérer tout à fait juste.

Ainsi, la corruption dans les systèmes judiciaires en Afrique est endémique. Sur le plan économique, on peut observer une corrélation entre le niveau de corruption judiciaire et le niveau de croissance économique, vu que l'assurance d'obtenir l'exécution d'un contrat ou le règlement d'un différend est capitale pour les investisseurs et constitue la condition du développement et de la croissance des affaires.

3. Le laxisme du juge en Afrique

Le comportement du juge dans nombre de pays africains est empreint du laxisme habituel du fonctionnaire de ce continent. Il peut décider de classer des affaires sans suite et sans motif sérieux, de faire traîner les affaires au préjudice d'un justiciable. Ce dernier acte est le fait des manœuvres dilatoires orchestrées par des justiciables plus nantis pour essouffler leurs adversaires. C'est ainsi qu'avec la complicité de la partie réputée plus forte, la rédaction des décisions ou leur signification peut se faire de manière à ce que l'autre partie n'en prenne pas connaissance (livraison à la mauvaise adresse par exemple...).

B. Les avantages de la procédure arbitrale

Les avantages liés à l'arbitrage dépendent d'une foule de facteurs qu'il serait impossible d'énumérer ici. Comme en bien d'autres matières, les éléments factuels et les considérations propres à chaque situation donnée prohibent toute généralisation globale. Certains avantages se retrouvent toutefois dans la majorité des cas d'espèce.

1. La confidentialité

Il s'agit d'un des avantages importants de l'arbitrage qui conduit en pratique de nombreux hommes d'affaires à le stipuler dans les contrats. En effet, contrairement aux procédures étatiques qui sont publiques, les procédures arbitrales sont de nature privée. Cela signifie entre autre que sauf exceptions, n'importe qui peut assister aux audiences des tribunaux étatiques, y compris les représentants des médias. De même, tous les documents qui sont produits au dossier d'un tribunal étatiques sont en principe accessibles à tous. Il en va de même des témoignages, qu'ils soient rendus à l'audience ou versés au dossier après avoir été rendus hors de Cour.

On comprendra que le souci des parties de préserver la confidentialité de leur relation d'affaires et des difficultés qu'elles éprouvent au fil de celle-ci sera souvent un élément déterminant de leur décision de conclure une convention d'arbitrage, particulière lorsqu'il est prévisible qu'il sera nécessaire de mettre en preuve des informations et documents intrinsèquement sensibles, que l'on pense aux états financiers, aux déclarations fiscales, aux études de marché, aux plans d'affaires et perspectives de croissance, aux secrets commerciaux, aux listes de clients et aux projets de recherche et développement par exemple.

2. La célérité

Un autre avantage majeur réside dans la certitude relative qu'ont les parties de voir leur litige se résoudre définitivement au terme de la procédure arbitrale. En effet les sentences arbitrales sont finales et sans appels (cela est néanmoins assorti d'exceptions rares en pratiques).

Dans bien des cas, il résultera de cette absence de droit d'appel qu'une décision finale pourra être rendue en dernier ressort, même dans le contexte d'un litige complexe et aux enjeux importants, en beaucoup moins de temps que si la voie traditionnelle des tribunaux ordinaires avait été suivie.

3. La spécialisation

Comme vous le savez tous, la spécialité des magistrats siégeant au sein des tribunaux étatiques est le droit positif. Il va sans dire que leurs connaissances juridiques leur sont parfois d'un secours mitigé, lorsqu'ils sont appelés à trancher des litiges soulevant des questions hautement techniques, scientifiques ou relevant de spécialités autres que celle du droit.

Le recours à l'arbitrage permet aux parties de confier le soin de résoudre leurs différends à des arbitres versés dans le domaine de la spécialisation dont relève véritablement le litige. A titre d'exemple, un litige en matière de construction pourrait être soumis à des architectes ; un litige en matière de louage commercial pourrait être résolu par une formation de composée d'évaluateurs agréés ; un conflit entre actionnaires pourrait être tranché par des comptables et fiscalistes, etc.

Les avantages évoqués ci-haut peuvent toutefois être atténués ou carrément battus en brèche par divers événements et circonstances que les parties ne peuvent pas toujours prévoir à l'avance. Ce qui rend parfois la procédure d'arbitrage beaucoup plus contraignante qu'elle ne paraît.

II. LES CONTRAINTES DE LA PROCEDURE D'ARBITRAGE

La procédure d'arbitrage peut être empreinte de contraintes tant dans son organisation (A) que dans son déroulement (B).

A. Les contraintes liées à l'organisation de l'arbitrage

1. L'autonomie de la volonté des parties

La volonté des parties joue un rôle déterminant dans l'organisation et le déroulement du règlement des différends par voie d'arbitrage dans le domaine international. La volonté de recourir à l'arbitrage peut être présente, dès la négociation du contrat, si celui-ci comporte une clause d'arbitrage, ou s'exprimer au moment où le litige est déjà né, par la voie d'un accord particulier.

L'exercice de l'autonomie de la volonté des parties ne peut cependant revêtir un caractère souverain, voire libertaire. Elle a pour limite

- le respect de l'ordre public international qui impose notamment le rejet de la corruption, de la violence, des fraudes;
- les dispositions d'ordre public des pays où, le cas échéant, la sentence pourrait être annulée (pays du lieu de l'arbitrage par exemple) ou devrait être exécutée de manière contraignante, après autorisation (exequatur) du juge compétent du lieu de l'exécution;
- l'aptitude des parties à s'engager pour leur propre compte (leur capacité juridique), les pouvoirs de leurs représentants, ou encore la non-arbitrabilité de certains différends tant au regard des personnes que des matières concernées.
- La nécessité d'une convention d'arbitrage

Les parties peuvent manifester leur volonté de recourir à une procédure arbitrale par deux moyens :

- soit avant la naissance du litige, en stipulant une clause prévoyant qu'en cas de difficulté entre elles dans le cadre de l'exécution d'un contrat, le différend sera tranché par une juridiction arbitrale : cette clause spécifique incluse au contrat (ou prévue dans une convention qui renvoie au contrat principal) est appelée « clause compromissoire ».
- soit après la naissance du litige en rédigeant un accord soumettant le différend à l'appréciation d'un tribunal arbitral : ce document est appelé « compromis d'arbitrage ».

Dans la pratique, il est rarissime que les parties s'entendent après la naissance d'un litige pour soumettre leur différend à un tribunal arbitral. En règle générale, les procédures arbitrales sont donc mises en place en raison de l'existence d'une clause compromissoire préalable.

Dans la plupart des cas, les clauses compromissoires sont rédigées de façon minimaliste, les parties se contentant d'y indiquer le principe du recours à l'arbitrage et les modalités pratiques de désignation des arbitres ainsi que leur nombre. Dans une telle hypothèse, la pratique a développé la

technique du compromis après clause compromissoire : lors de la première audience du tribunal arbitral, les arbitres invitent les parties à conclure un compromis d'arbitrage qui complète la clause compromissoire en réglant les détails de la procédure à suivre devant le tribunal arbitral (notamment, les règles de tenue des audiences, le nombre de mémoires d'arbitrage à échanger, etc.).

3. Le choix des arbitres

Légitimement, les parties souhaitent que l'arbitre, ou les arbitres qui forment le tribunal arbitral, réunissent toutes les qualités, parfois contradictoires au demeurant. Indépendants, certes, mais aussi très avertis des intérêts, légitimes par définition, de la partie qui les a désignés. Compétents en droit, assurément, mais ouverts aux corrections du droit au nom de l'équité, en tout cas selon la conception que chaque partie a de celle-ci.

En pratique, le choix des parties portera d'abord sur la détermination du nombre des arbitres. Psychologiquement il est plus facile de proposer un nombre de trois arbitres. Chaque partie se sent rassurée si elle a pu désigner "son" arbitre, assimilé souvent, mais à tort, à un second avocat.

Tenant compte de ces facteurs, le Règlement d'arbitrage de la CCI a prévu qu'en cas de pluralité d'arbitres, chaque partie proposera le sien. Le troisième arbitre, qui assume la présidence du tribunal arbitral, est nommé par la Cour internationale d'arbitrage, à moins que les parties n'aient convenu d'une autre procédure³.

Comme le juge public, l'arbitre a envers celui qui l'a nommé un devoir d'ingratitude. En effet, les arbitres doivent être et demeurer indépendants vis-à-vis de toutes les parties tout au long de la procédure. La Cour internationale d'arbitrage de la CCI n'acceptera pas de les nommer ou de les confirmer s'ils n'attestent pas de cette indépendance. Ils pourraient être récusés si, de leur fait ou en raison des circonstances, ils venaient à perdre cette indépendance⁴. Celle-ci est d'abord, et tout naturellement, une disposition d'esprit, mais aussi, en pratique, l'absence de toute relation, familiale, professionnelle, financière ou autre qui pourrait raisonnablement, aux yeux des parties, compromettre cette indépendance.

Rassurées sur le principe de cette indépendance, les parties devraient, normalement, pouvoir s'en remettre à un arbitre unique lorsque ni la difficulté du cas ni son enjeu financier ne justifient d'exposer les coûts supplémentaires liés à la présence de trois arbitres.

Beaucoup d'arbitres sont des juristes de très haut niveau et lorsque le fond du litige est juridique, ils apportent une compétence déterminante; mais lorsque, pour trancher le litige, il convient de comprendre des faits très techniques (ce qui est fréquent dans les litiges d'affaires) leur compétence est limitée. On doit alors faire appel à des experts extérieurs au Tribunal arbitral.

4. Le choix des règles de droit

Il est fortement recommandé que le droit applicable soit inclus dans le contrat.

Le choix des règles de droit applicables au règlement des différends par voie d'arbitrage, tant en ce qui concerne le fond du litige que la procédure à suivre pour trancher ce dernier, revêt pour les contractants une importance particulière.

La règle de droit est fréquemment perçue par les parties comme une contrainte qui leur est extérieure, sinon étrangère. Il est dès lors nécessaire de souligner que les premières règles de droit qui régissent le contrat sont les dispositions elles-mêmes de celui-ci, dont les parties ont convenu et qui en forment la substance. Ces règles conventionnelles peuvent être prolongées, à titre supplétif, par les usages pertinents du commerce international.

Les dispositions matérielles du contrat ne peuvent cependant tout organiser. En outre, la détermination du contenu précis des usages comporte des incertitudes. Il peut dès lors s'avérer très utile, notamment dans un souci de prévisibilité, de faire complémentirement référence à un corps de règles préétablies, d'origine étatique ou autre, règles destinées à compléter ou à éclairer le cadre juridique du contrat.

³ Article 8 alinéa 4 du Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, article 3.1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

⁴ Article 7 du Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, article 4 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

L'observation de la pratique indique que dans la très grande majorité des cas les parties choisissent un droit d'origine étatique. Pareil choix peut-être l'objet d'une négociation âpre entre parties, chacune considérant qu'elle aurait avantage à ce que soit applicable le droit qu'elle connaît le mieux, son droit national le plus souvent. Par ailleurs, le choix des parties sur ce point est souvent le fruit d'un compromis avec d'autres éléments de l'organisation du règlement des différends, à savoir la détermination du siège de l'arbitrage et de la langue dans laquelle se déroulera celui-ci.

5. Le choix de la langue de l'arbitrage

La langue de l'arbitrage est un facteur qui devrait être apprécié de façon autonome plutôt que de servir de monnaie d'échange dans une négociation⁵. Il s'agit en effet d'un point d'un intérêt considérable, à la fois sur le plan des principes et du fonctionnement concret de l'arbitrage.

Le souci des parties devrait d'abord être ici celui de la cohérence. Il est raisonnable que la langue de l'arbitrage retenue soit celle employée dans les conventions que ces parties ont conclues.

Il serait aussi préférable que la langue choisie soit l'expression normale du droit dont l'application a été retenue, ce qui évite la transposition, souvent approximative, toujours délicate, des concepts d'un système de droit dans la langue d'un autre système.

Ce second point sera souvent difficile à rencontrer, compte tenu de la prépondérance actuelle de l'anglais comme langue de l'arbitrage commercial international. Cet état de fait oblige dès lors les parties à être particulièrement attentives à la qualité de la culture juridique des arbitres qu'elles envisagent de choisir.

Ici également des considérations pratiques doivent intervenir, en particulier celle du coût des traductions simultanées et de l'établissement de documents souvent très volumineux dans une langue différente du texte original.

En tout état de cause, il est vivement conseillé que la langue d'arbitrage soit indiquée dans le contrat qui lie les parties.

6. Le choix du siège de l'arbitrage

Délicate également est la sélection du siège de l'arbitrage, c'est-à-dire du lieu où, en droit, l'arbitrage est censé se dérouler. Les conséquences de ce choix sont importantes car il est de nature à influencer sensiblement le déroulement de la procédure arbitrale, tant sur le plan juridique, financier que pratique. En matière juridique, des règles particulières de procédure pourront s'imposer aux parties. En toute hypothèse, elles sont tenues de respecter les règles d'ordre public locales.

De plus, c'est auprès des juridictions compétentes du siège de l'arbitrage qu'une éventuelle action en annulation dirigée contre la sentence pourra être intentée. Sur le plan financier et pratique, le lieu du déroulement de l'arbitrage pourrait engendrer certaines contraintes de déplacements et de logistique dont le coût financier serait non négligeable. De même que l'activité des parties pourrait être bouleversée en raison de l'éloignement du siège de l'arbitrage.

Le fait est, cependant, que dans de nombreux cas, le choix du lieu de l'arbitrage répond apparemment à d'autres préoccupations. Sa fixation pourra être, par exemple, le résultat d'un marchandage contre la langue de l'arbitrage : une partie anglaise et une partie française s'accorderont, dans cette perspective, pour un arbitrage en anglais à Paris.

Rationnellement, le choix du siège de l'arbitrage devrait répondre à des objectifs de neutralité de l'environnement de la procédure et d'ouverture de la législation locale aux besoins spécifiques de l'arbitrage international. D'autres facteurs, tout à fait concrets, doivent être pris en considération : facilités d'accès, présence d'une infrastructure appropriée notamment en ce qui concerne les communications, l'enregistrement des débats, la traduction des interventions et des documents... et le coût de ces commodités.

⁵ E. Castineira et M. Petsche, « La langue de l'arbitrage : réflexions sur le choix des arbitres et l'efficacité procédurale », Bulletin de la Cour internationale de la CCI, vol 17 / N°1 2006, 34.

C'est notamment pour répondre à ce souci de coût qu'il est souvent prévu (les règlements de la CCI et de la CCJA contiennent d'ailleurs des dispositions en ce sens⁶) que des audiences et réunions puissent avoir lieu en d'autres lieux que le siège de l'arbitrage.

Conseil : Dans tous les cas de figure le lieu et la langue d'arbitrage doivent figurer dans le contrat liant les parties au litige.

7. Le coût de l'arbitrage

Le règlement des différends a un coût. Le problème est celui de valoriser au mieux les montants qui devront être affectés à leur solution.

La politique la plus positive que l'entreprise puisse mener est d'investir en prévention des différends par la qualité de la gestion contractuelle. Quels que soient les efforts de prévention, le litige peut cependant devenir inévitable. Vous vous rappellerez à ce moment qu'il n'y a pas de procédé de règlement qui, en soi, s'impose en toutes circonstances et qu'il existe des passerelles entre les différents procédés.

La comparaison, dans l'absolu, du coût des divers procédés de règlement des différends n'a dès lors guère de sens. La règle de base est que le coût doit être évalué par rapport aux enjeux du litige et rester sous le contrôle constant de l'entreprise qui le supporte.

Si, au départ des différents éléments de choix analysés précédemment, l'entreprise recourt à l'arbitrage commercial international de type institutionnel, elle sera amenée à exposer divers types de frais :

- les frais administratifs de l'institution et les honoraires et frais des arbitres. Les uns et les autres font l'objet de barèmes publiés et sont donc prévisibles;
- les parties auront également à engager les frais relatifs à leur défense, en ordre principal les frais de leurs avocats et autres conseils extérieurs;
- les parties ne perdront pas non plus de vue le coût de leur propre personnel affecté au traitement du litige.
- Les parties seront également attentives à la pratique, fréquente en arbitrage international, que les frais administratifs et les honoraires des arbitres sont mis à charge de la partie qui succombe. Cela dit, chacune des parties est tenue de verser en avance ces frais souvent appelés provisions sur frais.
- Le cas échéant, enfin, la partie qui l'emporte devra avancer les frais de l'exécution forcée à l'égard de la partie perdante, récalcitrante à l'exécution volontaire.

Dans ce contexte, on perçoit mieux l'intérêt des diverses précautions à prendre pour contenir ces frais. Plusieurs d'entre elles ont été signalées à propos de la mise au point de la clause arbitrale : choix des arbitres, des règles de droit applicables, du lieu et de la langue de l'arbitrage.

B. Les contraintes liées au déroulement de la procédure arbitrale : le cas de la CCI

Les parties disposent, si elles le souhaitent, d'une très grande autonomie dans le choix des règles qui gouverneront tant le fond du litige qui les oppose que le déroulement de la procédure. Cependant la règle de procédure CCI s'appliquera dans le cas d'un arbitrage qui lui est soumis. Pour donner un aperçu de la manière dont se déroule, dans les faits, un arbitrage, nous nous appuyons sur le règlement de la CCI, l'une des principales institutions mondiales d'arbitrage.

- La procédure s'ouvre par la demande d'une des parties (la demanderesse) adressée au secrétariat de l'institution. Pareille demande doit s'appuyer sur une convention d'arbitrage, décrire l'objet du litige et fournir les indications utiles à la mise en route de l'arbitrage. Copie de la demande est adressée par le secrétariat de l'institution à la partie mise en cause (la défenderesse) pour recueillir sa position sur la demande introduite, présenter ses observations sur la procédure à suivre et, le cas échéant, introduire elle-même une demande en riposte (demande reconventionnelle).

⁶ Article 14 alinéa 2 du Règlement d'arbitrage de la CCI, article 13 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

- Si de l'avis de l'institution, il existe apparemment (prima facie) une convention valable d'arbitrage, cette procédure peut être mise en route, quitte à ce que le tribunal arbitral, une fois constitué, se prononce sur sa propre compétence.
- La première étape de cette mise en route est la constitution du tribunal arbitral conformément aux dispositions arrêtées par les parties, ou à défaut de pareilles dispositions, par les procédures supplétives prévues au règlement applicable. Ces arbitres doivent être indépendants des parties et doivent conduire la procédure d'une manière impartiale. Sinon, ils pourraient être récusés.
- Lorsque les parties ont constitué la provision destinée à couvrir les frais de l'arbitrage (honoraires et frais des arbitres, frais administratifs de l'institution), le dossier est transmis au tribunal arbitral, formé d'un ou de trois arbitres.
- La première tâche de ce tribunal est d'arrêter l'organisation de l'arbitrage et de délimiter précisément le domaine du litige et les questions que les parties lui demandent de trancher. Tous ces points sont consignés dans un document appelé acte de mission (élément essentiel de toute la procédure d'arbitrage), que les parties sont invitées à signer avec le tribunal arbitral. Les parties devront scrupuleusement veiller à ce que l'ensemble de leurs préoccupations et prétentions y soient incluses. Le refus de signature d'une des parties ne fait cependant pas obstacle à la poursuite de la procédure, cependant il est préférable d'obtenir la signature de l'ensemble des parties. Au même moment le tribunal arbitral établit également un calendrier prévisionnel de ses activités.
- Le tribunal arbitral procède alors à l'instruction de la cause dans les plus brefs délais et par tous moyens appropriés. A cet égard, il prend connaissance des écrits des parties, il peut tenir des audiences, entendre des témoins, recourir à des experts. Il peut prendre des mesures provisoires ou conservatoires. Les audiences ne sont pas publiques, sauf accord du tribunal arbitral et des parties.
- Lorsque le tribunal estime que les parties ont eu la possibilité suffisante d'être entendues, il prononce la clôture des débats. La sentence rendue, parfois à la majorité⁷, doit être motivée. En ayant souscrit à l'application du règlement CCI, les parties se sont engagées à exécuter sans délai la sentence et sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer⁸. Pareille renonciation signifie en pratique qu'il n'y a pas d'appel possible contre la sentence devant un autre tribunal arbitral ou devant une instance judiciaire.

La sentence n'échappe cependant pas à tout contrôle des tribunaux étatiques. C'est ainsi qu'elle peut faire l'objet d'une demande en annulation auprès des juridictions compétentes du pays du siège de l'arbitrage. Par ailleurs, il est nécessaire, en cas de recours à la contrainte pour obtenir l'exécution de la sentence, d'obtenir préalablement l'autorisation des juridictions compétentes de chaque pays où pareille exécution doit avoir lieu.

C. Les difficultés relatives à l'exécution des sentences arbitrales

L'efficacité des jugements est certainement l'une des problématiques les plus importantes pour les praticiens du droit. Comment pourrait-on se satisfaire de jugements non exécutoires ? Les sentences rendues par les arbitres du commerce international, en tant que décisions de justice « privée » ont vocation à s'exécuter spontanément. Elles sont d'ailleurs couvertes par les conventions internationales, telles que la Convention de New York du 10 juin 1958 et celle de Genève du 21 avril 1961, qui se sont données comme objectif de faciliter la mise en œuvre des sentences arbitrales.

Mais si l'une des parties s'y refuse, la décision arbitrale, ayant l'autorité de la chose jugée mais pas la force exécutoire, devra faire l'objet d'une procédure d'exequatur. Dans ce cas, le juge d'exequatur s'assure de :

- L'existence d'une convention d'arbitrage ;
- l'effectivité d'un débat contradictoire ;
- la conformité de la décision du tribunal arbitral au regard du mandat qui lui a été confié ;
- et le respect de l'ordre public international.

Pourtant, l'appel purement dilatoire, à l'encontre de l'exequatur de la sentence étrangère n'est pas « un cas d'école ». La seule volonté de ralentir l'exécution de la sentence est une grave menace pour l'efficacité de l'arbitrage. C'est la raison pour laquelle les juges n'hésitent plus à sanctionner sévèrement de telles pratiques.

⁷ D'après l'article 25 du Règlement CCI, la majorité est exclue en cas d'arbitre unique.

⁸ Article 1482 du Code de procédure civile français.

Ce type de condamnation, en plus d'être la sanction d'un comportement « déloyal », est encore une marque du respect du juge étatique pour son homologue privé, l'arbitre. En veillant à l'obligation d'exécuter les sentences arbitrales, les juges français veillent également à l'efficacité de cette institution, qu'est l'arbitrage commercial international.

Il convient, in fine, de noter que la procédure d'exequatur telle qu'énoncée, ne peut concrètement s'appliquer que dans le cas où les parties ont des intérêts dans lieu de l'arbitrage. Dans le cas contraire, cet exequatur devra être soumis aux tribunaux d'un éventuel lieu où les parties auraient des intérêts. Dans ce cas, la partie vainqueur devra y recourir afin d'obtenir une ordonnance d'exécution. Une telle démarche entraîne des coûts supplémentaires non négligeables en termes de délais, frais de justice, avocat, traduction, déplacements etc.

CONCLUSION

La décision d'exclure la compétence ordinaire des tribunaux de droit commun dans un contrat doit toujours être le fruit d'une réflexion rigoureuse, à la lumière des circonstances et des éléments factuels particuliers à chaque cas où peut se poser la question. En cette matière comme en la plupart de celles qui impliquent la délicate tâche d'anticiper et régir les relations d'affaires, les décisions prises par automatisme peuvent facilement conduire au désastre. Il faut se garder de croire que ce qui a bien fonctionné dans un contexte donné peut produire les mêmes résultats dans chaque cas d'espèce pouvant subvenir.

ANALYSE COMPAREE DU DROIT DE L'ARBITRAGE OHADA ET DU DROIT INTERNATIONAL

GASTON KENFACK DOUJANI^{*}

Conçu dans l'optique de promouvoir le développement de l'espace OHADA à travers la sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques qui y ont cours, le droit OHADA accorde une place importante à l'arbitrage.

En effet, dès le préambule du Traité de Port Louis qui a créé l'OHADA, ses signataires proclament leur désir de « promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels ».

Par ailleurs, l'article 1^{er} dudit Traité énonce clairement qu'il a pour objet, entre autres, « l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ».

En outre, l'article 2 du même Traité mentionne l'arbitrage parmi les disciplines juridiques qui entrent dans le domaine du droit des affaires.

Outre le titre IV du Traité de Port Louis qui trace à grands traits l'arbitrage CCJA, le Conseil des Ministres de l'OHADA a adopté à Ouagadougou (Burkina Faso), en date du 11 mars 1999, l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (ci-après Règlement CCJA).

L'arbitrage OHADA repose ainsi sur un double support, puisqu'il est régi à la fois par l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et par le Règlement CCJA.

Une analyse comparée de l'arbitrage international et de ces instruments OHADA relatifs à l'arbitrage nous conduit à constater que si ceux-ci sont généralement conformes aux tendances internationales du droit de l'arbitrage (I), ils n'en présentent pas moins des divergences (II), qu'il est nécessaire de réduire, à défaut de les corriger, afin de rendre l'arbitrage OHADA davantage attractif et compétitif.

I. LA CONFORMITE DE L'ARBITRAGE OHADA AU DROIT INTERNATIONAL

L'arbitrage international est caractérisé par un libéralisme résultant des principes qui ont été, pour certains d'entre eux, forgés par la jurisprudence.

A titre illustratif, l'on visitera la jurisprudence française relative à l'arbitrage international, pour en dégager au moins deux principes, qui constituent des règles matérielles de l'arbitrage international et que l'on retrouve dans l'arbitrage OHADA : il s'agit du principe de l'autonomie de la clause compromissoire (A) et de celui de l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre (B).

A. L'autonomie de la clause compromissoire

L'autonomie de la clause compromissoire, ou plus généralement, de la convention d'arbitrage, s'entend d'une autonomie par rapport au contrat principal, que la clause compromissoire ou le compromis d'arbitrage a pour objet de soumettre à l'arbitrage.

Il en résulte que l'existence, la validité ou le maintien de la convention d'arbitrage ne dépendent pas du sort du contrat principal auquel se réfère cette convention.

Autrement dit, l'allégation que le contrat principal n'a pas été conclu, qu'il est nul, résolu ou résilié est sans effet sur l'efficacité de la convention d'arbitrage¹.

Se justifiant par le souci de ne pas priver les parties de toute possibilité de faire sanctionner leurs droits en cas d'invalidation du contrat principal, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire fut dégagé pour la première fois par la Cour de Cassation française dans l'arrêt

^{*} Docteur en droit, Magistrat Spécialiste en contentieux économique (ENM Paris), Ancien Membre de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI de Paris, Président de l'Association pour la Promotion de l'Arbitrage en Afrique (APAA), Sous-Directeur de la législation civile, commerciale, sociale et traditionnelle, Ministère de la Justice, Yaoundé – Cameroun.

¹ Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 134, p. 74.

Gosset du 7 mars 1963², à l'occasion du règlement d'un litige consécutif à l'exécution d'un contrat international.

Il ne semble pas superflu de citer l'attendu principal de cet arrêt Gosset, qui est conçu comme suit : « En matière d'arbitrage international, l'accord compromissaire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte ».

Il en résulte indiscutablement que le sort de la convention d'arbitrage ne suit pas nécessairement celui du contrat principal. Motulsky en a opportunément tiré la conséquence que la clause compromissaire est un contrat dans le contrat³.

Le succès du principe de l'autonomie de la clause compromissaire a débordé les frontières de la France, car on retrouve ce principe en droit anglais (*separability*) puis dans d'autres droits étrangers et dans de nombreux règlements d'arbitrage, sans compter la Convention de Genève de 1961, art. V 3.

Le législateur OHADA a aussi succombé au charme du principe de l'autonomie de la clause compromissaire. C'est ainsi qu'on retrouve ledit principe tant dans l'acte uniforme relatif à l'arbitrage, qui régit l'arbitrage de droit commun dans l'espace OHADA, que dans le Règlement CCJA.

En effet, l'article 4 de l'Acte uniforme sus-cité énonce que « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat ... ».

Pour sa part, l'article 10.4 du Règlement CCJA affirme que « sauf stipulation contraire, si l'arbitre considère que la convention d'arbitrage est valable et que le contrat liant les parties est nul ou inexistant, l'arbitre est compétent pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions ».

Malgré cette formulation quelque peu différente de celle plus claire de l'article 4 de l'acte uniforme relatif à l'arbitrage, cet article 10.4 du Règlement CCJA constitue l'affirmation du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage, avec la précision déjà relevée plus haut, qu'en cas d'invalidation du contrat principal ou malgré elle, l'arbitre s'appuiera sur la convention d'arbitrage pour déterminer les droits respectifs des parties et « statuer sur leurs demandes et conclusions ».

Le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage a donné lieu à son corollaire, qu'est le principe de compétence-compétence, lequel exprime le pouvoir de l'arbitre dont la compétence est contestée de se prononcer sur ladite compétence.

Le principe de compétence-compétence est, en effet, lié à celui de la séparabilité ou de l'autonomie de la convention d'arbitrage, d'autant qu'en cherchant à invalider la convention d'arbitrage, le plaideur conteste aussi, au moins implicitement, la compétence d'attribution de l'arbitre.

Or, permettant à l'arbitre de statuer sur sa compétence et sur la validité même de la convention d'arbitrage, le principe de compétence-compétence constitue un garde-fou qui met la convention d'arbitrage à l'abri des attaques dilatoires de certains plaideurs de mauvaise foi.

La Convention de Genève de 1961 explique clairement le principe de compétence-compétence en énonçant que « sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre dont la compétence est contestée ne doit pas se dessaisir de l'affaire ; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie » (article V-3).

A l'image du principe de l'autonomie de la clause compromissaire, le principe de compétence-compétence se trouve également reflété dans les instruments OHADA relatifs à l'arbitrage.

² J.C.P. 1963 II, 13405, note B. Goldman – D. 1963, p. 545 note J. Robert.

³ Motulsky – Ecrits - Etudes et notes sur l'arbitrage, pp. 160 -162.

C'est ainsi que l'article 11 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage pose que « le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence, y compris sur toutes questions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage ... », tandis que l'article 10.3 du Règlement CCJA stipule que « lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, à la validité ou à la portée de la convention d'arbitrage, la Cour, ayant constaté *prima facie* l'existence de cette convention, peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu. Dans ce cas, il appartiendra à l'arbitre de prendre toutes décisions sur sa propre compétence ».

Des développements qui précèdent, il apparaît qu'au regard des deux règles matérielles de l'arbitrage international que sont le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage et celui de compétence-compétence, le droit OHADA de l'arbitrage est conforme à l'arbitrage international.

On ne peut qu'en dire autant relativement à l'autre règle matérielle de l'arbitrage international qu'est l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre.

B. L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre

On se référera à nouveau à la jurisprudence française pour constater que la Cour de cassation française a écarté dans les arbitrages internationaux la prohibition de compromettre des personnes morales de droit public, qui est de règle dans le droit interne français de l'arbitrage, mettant ainsi en exergue la spécificité des besoins du commerce international.

Ainsi, dans l'arrêt San Carlo⁴, la Haute juridiction française s'est interrogée sur la question de savoir si cette prohibition générale « édictée dans les contrats internes devrait encore s'appliquer à un contrat international de droit privé, passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime », et a répondu par la négative, au regard de la loi du contrat.

Toutefois, la référence à la loi contractuelle présentant l'inconvénient de conduire à des solutions variables en fonction des contrats, la Cour de Cassation française affina la solution retenue dans l'arrêt San Carlo en affirmant péremptoirement plus tard, à l'occasion de l'affaire Galakis, que la prohibition de compromettre édictée à l'endroit des personnes publiques en droit français de l'arbitrage interne, n'est pas applicable « à un contrat international pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime »⁵.

Affinant davantage la solution ainsi retenue par la Cour de Cassation, la Cour d'Appel de Paris mit en avant les considérations d'ordre public, en prenant en compte l'idée que si la prohibition évoquée plus haut est conforme à l'ordre public interne de certains Etats, sa conformité à l'ordre public international est discutable.

C'est ainsi que dans un arrêt du 17 décembre 1991 rendu à l'occasion de l'affaire NIOC contre GATOIL, la Cour d'Appel de Paris décida, d'une part, que « l'ordre public international interdit à la NIOC de se prévaloir des dispositions restrictives de son droit national pour se soustraire a posteriori à l'arbitrage convenu par les parties ... » et, d'autre part, que « de même, GATOIL ne peut pas fonder sa contestation de la capacité et des pouvoirs de NIOC sur les dispositions du droit interne iranien alors que l'ordre public international n'est pas intéressé par les conditions fixées en ce domaine dans l'ordre interne ... »⁶.

Dans l'arrêt Société BEC Frères du 24 février 1994, la même Cour d'Appel de Paris énonçait que « la prohibition pour un Etat de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne et n'est pas d'ordre public international » puis, que « pour valider la clause compromissoire incluse dans un marché, il suffit de constater l'existence d'un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international »⁷.

Il apparaît que la règle qui interdit à l'Etat et aux autres personnes morales de droit public de compromettre, reprise par quelques législations modernes (belge par exemple) n'est valable qu'en droit interne, dans les systèmes qui distinguent l'arbitrage interne de l'arbitrage international.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 14 avril 1964, JCP II. 14406, note Level ; JDI 1965, p. 646, note B. Goldman.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1966, Galakis, JCP 1966 II 14794 note Ligneau, D. 1966, p. 575, note J. Robert.

⁶ Paris, 17 déc. 1991, GATOIL, rev. arb. 1993, p. 281, note H. Synvet.

⁷ Rev. arb. 1995, p. 227, note Y. Gaudemet.

Dans le système d'arbitrage OHADA, dont l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage n'opère aucune distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international, l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre est reconnue, l'article 2 de l'acte uniforme sus-évoqué stipulant que « les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Etablissements publics peuvent également être partie à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ».

Ce texte permet aux Etats parties et à leurs démembrements de renoncer à leur immunité de juridiction, même dans le cadre des contrats internes.

C'est ainsi que dans des contrats internes d'affaires conclus entre des personnes de droit privé et des Etats ou autres personnes morales de droit public de l'espace OHADA, sont insérées des clauses compromissaires renvoyant tantôt à l'arbitrage ad hoc régi par l'acte uniforme relatif à l'arbitrage et tantôt à l'arbitrage CCJA ou à tout autre système d'arbitrage institutionnel.

Le législateur OHADA ayant ainsi autorisé les personnes morales de droit public à renoncer à leur immunité de juridiction, peut-on en déduire que cette renonciation à l'immunité juridictionnelle emporte également renonciation, par ces personnes morales OHADA de droit public, à leur immunité d'exécution ?

Au regard des textes OHADA actuels, la réponse à cette question est négative ; ce qui constitue un point de divergence entre l'arbitrage OHADA et le droit international.

II. LA RUPTURE ENTRE L'ARBITRAGE OHADA ET LE DROIT INTERNATIONAL

Cette rupture résulte de l'application dans l'absolu par les juridictions étatiques de l'espace OHADA de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public (A), laquelle immunité doit pourtant être restreinte (B), pour mettre l'arbitrage OHADA totalement en phase avec le droit international.

A. Une conception absolue de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public

Il convient de mentionner que dans l'espace OHADA, l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public est instituée par l'article 30 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

Ledit texte s'énonce ainsi qu'il suit ; « L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelques qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec des dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elle, sous réserve de réciprocité.

Les dettes des personnes et entreprises visées à l'alinéa précédent ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat où se situent lesdites personnes ».

Sur la base de ce texte, des juridictions étatiques d'instance et d'appel officiant dans l'espace OHADA de même que la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont appliqué dans l'absolu l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public.

A titre d'exemple, on mentionnera cette affaire dans laquelle le juge social de la Cour d'Appel de Lomé ayant condamné la société Togo Télécom à payer la somme de 118.970.213 F CFA à des salariés pour licenciement abusif, ces derniers ont pratiqué saisie-attribution de créances entre les mains de diverses banques à Lomé (Togo), au préjudice de Togo Télécom.

Contestant ces saisies, la Société Togo Télécom a assigné les saisissants en main-levée devant le Président du Tribunal de Première Instance de Lomé, qui a fait droit à la demande de main-levée par ordonnance n° 425/03 du 13 août 2003.

Suite à l'appel interjeté par les créanciers saisissants, la Cour d'Appel de Lomé a confirmé l'ordonnance sus-évoquée, par arrêt n° 186/2003 du 26 septembre 2003.

Les créanciers saisissants ayant formé pourvoi devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage contre l'arrêt sus-indiqué de la Cour d'Appel de Lomé, la Haute Juridiction communautaire a rejeté ledit pourvoi.

Entre autres motifs, la Cour Commune s'est appuyée sur l'article 30 de l'acte uniforme cité plus haut, pour affirmer que les biens des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, sont insaisissables et que la société Togo Télécom étant une entreprise publique, ses biens sont insaisissables ; sur quoi, la Cour Commune souligna que la saisie-attribution pratiquée sur les comptes de Togo Télécom n'est pas fondée et n'a donc pas lieu d'être⁸.

Bien que cet arrêt de la Cour Commune soit conforme à la lettre de l'article 30 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, l'on peut regretter que la juridiction supranationale se soit abstenue d'être hardie et audacieuse sur l'application d'un texte appelé, ou mieux condamné, à être réécrit, au regard tant du droit comparé que des tendances internationales récentes en la matière.

En effet, l'on assiste de plus en plus à la restriction de l'immunité d'exécution des personnes morale de droit public et, si comme le proclame le préambule du Traité OHADA, l'on veut « garantir la sécurité juridique des activités économique afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement » dans l'espace OHADA, il est nécessaire de procéder à une réécriture de l'article 30 cité plus haut.

B. La nécessité de restreindre l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public

Le droit comparé et le droit international invitent à la restriction sus-évoquée de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public.

S'agissant du droit comparé, on mentionnera que la jurisprudence française a toujours procédé à la distinction des actes de gestion et des actes de service public de la personne morale de droit public pour restreindre l'immunité d'exécution de celle-ci.

Par ailleurs, sur le terrain même du droit de l'arbitrage, le juge français à tantôt jugé que « le recours à l'arbitrage selon le règlement de la CCI implique de la part de l'Etat qui a accepté de s'y soumettre, l'engagement d'exécuter la sentence conformément à ce règlement »⁹, et tantôt qu'« en souscrivant à des clauses compromissaires sans lesquelles à l'évidence des marchés n'auraient pas été conclus puis en s'y soumettant, l'Etat a ainsi accepté les règles du droit commun du commerce international ; qu'il a, par là même, renoncé à son immunité de juridiction et, les conventions devant s'exécuter de bonne foi, à son immunité d'exécution ... ».

Il en résulte que pour le juge français, la renonciation par l'Etat ou par toute autre personne morale de droit public à son immunité de juridiction vaut renonciation à son immunité d'exécution.

La Cour de Cassation française a réaffirmé à cette règle en incluant dans l'arrêt Creighton Limited du 6 juillet 2000 qu'au regard des « principes du droit international régissant les immunités des Etats étrangers, ensemble l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce International...l'engagement pris par l'Etat signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence impliquait renonciation de cet Etat à l'immunité d'exécution... ».

A côté de cette jurisprudence française, qui témoigne d'une bonne maîtrise du droit des immunités par le juge français, on mentionnera utilement que depuis le milieu des années 1970, les pays de

⁸ CCJA, 7 juillet 2005, aff. Aziablevi YOVO et autres c/Société Togo Télécom.

⁹ Cass. 9 juillet 1992, rev. arb. 1994, p. 133, note Ph. Tery.

tradition de la Common Law se sont dotés de législations spécifiques relatives aux immunités des Etats étrangers.

C'est ainsi que le Foreign Sovereign Law Immunities Acts des Etat-Unis (21 octobre 1976 et ses amendements du 9 novembre 1988,) le State immunity Act du Royaume Uni (20 juillet 1978) et le Foreign Immunity Act de l'Australie (16 Décembre 1985) autorisent des mesures d'exécution à l'encontre des biens et avoirs des Etats étrangers affectés à leurs activités commerciales et ne les excluent que pour ceux servant de support à leurs actes de puissance publique.

Le Canada a adopté une loi similaire en 1982.

A l'échelle universelle, l'on mentionnera la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, qui est ouverte à la signature des Etats. Ladite Convention fixe les conditions de la restriction de l'immunité d'exécution des personnes morales des droits publics, en reprenant les principales positions du droit comparé en la matière.

Même si cette Convention n'est pas encore en vigueur elle a déjà été signée par au moins un des Etats parties à l'OHADA, en l'occurrence le SÉNÉGAL ; ce qui ne manquera pas, le moment venu, c'est-à-dire après l'entrée en vigueur de la Convention en question, d'induire une réécriture de l'article 30 cité plus haut, en raison de la suprématie du droit international sur le droit interne.

Il appert des développements qui précèdent qu'à défaut pour le juge étatique de l'espace OHADA d'appliquer l'article 30 dans le sens de sa restriction, il appartient au législateur OHADA, c'est-à-dire au Conseil des Ministres de l'OHADA, de procéder à la réécriture dudit texte dans un sens qui permette de garantir effectivement, dans l'espace OHADA, la sécurité juridique des activités économiques afin d'y favoriser l'essor des dites activités et d'y encourager l'investissement, comme le proclame le préambule du Traité OHADA.

C'est, à notre humble avis, la manière la plus appropriée de mieux assurer la conformité de l'arbitrage OHADA au droit international.

L'ARBITRAGE DE LA COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE DE L'OHADA

Félix ONANA ETOUNDI*

L'adoption de l'Acte uniforme portant Droit de l'Arbitrage et du Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage le 11 mars 1999 à Ouagadougou par le Conseil des Ministres consacre une étape décisive dans le processus de vulgarisation de l'arbitrage au sein de l'espace OHADA.

Le Traité de Port Louis du 17 octobre 1993 avait déjà tracé les premiers sillons, d'autant que son préambule indiquait la volonté des pères fondateurs « de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels ».

Préalablement à l'entrée en vigueur des instruments de l'OHADA, le recours à l'arbitrage était relativement limité¹, l'arbitrage interne et international étant inexistant ou faisant l'objet d'une réglementation sommaire. Et les insuffisances de l'arsenal législatif avaient fini par installer des hésitations et des controverses jurisprudentielles² dans nombre de pays de l'OHADA.

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), outil d'intégration juridique, opère une véritable révolution en mettant en place un dispositif particulièrement original susceptible d'assurer la promotion de l'arbitrage. Car, les nouvelles dispositions communautaires laissent entrevoir une nette évolution dans les mentalités et présumer la dissipation des préjugés défavorables et des réticences vis-à-vis de l'arbitrage.

Le système d'arbitrage de l'OHADA opère une nette distinction entre l'arbitrage de droit commun régi par l'Acte Uniforme et l'arbitrage institutionnel de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) organisé par le Traité et le Règlement d'arbitrage³.

Dans le cadre de ce séminaire, notre communication portera essentiellement sur l'arbitrage spécifique de la CCJA qui tire sa source des textes suivants :

- Le Traité de Port Louis du 17 octobre 1993, notamment en son Titre IV relatif à l'arbitrage ;
- Le Règlement d'arbitrage de la CCJA du 11 mars 1999 ;
- La Décision n° 004/99/CCJA du 3 Février 1999 relative aux frais d'arbitrage ;
- La Décision n° 004/99/CM du 12 mars 1999 portant approbation de la Décision n° 004/99/CCJA relative aux frais d'arbitrage ;
- Le Règlement intérieur de la CCJA du 2 Juin 1999 en matière d'arbitrage ;
- Le Règlement de procédure contentieuse du 18 avril 1996 ;

La spécificité du système d'arbitrage de la CCJA a fait dire à juste titre au Professeur POUGOUE, qu'il « est sans précédent aussi bien en Afrique que dans le monde »⁴.

Il constitue selon René BOURDIN, l'un des auteurs de l'avant projet du Règlement d'arbitrage de la CCJA, « une construction arbitrale nouvelle, sans précédent dans le monde et qui synthétise toutes les opérations d'arbitrage depuis la requête introductive jusqu'à la décision finale des juridictions étatiques sur la sentence ».

Selon ce même auteur, « l'arbitrage de la CCJA a des avantages incontestables et considérables sur toute autre formule proposée par les institutions arbitrales. Le fait de n'avoir de contact qu'avec une seule autorité pour la phase arbitrale et pour la phase contentieuse qui peut être éventuellement suivie, d'avoir à sa disposition une autorité de très haut niveau donnant ainsi toutes les garanties d'intégrité et d'indépendance, sont des atouts considérables »⁵.

* Magistrat, Docteur d'Etat en Droit des Affaires, Directeur Général de l'Ecole Supérieure Régionale de Magistrature (ERSUMA) de l'OHADA.

¹ R. Amoussou-Guenou, « Droit de l'arbitrage en Afrique avant l'OHADA », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René Jean Dupuy, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 17 et s.

² Sur les hésitations de la jurisprudence ivoirienne voir par exemple, L. Idot, *Rev.Arb.1989*, p. 530. V. également, N. Aka, « La pratique arbitrale et les institutions d'arbitrage en Afrique », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, op. cit., p. 156.

³ Ph. Leboulanger, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev.Arb.1999*, p. 551.

⁴ P.-G. Pougoué, « Le système d'arbitrage de la CCJA », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, op. cit., 129.

⁵ R. Bourdin, « Le règlement d'arbitrage de la CCJA », in *Revue camerounaise de l'arbitrage 1999 n°5*, p. 10.

Cette double fonction de la CCJA qui fait d'elle une institution originale et atypique, a suscité quelques réactions négatives. Certains auteurs ont déploré ce qu'ils considèrent comme un mélange de genres, susceptible de provoquer quelques réticences au niveau des milieux d'affaires qui voient dans l'arbitrage, un moyen de soustraire le règlement de leurs différends à la justice étatique⁶.

Le thème de l'exposé tel qu'il est formulé à savoir « l'instance arbitrale dans le système d'arbitrage de la CCJA » peut donner l'impression d'une réflexion limitée au seul déroulement de l'instance proprement dite conduite sous l'égide la CCJA. Une telle vision ne saurait rendre compte des méandres de l'instance arbitrale qu'il nous faudrait appréhender non seulement à travers son champ d'application, mais aussi à travers le rôle de la CCJA en tant qu'organisme d'arbitrage et en tant qu'institution juridictionnelle intervenant dans la phase post arbitrale.

I. CHAMP D'APPLICATION DE L'INSTANCE ARBITRALE DEVANT LA CCJA

A quels justiciables s'adresse l'arbitrage CCJA ? Il conviendra d'indiquer les limites de ce système d'arbitrage, aussi bien au plan spatial qu'en ce qui concerne les personnes ou les litiges auxquels peut s'appliquer « l'arbitrage autonome » de la CCJA.

Le champ d'application pose de façon générale la question de l'arbitrabilité.

A. Existence préalable d'un contrat

Ici se trouve posé le problème de l'arbitrabilité objective. Cette question concerne les litiges susceptibles d'être soumis à l'arbitrage CCJA. Alors que dans le cadre de l'arbitrage de droit commun, l'Acte Uniforme du 11 mars 1999 considère comme arbitrables, les litiges portant sur « des droits dont on a la libre disposition », il résulte de l'article 21 du Traité OHADA que « les différends d'ordre contractuel » peuvent faire l'objet d'un arbitrage sous l'égide de la CCJA.

L'interprétation a contrario de l'article 21 du Traité permet d'exclure de l'arbitrage CCJA tous les litiges résultant de rapports extra contractuels. Il suffit donc que l'on se trouve en matière contractuelle pour que l'arbitrage soit possible. Peu importe que le différend porte sur une matière civile ou commerciale.

Le champ d'application de l'arbitrage CCJA se trouve ainsi élargi ; cette extension concerne aussi l'arbitrabilité subjective.

B. L'arbitrabilité subjective

L'arbitrage CCJA est-il ouvert à toute personne physique ou morale ou y a-t-il des restrictions particulières ?

Le Traité OHADA ayant vocation à encourager le « recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels », il n'a pas paru opportun d'exclure une catégorie de personnes, d'autant que l'arbitrage CCJA est ouvert à « toute partie à un contrat » selon les termes de l'article 21 précité.

Généralement, les législations nationales sur l'arbitrage émettent quelques réserves à la participation de l'Etat et des personnes morales de droit public à l'arbitrage. Les termes utilisés par le législateur OHADA laissent supposer que désormais il n'y a plus aucune restriction à la participation des personnes morales de droit public à un arbitrage.

Cette innovation majeure a par ailleurs été consacrée dans le cadre de l'arbitrage de droit commun, par l'article 2 de l'Acte Uniforme du 11 mars 1999 qui dispose que « toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage ... les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Etablissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ».

⁶ Ph. Leboulanger, op. cit.

Toutefois l'arbitrage CCJA comporte des restrictions liées au champ spatial.

C. Champ spatial de l'arbitrage CCJA

L'article 21 du Traité précise la sphère territoriale de l'arbitrage CCJA en se référant soit au domicile ou à la résidence dans l'un des états partis soit à l'exécution du contrat sur le territoire d'un Etat partie. Ces deux critères ne sont pas cumulatifs.

1. Le critère du domicile ou de la résidence

L'une des parties au contrat doit avoir son « domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats parties ». En ce qui concerne les personnes morales, même si le Traité n'en parle pas de façon explicite, l'on devrait admettre que la notion de domicile se rattache à celle du siège social.

Peut-on l'étendre au lieu d'implantation d'une succursale ? La question reste ouverte.

2. Le lieu d'exécution du contrat

L'exécution du contrat qui est à l'origine du différend doit avoir lieu ou avoir été prévue, en tout ou partie sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats parties. Il n'est donc pas exigé que l'exécution ait commencé ou qu'elle se déroule intégralement sur le territoire d'un des Etats de l'espace OHADA ; Une exécution même partielle ou simplement projetée suffit. Il s'ensuit que le système d'arbitrage de la CCJA paraît réservé aux litiges relatifs aux contrats exécutés dans l'espace OHADA ou aux différends dans lesquels l'une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle ou son siège social dans un Etat partie ou Traité.

Cette restriction du champ d'application semble surprenante d'autant que la promotion de l'arbitrage est l'un des objectifs du Traité. Le professeur Paul-Gérard Pougoué considère que cela se justifie par le fait que « le système d'arbitrage de la CCJA serait une sorte de prolongement de la justice étatique des Etats parties à l'OHADA ; on comprend qu'il circonscrive son champ aux limites territoriales d'exercice de la souveraineté des Etats de l'OHADA »⁷.

Certains auteurs soutiennent par ailleurs que, quels que soient les motifs invoqués, cette restriction paraît regrettable⁸. En se limitant au territoire de l'OHADA, le système d'arbitrage de la CCJA est de nature à exclure les opérateurs économiques n'ayant aucun lien de rattachement avec l'espace OHADA.

Quid des litiges n'entrant pas dans le cadre de l'article 21 du Traité, pour les quels les parties ont prévu une convention d'arbitrage visant expressément la CCJA ?

Nonobstant le mutisme du Traité et du Règlement d'arbitrage de la CCJA sur cette importante question (en attendant un avis officiel de la CCJA), la CCJA devrait retenir sa compétence en se fondant sur la force obligatoire des conventions librement conclues par les parties⁹. Cette solution offrirait à la CCJA l'opportunité d'élargir son champ de compétence dans l'accomplissement de ses fonctions d'administration des procédures d'arbitrage, sans pour autant heurter les dispositions du Traité et du Règlement d'arbitrage.

II. L'ADMINISTRATION DE L'INSTANCE ARBITRALE PAR LA CCJA

Aux termes de l'article 1^{er} du Règlement d'arbitrage du 11 mars 1999, « la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ... exerce les attributions d'administration des arbitrages dans le domaine qui lui est dévolu par l'article 21 du Traité...

⁷ P-G. Pougoué, op. cit., p.132 et s.

⁸ P. Meyer, in *OHADA : Traité Actes Uniformes annotés et commentés*, Juriscope, 2^{ème} édition, 2002, p.148.

⁹ Voy dans le même sens, J. Lohoues-Oble, in *OHADA : Traité et Actes Uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2^{ème} édition 2002, p 50.

Les décisions qu'elle prend à ce titre, en vue d'assurer la mise en œuvre et la bonne fin des procédures arbitrales et celles liées à l'examen de la sentence sont de nature administrative....

Elles sont prises par la cour dans les conditions fixées en assemblées générale sur proposition du président.

Le Greffier en chef assure les fonctions de Secrétaire Général du Centre d'arbitrage et dispose d'un cadre institutionnel qui lui permet d'administrer efficacement les procédures d'arbitrage conduites sous son égide ».

A. Le dispositif institutionnel

En application des dispositions du Traité et du Règlement d'arbitrage, le Président de la Cour a fait à l'Assemblée générale de la Cour la proposition d'un Règlement intérieur en matière d'arbitrage, lequel a été adopté par la Cour puis approuvé par le Conseil des Ministres. En tant qu'institution d'arbitrage, la CCJA comprend un Président, une Assemblée plénière, une formation restreinte, un Secrétariat Général et une régie des recettes et des dépenses¹⁰.

1. Le Président de la CCJA

En sa qualité de Président du centre d'arbitrage de la CCJA, il propose en Assemblée générale les décisions tendant à assurer « la mise en œuvre, la bonne fin des procédures arbitrales et celles liées à l'examen de la sentence »¹¹.

L'article 2.5 du Règlement d'arbitrage de la CCJA autorise également le Président à prendre en cas d'urgence, les décisions nécessaires à la mise en place et au bon déroulement de la procédure arbitrale, sous réserve d'en informer la Cour à sa prochaine réunion, à l'exécution des décisions qui requièrent un arrêt de la cour ».

Le Président a également l'obligation de veiller à ce que toutes les dispositions soient prises pour assurer le bon déroulement des procédures d'arbitrage¹². Lorsque la Cour est saisie d'une requête aux fins d'arbitrage, il appartient au Président de prendre une ordonnance de désignation d'un membre de la Cour pour faire un rapport sur l'affaire (art.4.3 du Règlement intérieur en matière d'arbitrage).

Les chercheurs effectuant des travaux de nature scientifique dans le domaine des matières soumises à l'arbitrage, peuvent être autorisés par le Président à prendre connaissance de certains documents d'ordre général (art.5.4 du Règlement intérieur en matière d'arbitrage).

Le Président préside l'Assemblée plénière et la formation restreinte.

2. L'Assemblée plénière

L'Assemblée plénière comprend les sept juges de la CCJA. Les décisions administratives de la Cour en matière d'arbitrage relèvent de la compétence de l'Assemblée plénière. Il s'agit notamment de la désignation des arbitres, de leur confirmation, des procédures de récusation, de l'examen préalable de la sentence arbitrale...

3. La Formation restreinte

L'article 2.4 du Règlement d'arbitrage de la Cour prévoit la possibilité pour celle-ci de déléguer à une formation restreinte un pouvoir de décision. La formation restreinte instituée par le Règlement intérieur du 2 juin 1999 en matière d'arbitrage, comprend un Président et deux membres désignés par ordonnance du Président. Il résulte de l'article 2.7 dudit Règlement que « lorsque la formation restreinte ne peut décider, elle renvoie l'affaire à la prochaine Assemblée plénière de la Cour et lui fait éventuellement toute proposition qu'elle juge appropriée »¹³

¹⁰ J. M'bosso, « Le fonctionnement du centre d'arbitrage CCJA et le déroulement de la procédure arbitrale », numéro spécial, Revue camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial Octobre 2001, p. 42.

¹¹ Article 1^{er} du règlement d'arbitrage de la CCJA.

¹² J. M'bosso, op. cit., p. 43.

¹³ P. Meyer, OHADA Traité et Actes Uniformes annotés et commentés, op. cit., p. 148.

4. Le Secrétariat Général

Le Secrétariat Général du Centre d'arbitrage de la CCJA est assuré par le Greffier en Chef de la Cour¹⁴. Il joue un rôle particulièrement important dans le déroulement de la procédure arbitrale.

Il procède à l'enregistrement des requêtes en arbitrage et les notifie aux parties défenderesses en y joignant un exemplaire du Règlement d'arbitrage du Centre. Le Secrétaire Général saisit la Cour pour la fixation des provisions pour les frais d'arbitrage, pour la mise en œuvre de l'arbitrage et le cas échéant pour la fixation du lieu de l'arbitrage lorsque cette question n'a pas été tranchée par les parties (cf. art. 8 et 13 du règlement d'arbitrage). Il est également chargé d'établir sous le contrôle de la Cour, les documents destinés à l'information des parties, des conseils et des arbitres ou nécessaires au déroulement du processus arbitral. Il assure la supervision des opérations d'encaissement ou de paiement exécutées par le Régisseur dans le cadre du processus arbitral.

Dès que les sentences sont rendues, il appartient au Secrétaire Général de les notifier aux parties après que celles-ci auront intégralement réglé les frais d'arbitrage.

Il résulte de l'article 5.5 du règlement intérieur en matière d'arbitrage que « le Secrétaire Général conserve dans les archives de la Cour toutes les sentences, le procès verbal constatant l'objet de l'arbitrage et fixant le déroulement de la procédure, les décisions de la Cour, ainsi que la copie du courrier pertinent rédigé par le secrétariat dans chaque affaire d'arbitrage ».

5. La Régie des recettes et des dépenses

Le Régisseur des recettes et des dépenses est nommé par décision du Président sur proposition du Secrétaire Général. La Régie est chargée de toutes les opérations d'encaissement et de paiement liées aux procédures arbitrales et contribue ainsi à leur bonne administration.

B. L'encadrement administratif de l'instance arbitrale par la CCJA

Le Centre d'Arbitrage de la CCJA assure le suivi scrupuleux des procédures d'arbitrage à toutes les étapes du processus, de la mise en œuvre, au prononcé de la sentence en passant par l'instance arbitrale ; il est prévu par ailleurs un certain nombre de garanties aussi bien pour les parties que pour les arbitres.

1. Mise en œuvre de la procédure

Le déclenchement de la procédure arbitrale suppose l'existence d'une convention d'arbitrage visant expressément la CCJA.

a. La convention d'arbitrage

Alors que le droit commun de l'arbitrage de l'OHADA résultant de l'Acte Uniforme du 11 mars 1999 se contente du vocable « convention d'arbitrage », le Traité et le Règlement d'arbitrage de la CCJA reconduisent la distinction traditionnellement admise entre la clause compromissoire et le compromis.

Toutefois ces textes ne donnent aucune indication quant aux conditions de validité de ces conventions d'arbitrage. Il faut en déduire que la CCJA et les arbitres disposent ainsi d'un large pouvoir d'appréciation.

En cas de défaut de convention d'arbitrage visant la CCJA

En l'absence de convention d'arbitrage, l'arbitrage CCJA ne peut être mis en œuvre il en est de même s'il existe une convention visant un organisme d'arbitrage autre que la CCJA. Aux termes de l'article 9 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, « lorsque prima facie il n'existe pas entre les parties de convention d'arbitrage visant l'application du présent règlement, si la défenderesse décline l'arbitrage de la Cour, ou ne répond pas dans le délai de 45 jours...la partie demanderesse est

¹⁴ Il importe de préciser qu'en application de l'article 39 tel que révisé par le Traité de Québec du 17 octobre 2008, le Greffier de la CCJA ne cumulera plus les fonctions de Secrétaire général de la Cour, elles seront confiées à une autre personne.

informée par le Secrétaire Général qu'il se propose de saisir la Cour en vue de la voir décider que l'arbitrage ne peut avoir lieu ».

Il en résulte que la première condition doit toujours être cumulée avec l'une des deux autres conditions¹⁵. Le fait de décliner l'arbitrage de la Cour ou de refuser de répondre à la requête en arbitrage, n'aura d'effet qu'en l'absence d'une convention d'arbitrage visant la CCJA. Il convient de noter que la CCJA ne procède qu'à un examen sommaire de la convention d'arbitrage.

L'interprétation a contrario de l'article 9 du Règlement d'arbitrage permet d'affirmer, que même s'il n'existe pas de convention d'arbitrage visant la CCJA ou si la convention ne vise aucun organisme d'arbitrage, et que la partie défenderesse accepte l'arbitrage de la Cour, les parties sont réputées avoir ainsi conclu un compromis d'arbitrage ; il s'ensuit que l'arbitrage CCJA pourra être enclenché.

S'agissant des effets de la convention d'arbitrage

Contrairement à l'Acte Uniforme portant Droit de l'arbitrage qui donne la possibilité aux parties d'écarter les dispositions d'un Règlement d'arbitrage qui ne leur conviennent pas, l'article 10.1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA dispose que « lorsque les parties sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage de la Cour, elles se soumettent par là même aux dispositions du Titre IV du Traité de l'OHADA, au présent Règlement, au Règlement intérieur de la Cour, à leurs annexes et au barème des frais d'arbitrage... ».

Ces dispositions constituent le « code de procédure arbitrale » auquel les parties ne peuvent déroger, sauf disposition expresse du règlement. En conséquence, même, « si l'une des parties refuse ou s'abstient de participer à l'arbitrage, celui-ci a lieu nonobstant ce refus ou cette abstention » (article 10.2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA).

La possibilité d'une procédure arbitrale par défaut se trouve ainsi affirmée et confirme la force obligatoire de la convention d'arbitrage à l'égard des parties. Le Règlement d'arbitrage de la CCJA consacre également un principe généralement admis en matière d'arbitrage, celui de la « compétence-compétence »¹⁶ Il en résulte que l'arbitre est autorisé à statuer sur sa propre compétence, lorsque l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage est remise en cause par l'une des parties.

L'article 10,3 dudit Règlement dispose ainsi que « lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, à la validité, ou à la portée de la convention d'arbitrage, la Cour, ayant constaté *prima facie* l'existence de cette convention, peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu.

Dans ce cas, il appartiendra à l'arbitre de prendre toutes décisions sur sa propre compétence ».

Le principe de compétence-compétence permet de limiter les manœuvres dilatoires, d'autant que la CCJA se contente d'un examen superficiel de la convention d'arbitrage et met en œuvre l'arbitrage.

L'analyse approfondie du dossier et des moyens de défense relève de la compétence exclusive de l'arbitre.

Cette exception d'incompétence doit être soulevée in limine litis, dès la réponse à la demande d'arbitrage et au plus tard au cours de la réunion prévue à l'article 15.1 du règlement d'arbitrage (Cf. article 21.1 du règlement d'arbitrage de la CCJA). Toutefois, l'article 21.2 du Règlement ajoute qu'à « tout moment de l'instance, l'arbitre peut examiner d'office sa propre compétence pour des motifs d'ordre public sur lesquels les parties sont alors invitées à présenter leurs observations ».

A propos de l'autonomie de la convention d'arbitrage

Dans le cadre du droit commun de l'arbitrage, l'Acte Uniforme a consacré le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage, tant à l'égard du contrat principal qu'à l'égard du droit applicable à celui-

¹⁵ P. Meyer, op. cit., p. 155.

¹⁶ A. Dimolitsa, « Autonomie et Kompetenz-Kompetenz », Rev. Arb. 1998, p. 305.

ci¹⁷. Le Règlement d'arbitrage de la CCJA affirme implicitement ce même principe puisqu'il dispose en son article 10.4 : « Si l'arbitre considère que la convention d'arbitrage est valable et que le contrat liant les parties est nul ou inexistant, l'arbitre est compétent pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions »¹⁸.

La convention d'arbitrage donne également compétence aux arbitres sur toutes les mesures provisoires et conservatoires pendant le cours de la procédure arbitrale, le choix des arbitres s'opérant suivant des règles précises.

b. La constitution ou la reconstitution du tribunal arbitral

b.1 La constitution du tribunal arbitral

Le système d'arbitrage de la CCJA prévoit un tribunal arbitral avec un ou trois arbitres.

Les arbitres sont librement désignés par les parties puis confirmés par la Cour. Dans l'hypothèse d'un tribunal arbitral à un arbitre, celui-ci est désigné par les parties d'un commun accord. Faute d'accord entre les parties dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la demande d'arbitrage à l'autre partie, l'arbitre sera nommé par la Cour (art. 3.1 du Règlement).

S'il s'agit d'un tribunal arbitral à trois arbitres, chaque partie en désigne un, dans la demande d'arbitrage et dans la réponse à celle-ci. L'article 3.1 du Règlement précité dispose que « le troisième arbitre, qui assume la présidence du tribunal arbitral, est nommé par la Cour, à moins que les parties n'aient prévu que les arbitres qu'elles ont désignés devraient faire choix du troisième arbitre dans un délai déterminé...si à l'expiration du délai fixé par les parties, ou imparti par la Cour, les arbitres désignés par les parties n'ont pu se mettre d'accord, le troisième arbitre est nommé par la Cour ».

Le Règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit par ailleurs que si les parties n'ont pas fixé d'un commun accord le nombre des arbitres, la Cour nomme un arbitre unique à moins que le différend ne lui paraisse justifier la désignation de trois arbitres ».

En cas d'arbitrage multipartite, lorsqu'il y a plusieurs parties demanderesse et défenderesse et qu'elles ne s'entendent pas pour désigner les arbitres, la Cour peut nommer la totalité du tribunal arbitral. Cette disposition tend à éviter que l'égalité des parties ne soit compromise lorsque plusieurs parties doivent faire des propositions conjointes pour la désignation d'un arbitre. Il en résulte que la Cour peut non seulement nommer l'arbitre sur lequel les parties qui doivent faire des propositions conjointes ne peuvent s'accorder, mais également l'arbitre de la partie adverse et le Président de la juridiction arbitrale (la partie adverse se voit ainsi privée du droit de choisir un arbitre)¹⁹.

Cette règle, inspirée de l'article 10.2 du nouveau Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale semble avoir tenu compte de la célèbre affaire DUTCO²⁰.

La CCJA établit chaque année une liste d'arbitres de réputation internationale qu'elle met à la disposition des parties et des plaideurs. Cette liste est purement indicative d'autant qu'elle ne s'impose ni aux parties ni à la cour.

Au moment de la désignation des arbitres par la CCJA, celle-ci « tient compte de la nationalité des parties, du lieu de résidence de leurs conseils et des arbitres, de la langue des parties, de la nature des questions en litige et, éventuellement des lois choisies par les parties pour régir leurs relations ». La CCJA peut également recueillir « l'avis de praticiens d'une compétence reconnue dans le domaine de l'arbitrage commercial international ».

¹⁷ Ph. Leboulanger, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit en Afrique, Rev. Arb. 1999, p. 541. V. également P. Mayer, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », Rev. Arb. 1998, p. 359.

¹⁸ P. Meyer, op. cit., p. 157.

¹⁹ P. Meyer, op. cit., p. 150.

²⁰ Dans cet arrêt, la Cour de Cassation française avait jugé que la désignation d'un arbitre par la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, en lieu et place des parties défenderesse, constituait une violation du principe d'ordre public de l'égalité de traitement des parties. V. Cass. civ. 1^{ère} 7 janvier 1992, Rev. Arb 1992, p. 470, note P. Bellet ; RTD. com, 1992, p. 792, obs. Dubarry et Loquin.

La CCJA procède à la confirmation des arbitres désignés. Cette procédure de confirmation permet à la CCJA de s'assurer que l'arbitre est indépendant des parties et qu'il remplit toutes les conditions requises pour accomplir sa mission.

Ces conditions doivent également être réunies dans le cadre de la reconstitution du tribunal arbitral.

b.2 La reconstitution du tribunal arbitral

Compte tenu des exigences d'indépendance, il pèse sur l'arbitre une obligation d'information tout au long de la procédure arbitrale. Il est ainsi tenu de révéler « les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties ». Ces faits peuvent entraîner la récusation de l'arbitre.

A l'instar de certains Règlements d'arbitrage, celui de la CCJA organise une procédure interne de récusation. Les juridictions étatiques nationales se trouvent exclues de ce processus.

La CCJA en tant qu'organisme d'arbitrage, apprécie la recevabilité et le bien fondé de la demande de récusation introduite par l'un des plaideurs après que le secrétaire Général aura mis l'arbitre concerné, les parties et les autres membres du tribunal arbitral en mesure de présenter leurs observations par écrit dans un délai approprié. Si la CCJA reconnaît le bien fondé de la demande de récusation, il est procédé au remplacement de l'arbitre mis en cause. Le remplacement de l'arbitre peut également intervenir en cas de décès, ou lorsque la démission de l'arbitre a été acceptée par la cour²¹.

La CCJA dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation relativement aux motifs invoqués à l'appui d'une démission. C'est pourquoi il lui est loisible d'accepter ou de refuser une démission.

Lorsque la CCJA rejette la démission d'un arbitre et que celui-ci refuse cependant de poursuivre sa mission, son remplacement n'a pas un caractère automatique, sauf s'il agit d'un arbitre unique ou du président du tribunal arbitral.

La CCJA « apprécie s'il y'a lieu à remplacement, compte tenu de l'état d'avancement de la procédure et de l'avis des deux arbitres qui n'ont pas démissionné ».

La cour peut ainsi décider que la procédure se poursuivra avec les deux arbitres restants et la sentence sera rendue, malgré l'obstruction de l'arbitre dont la démission a été refusée.

Selon Philippe Leboulanger, cette « disposition est destinée à combattre les manœuvres dilatoires consistant pour un arbitre à démissionner à un moment proche de la clôture, afin de saborder l'arbitrage, alors qu'une majorité contraire aux intérêts de la partie qui l'a désigné semble acquise ».

Il résulte également de l'article 4.4 du règlement d'arbitrage de la CCJA, qu'il y'a lieu à remplacement d'un arbitre, lorsque la Cour constate qu'il est empêché de jure ou de facto d'accomplir sa mission, ou qu'il ne remplit pas ses fonctions conformément aux dispositions du Traité ou du règlement d'arbitrage ou dans les délais impartis.

Le professeur P. Meyer considère que la cour dispose ainsi d'un véritable pouvoir de révocation de l'arbitre négligent.²²

Le remplacement peut être ainsi considéré comme une véritable sanction pouvoir de révocation de l'arbitre concerné. Dans ce cas, « la désignation d'un nouvel arbitre est faite par la Cour sur avis ainsi exprimé ».

L'achèvement du processus de constitution du tribunal arbitral ouvre la voie à la transmission du dossier.

²¹ V. pour avis contraire, P.-G. Pougoué, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, Collection droit uniforme 2000, p 269.

²² Ph. Leboulanger, « Présentation générale des Actes sur l'arbitrage », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, op. cit., p. 76. Sur cette question v., E. Gaillard, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », *Rev. Arb* 1990, p. 759 ; P. Meyer, op. cit., p.153.

c. La transmission du dossier au tribunal arbitral

La transmission du dossier au tribunal arbitral est subordonnée à l'accomplissement d'un certain nombre de diligences :

- réception de la demande d'arbitrage accompagnée du montant du droit prévu pour l'introduction des instances arbitrales (l'article 1^{er} de la décision n°004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage prévoit un montant de 200 000 FCFA) ;
- réception de la réponse à la demande ;
- saisine de la CCJA par le Secrétaire Général pour la fixation de la provision pour les frais d'arbitrage et s'il y'a lieu de l'arbitrage de la CCJA) ;

Le tribunal arbitral est ainsi saisi de toutes les demandes pour lesquelles les provisions pour frais d'arbitrage ont été versées.

2. Déroulement de l'instance arbitrale

Le tribunal arbitral devra s'atteler immédiatement à l'établissement d'un procès verbal.

a. Le procès verbal constatant l'objet du litige et fixant le déroulement de la procédure

Après réception du dossier du litige par l'arbitre, celui-ci a l'obligation de convoquer les parties et leurs conseils, à une réunion qui doit se tenir dans un délai maximum de 60 jours.

Le procès-verbal constatant l'objet du litige et fixant le déroulement de la procédure, se rapproche de l'Acte de mission consacré par l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (cf. article 15 Règlement d'arbitrage de la CCJA).

C'est au cours de cette réunion et dans le procès-verbal qui en sanctionne les travaux, que sont constatées la saisine de l'arbitre et les demandes sur lesquelles il doit se prononcer, l'existence ou non d'une convention d'arbitrage, l'accord des parties sur le siège, la langue de l'arbitrage ainsi que la loi applicable au fond du litige.

Cette rencontre permet également de mettre en place les dispositions qui paraissent appropriées pour le bon déroulement de la procédure arbitrale.

Les parties sont appelées à s'entendre sur le calendrier prévisionnel de la procédure, avec l'indication précise des dates de remise des mémoires respectifs et de la date de l'audience à l'issue de laquelle les débats seront clos ; cette dernière date ne doit pas être fixée par l'arbitre au-delà de six mois après la réunion, sauf accord des parties.

Le calendrier prévisionnel peut, en cas de nécessité, être modifié par l'arbitre, à son initiative après observations des parties, ou à la demande de celle-ci.

Le Tribunal arbitral interroge les parties pour savoir si elles entendent lui attribuer les pouvoirs d'amiable compositeur.

Le procès-verbal est un document particulièrement important qui fixe les règles de la procédure arbitrale de la CCJA. C'est pourquoi, le professeur Pougoué soutient que « les parties devront Apporter la plus grande attention à la rédaction du procès-verbal constatant l'objet du litige afin de ne pas laisser à l'écart certains points du litige » d'autant que ce document fixe la mission de l'arbitre et « servira à apprécier la conformité de la sentence arbitrale à la mission qui avait été conférée à l'arbitre ».

Le procès-verbal est élaboré et signé par l'arbitre ou les arbitres ; les parties sont également invitées à le signer. En cas de refus de signature par l'une des parties, le document est soumis à la Cour pour validation. L'approbation de la Cour semble se substituer au défaut de signature de la partie défaillante.

b. le respect des principes directeurs de l'arbitrage

La procédure d'arbitrage de la CCJA est soumise au respect des principes généraux de l'arbitrage, notamment le consensualisme, l'autonomie de la volonté, l'égalité des parties....

Aux termes de l'article 16 du Règlement d'arbitrage : « Les règles applicables à la procédure devant l'arbitre sont celles des parties ou à défaut l'arbitre les détermine, en se référant ou non à une loi interne de procédure applicable à l'arbitrage ».

En ce qui concerne le droit applicable au fond du litige, les parties conservent une totale liberté de choix, sous réserve des dispositions qui auraient un caractère d'ordre public.

A défaut de choix par les parties, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit la plus appropriée. En tout état de cause, l'article 17 du Règlement précité leur fait obligation de tenir compte des stipulations du contrat et des usages du commerce.²³

Le Tribunal arbitral est invité à se conformer aux limites de sa mission telles qu'elles sont définies par le procès-verbal constatant l'objet du litige. Il instruit la cause dans les plus brefs délais et par tous les moyens appropriés. Il n'est prévu aucune restriction relativement aux personnes susceptibles de représenter ou d'assister les parties dans le cadre de la procédure arbitrale. Il s'ensuit que le monopole des avocats se trouve ainsi écarté.

La procédure d'arbitrage a un caractère confidentiel que les parties, leurs conseils, les arbitres, les experts, les membres de la Cour et toutes les personnes associées à la procédure sont tenues de respecter (sauf accord contraire de toutes les parties).

L'arbitre ne disposant pas de l'imperium, il arrive que le recours au juge étatique devienne incontournable.

c. Le recours au juge étatique

Nonobstant le mutisme du Règlement de la CCJA, l'on devrait admettre la possibilité pour l'arbitre de solliciter le concours du juge étatique pour l'administration de la preuve, notamment pour la production forcée de pièces ou la comparution de témoins.

Ce recours à l'autorité judiciaire étatique est également organisé par l'article 10 avant dernier alinéa du règlement d'arbitrage. Conformément à cette disposition, « avant la remise du dossier à l'arbitre, et exceptionnellement après celle-ci au cas où l'urgence des mesures provisoires et conservatoires demandées ne permettrait pas à l'arbitre de se prononcer en temps utile, les parties peuvent demander de telles mesures à l'autorité judiciaire compétente ».

Les parties ont dans ce cas, l'obligation de porter ces demandes ainsi que les mesures prises par le juge étatique à la connaissance de la CCJA, qui en informe le tribunal arbitral qui bénéficie dans le cadre de l'exécution de sa mission de l'immunité diplomatique.

d. L'immunité diplomatique

Aux termes de l'article 49 du Traité de l'OHADA, « les fonctionnaires et employés...de la CCJA, ainsi que les juges de la Cour et les arbitres désignés par cette dernière jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions des privilèges et immunités diplomatiques »²⁴.

Cette disposition met la CCJA et les arbitres à l'abri d'actions fantaisistes ou malveillantes.

L'extension de l'immunité diplomatique aux arbitres a suscité de violentes critiques de certains auteurs²⁵.

²³ P.-G. Pougoué, « Le système d'arbitrage de la CCJA », op. cit., p.144.

²⁴ Dans sa rédaction issue du Traité de Québec portant révision du Traité de Port Louis, cet article 49 étend l'immunité diplomatique aux arbitres désignés par les parties.

²⁵ P.-G. Pougoué, « Le système d'arbitrage de la CCJA », op. cit., p. 140. Dans le même sens. Ph. Leboulanger, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit en Afrique », op. cit. ; J. Lohoues-Oble, « Commentaire du Traité », in *OHADA Traité et Actes Uniformes commentés et annotés*, op. cit.,

Par ailleurs, Ph. Leboulanger considère que cette immunité ne profite qu'aux arbitres désignés par la CCJA à l'exclusion de ceux désignés par les parties. Un tel traitement discriminatoire ne saurait cependant se justifier au sein du même tribunal arbitral. Les arbitres désignés par les parties étant nécessairement confirmés par la Cour, ils devraient bénéficier du même régime de faveur²⁶ afin de pouvoir rendre leur sentence en toute sérénité.

2. Le prononcé de la sentence

L'instance arbitrale aboutit au prononcé d'une sentence.

a. La sentence arbitrale

Le Règlement d'arbitrage de la CCJA fait obligation aux arbitres de motiver toutes les sentences qu'ils rendent. Ce principe connaît une atténuation. Le système d'arbitrage de la CCJA offre la possibilité aux parties de convenir que la sentence qui sera rendue ne comporte pas de motivation, à condition qu'un tel accord soit admissible au regard de la loi applicable.

Lorsque le tribunal arbitral comporte trois membres, la sentence est rendue à la majorité. En cas de désaccord entre les arbitres, à défaut de majorité, le Président du Tribunal Arbitral est autorisé à statuer seul. Dans ce cas, la sentence qui est signée par le Président du Tribunal Arbitral seul, n'en demeure pas moins valable.

Si la sentence a été rendue à la majorité, le refus de signature de l'arbitre minoritaire n'affecte pas la validité de la sentence (article 22.3 du Règlement d'Arbitrage).

L'arbitrage CCIA admet par ailleurs le système de l'opinion dissidente, qui permet à tout arbitre minoritaire de remettre au Président du Tribunal Arbitral son opinion particulière pour être jointe à la sentence. Cette opinion peut être exprimée quel que soit le type de sentence rendue.

➤ La sentence partielle

Les sentences partielles peuvent être rangées en deux catégories : celles qui portent sur la compétence et celles qui mettent un terme à certaines prétentions des parties. Dans la deuxième catégorie, pourraient être rangées les sentences relatives à des mesures provisoires ou conservatoires.

➤ La sentence d'accord parties

En application de l'article 20 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, « si les parties se mettent d'accord au cours de la procédure arbitrale, elles peuvent demander à l'arbitre que cet accord soit constaté en la forme d'une sentence rendue d'accord parties ». Il s'agit en réalité d'un protocole d'accord auquel l'on confère la « couverture » d'une sentence arbitrale ; le Tribunal Arbitral se contente de prendre acte de l'accord intervenu entre les parties. Cette sentence pourra ainsi jouir des privilèges attachés à l'exécution des sentences rendues sous l'égide de la CCJA.

➤ La sentence définitive

La sentence définitive est celle qui met définitivement fin au litige opposant les parties. Elle apporte une réponse à tous les points et à toutes les demandes énumérées dans le procès-verbal constatant l'objet de l'arbitrage.

➤ La sentence additionnelle

Trois catégories de sentences additionnelles peuvent être retenues les sentences en rectification, en interprétation ou en complément d'une précédente sentence.

Aux termes de l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, « toute demande en rectification d'erreurs matérielles d'une sentence, ou en interprétation de celle-ci, ou en complément de la sentence qui aurait omis de statuer sur une demande qui était soumise à l'arbitre, doit être adressée au Secrétaire Général de la Cour dans les 45 jours de la notification de la sentence ».

p. 62

²⁶ P.-G. Pougoué, « Le système d'arbitrage de la CCJA », op. cit., p. 140.

Dans ce cas si le Tribunal arbitral, pour un motif quelconque, ne peut être à nouveau réuni. La CCJA désigne un nouvel arbitre, après observations des parties.

Le Règlement d'arbitrage exclut tout versement d'honoraires dans le cadre de la procédure prévue à l'article 26 précité sauf lorsqu'un nouvel arbitre est désigné.

En tout état de cause, le prononcé de la sentence est subordonné à l'examen préalable de la CCJA.

b. L'examen préalable du projet de sentence

A l'instar de l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, le système d'arbitrage de la CCJA prévoit un examen préalable de la sentence.

Sont soumises à cet examen préalable, les sentences partielles, es sentences définitives et les sentences additionnelles (en rectification, en interprétation et en complément de la sentence). La sentence d'accord parties est dispensée de cet examen préalable; elle est seulement transmise à la CCJA pour information (article 23.1 du Règlement d'arbitrage).

Dans le cadre de cet examen préalable, qui peut être considéré comme « un contrôle de qualité portant sur l'emballage » de la sentence, la Cour ne peut proposer que des modifications de pure forme. Cette disposition paraît particulièrement respectueuse de l'indépendance et des pouvoirs du Tribunal Arbitral ; elle exclut toute intervention de la CCJA en ce qui concerne tout ce qui relève de la compétence exclusive de l'arbitre. Il s'ensuit que la CCJA ne peut faire des propositions ou des observations sur le fond du litige.

Par ailleurs, la CCJA donne à l'arbitre les indications nécessaires à la liquidation des frais d'arbitrage, et notamment fixe le montant des honoraires de l'arbitre.

Ces indications permettront au tribunal arbitral de rendre une sentence qui devra être notifiée aux parties.

c. Notification de la sentence

La notification de la sentence relève de la compétence exclusive du Secrétaire Général de la CCJA. Elle intervient après que les frais d'arbitrage auront été intégralement réglés par les parties. La notification met fin à l'instance arbitrale, sauf si les parties décident d'entraver l'exécution de la sentence, en s'engageant dans une phase post arbitrale.

III- LA PHASE POST ARBITRALE DEVANT LA CCJA AGISSANT COMME COUR DE JUSTICE

Il découle de l'article 27 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, que «les sentences rendues...ont l'autorité de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat ».

Nonobstant le caractère définitif de la sentence, des voies de recours ont été prévues. Traditionnellement, la phase post arbitrale n'est pas organisée par les Règlements d'arbitrage, d'autant qu'elle fait généralement appel au juge étatique. Compte tenu du double rôle de la CCJA, les dispositions relatives aux voies de recours et à l'exécution de la sentence ont été intégrées dans le Règlement d'arbitrage. La CCJA, organisme d'arbitrage, est appelée à changer de statut et devient ainsi un organe juridictionnel.

A. Les recours contre la sentence arbitrale

Trois voies de recours sont ouvertes contre les sentences arbitrales rendues sous l'égide de la CCJA : le recours en contestation de validité, le recours en révision et la tierce opposition.

1. Le recours en contestation de validité

Toute partie qui entend contester la validité d'une sentence arbitrale rendue sous l'égide de la CCJA centre d'arbitrage, doit saisir la CCJA, Cour de justice par une requête qu'elle notifie à la partie adverse. Ce recours n'est ouvert que dans les hypothèses prévues par le Règlement d'arbitrage.

Ce recours peut être introduit dans les cas suivants :

- si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
- si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;
- si la sentence est contraire à une règle d'ordre public international.

Le recours en contestation de validité n'ayant pas un caractère d'ordre public, les parties ont la possibilité d'y renoncer dans la convention d'arbitrage. Dans une telle hypothèse, l'irrecevabilité du recours devra être constatée.

La requête aux fins de contestation de validité peut être déposée dès le prononcé de la sentence. Elle cesse d'être recevable si elle n'a

pas été déposée dans les deux mois de la notification de la sentence.

a. L'annulation de la sentence

Nonobstant les divergences terminologiques, il convient de constater que la contestation de validité est en réalité un recours en annulation de la sentence arbitrale²⁷.

La CCJA agissant dans le cadre de ses attributions juridictionnelles, instruit la cause et statue dans les conditions prévues par son Règlement de procédure.

Lorsque l'action en contestation de validité est introduite, l'exequatur ne peut être accordé pour la même sentence; en pareil cas, la requête aux fins d'exequatur et celle relative à la contestation de validité sont jointes.

Même si le Règlement d'arbitrage ne l'indique pas expressément, l'on peut ainsi considérer que le recours en contestation de validité suspend l'exécution de la sentence arbitrale.

Si la CCJA admet le bien fondé des griefs soulevés par la partie demanderesse, elle annule la sentence, au terme d'une procédure contradictoire.

b. L'évocation

En cas d'annulation de la sentence arbitrale, la CCJA évoque et statue au fond si les parties en font la demande. Dans ce cas, les parties sortent de la procédure arbitrale pour s'engager dans la voie judiciaire.

Le dossier sera ainsi instruit par la Cour conformément à son règlement de procédure; un arrêt sera rendu par la CCJA. Si les parties n'ont pas demandé l'évocation, la procédure est reprise à la requête de la partie la plus diligente à partir, le cas échéant, du dernier acte de l'instance arbitrale reconnu valable par la Cour (article 29.5 du règlement d'arbitrage).

2. Le recours en révision

Le recours en révision contre les sentences arbitrales et contre les arrêts de la Cour lorsque celle-ci a statué au fond (évocation prévue par l'article 29.5 du règlement d'arbitrage), est ouvert dans les cas et sous les conditions prévues par l'article 49 du Règlement de procédure de la Cour.

Il en découle que la révision est ouverte en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de la sentence arbitrale ou de l'arrêt, était inconnu de la Cour ou du Tribunal Arbitral et de la partie qui demande la révision.

²⁷ P. Meyer, op. cit., p.171 ; Dans le même sens, P. Leboulanger, « Présentation générale des Actes sur l'arbitrage », op. cit., p. 84 et ss.

Le délai est de trois mois à compter de la connaissance du fait susceptible de fonder la révision; toutefois, une demande en révision doit être déclarée irrecevable si elle intervient à l'expiration d'un délai de 10 ans à compter du prononcé de la sentence ou de l'arrêt.

La CCJA peut subordonner l'ouverture de l'instance en révision à l'exécution préalable de la sentence ou de l'arrêt. Il n'est pas offert aux parties la possibilité de renoncer dans la convention d'arbitrage au recours en révision.

Il convient de noter que nonobstant la convention d'arbitrage liant les parties, le recours en révision n'est pas porté devant le tribunal arbitral qui a statué, mais plutôt devant la CCJA. Celle-ci statue par arrêt sur le fond du litige.

Cette solution est totalement différente de celle qui a été retenue dans l'arbitrage de droit commun organisé par l'Acte Uniforme du 11 mars 1999²⁸. Le Pr. Pougoué déplore que « par le jeu d'un recours, on passe ainsi de la compétence arbitrale à la compétence judiciaire, en méconnaissance de l'accord de volontés à la base du recours à l'arbitrage. L'exercice du recours deviendrait purement et simplement un acte de sortie de la voie arbitrale »²⁹.

Ces remarques s'appliquent également à la tierce opposition.

3. La tierce opposition

Aux termes de l'article 33 du Règlement d'arbitrage, « la tierce opposition contre les sentences arbitrales et contre les arrêts de la Cour lorsque celle-ci a statué au fond (évocation prévue par l'article 29.5 du règlement) est ouverte, dans les cas et sous les conditions prévues par l'article 47 du règlement de procédure ».

La tierce opposition est un recours exercé par un tiers qui n'a pas été appelé, contre une sentence qui préjudicie à ces droits.

Ce recours est formé devant la CCJA. Cette procédure paraît préférable à celle qui a été retenue par l'Acte Uniforme pour l'arbitrage de droit commun³⁰.

Le tiers opposant n'étant pas partie à la convention d'arbitrage, il est tout à fait indiqué que son recours soit porté non pas devant un tribunal arbitral, mais plutôt devant un organisme juridictionnel tel que la CCJA.

La tierce opposition est parfois admise en matière d'arbitrage interne. Par exemple l'article 1481 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile français, ainsi que certaines législations africaines sur l'arbitrage, disposent que la tierce opposition est portée devant la juridiction étatique qui eût été compétente à défaut d'arbitrage.

Cette solution est logique, d'autant que le tiers n'étant pas partie à la convention d'arbitrage, n'est pas habilité à intervenir dans la procédure d'arbitrage.

En revanche, la tierce opposition est généralement exclue dans l'arbitrage international où elle est considérée comme contraire à la volonté des parties de voir leur différend tranché par un tribunal arbitral³¹.

Par ailleurs, une partie de la doctrine estime que les principes de l'effet relatif de la convention d'arbitrage et de l'autorité de la chose jugée de la sentence suffisent à protéger les tiers.

²⁸ Article 25 de l'Acte Uniforme portant droit de l'arbitrage : « ... la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en révision devant le tribunal arbitral ».

²⁹ P-G. Pougoué, « Le système d'arbitrage de la CCJA », op. cit., 148 et ss.

³⁰ Art. 25 de l'Acte uniforme précité : « ... la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une tierce opposition devant le tribunal arbitral par toute personne physique ou morale qui n'a pas été appelée et lorsque cette sentence préjudicie à ses droits ».

³¹ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité commercial international*, Litec, 1996, p. 931 et ss; V. également, Ph. Leboulanger, « Présentation générale des actes sur l'arbitrage », op. cit., 86 et s.

Aucun délai n'enferme l'exercice de la tierce opposition; la CCJA rend un arrêt au terme d'une procédure contradictoire.

Si la sentence rendue par le tribunal arbitral ne fait pas l'objet de recours, il faudra passer à l'étape de son exécution.

B. L'exécution de la sentence

Généralement les parties à une procédure d'arbitrage, s'engagent à exécuter volontairement et de bonne foi la sentence rendue par le Tribunal arbitral. Toutefois, face à la résistance de certains plaideurs, il s'avère parfois nécessaire d'enclencher un processus d'exécution forcée.

1. L'exequatur communautaire

Les sentences arbitrales rendues sous l'égide de la CCJA « peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur »³². Le Traité donne compétence exclusive à la CCJA pour rendre cette décision d'exequatur dans l'espace OHADA.

Il s'ensuit que les juridictions nationales des Etats signataires du Traité ne peuvent être valablement saisies de procédures d'exequatur relativement à des sentences CCJA.

Il en va différemment des juridictions des Etats tiers à l'OHADA. L'exequatur d'une sentence arbitrale CCJA dans ces Etats relèvera de la législation nationale de l'Etat où l'exequatur est requis ou de conventions internationales, notamment celle de New York du 10 juin 1958³³.

L'exequatur est demandé par une requête adressée à la Cour; il est accordé par une ordonnance du Président de la Cour ou du juge délégué à cet effet, qui se prononce dans le cadre d'une procédure non contradictoire.

L'exequatur confère à la sentence arbitrale un caractère exécutoire dans tous les Etats parties. C'est ce que certains auteurs ont appelé « l'exequatur communautaire »³⁴.

L'exequatur communautaire constitue une véritable « révolution », qui permet au plaideur de solliciter directement des mesures d'exécution forcée dans tous les Etats de l'OHADA. Le Secrétaire Général de la CCJA délivre à la partie la plus diligente une copie de la sentence sur laquelle figure une attestation d'exequatur. Au vu de ce document, l'autorité nationale appose la formule exécutoire telle qu'elle est en vigueur dans ledit Etat (Cf. article 31 du Règlement d'arbitrage). Cette autorité nationale n'a pas compétence pour contrôler la régularité de la sentence. Il lui appartient seulement de vérifier l'authenticité du document produit.

Si l'exequatur est communautaire, les formules exécutoires restent nationales.

Cette solution a été critiquée par certains auteurs. Le professeur P.-G. Pougoué considère que « si on veut vraiment que les autorités nationales, qui peuvent être imprévisibles, ne remettent pas en cause les mérites du système, on devrait concevoir une formule exécutoire communautaire...si on enlève aux autorités nationales le pouvoir de contrôler la régularité des sentences arbitrales, on doit aussi leur enlever toute possibilité de paralyser l'exequatur sous le prétexte de la vérification de l'authenticité du titre »³⁵.

L'exequatur des sentences CCJA n'est cependant pas automatique; il peut être refusé.

2. Le refus d'exequatur et l'opposition à exequatur

L'exequatur ne peut être refusé par le Président de la CCJA que dans les quatre hypothèses suivantes, ces cas de refus sont identiques aux motifs de la contestation en validité de la sentence arbitrale :

- Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée
- Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée

³² Article 25 du Traité OHADA du 17 octobre 1993.

³³ P. Meyer, op. cit., p. 173.

³⁴ P.-G. Pougoué, « Le système d'arbitrage de la CCJA », op. cit., p. 144 et s.

³⁵ P.-G. Pougoué, Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, op. cit., p. 260.

- Lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté
- Si la sentence est contraire à l'ordre public international

En cas de refus d'exequatur, le requérant peut saisir la Cour de sa demande dans la quinzaine du rejet de sa requête; il notifie sa demande à la partie adverse.

Il en résulte que la procédure devant la Cour est contradictoire. Celle-ci devra alors rendre un arrêt.

L'ordonnance du Président de la Cour ayant accordé l'exequatur doit être notifié par le requérant à la partie adverse. Celle-ci peut former, dans les quinze jours de la notification, une opposition qui est jugée contradictoirement à l'une des audiences juridictionnelles de la Cour, conformément à son Règlement de procédure.

L'opposition à exequatur est ouverte dans les mêmes hypothèses que celles du refus d'exequatur ou de l'action en contestation de validité.

Le demandeur qui a négligé de faire opposition dans les quinze jours, peut-il introduire une requête aux fins de contestation de validité de ladite sentence, en prétendant être dans le délai de deux mois?

Une telle action ne saurait prospérer pour deux raisons :

- Les motifs du refus d'exequatur et de la contestation de validité sont identiques; il s'ensuit que si l'exequatur a été accordé, il convient d'en déduire qu'aucun des motifs de refus n'a été retenu.
- L'ordonnance du Président de la CCJA accordant l'exequatur et régulièrement notifiée, devient définitive en l'absence d'opposition formée dans le délai de quinze jours. Aucune action ne peut donc paralyser l'obtention de la formule exécutoire (article 30 du Règlement d'arbitrage).

CONCLUSION

Cette réflexion a certainement permis de dégager les principaux axes de l'instance arbitrale dans le système de la CCJA dont l'originalité et le caractère novateur ont suscité parfois à tort des controverses ou des réactions négatives. Tout comme c'est à tort que la double fonction de la CCJA qui fusionne l'administration de l'arbitrage et le contrôle juridictionnel a été qualifiée d'union contre nature, de monstruosité juridique... Certains auteurs ont même prétendu, que les opérateurs économiques nourriraient quelques craintes à s'aventurer sur le nouveau territoire de l'arbitrage CCJA.

Ces critiques nous paraissent excessives. L'arbitrage CCJA, fortement inspiré par le droit français dont il a adopté la philosophie libérale, intègre les grandes avancées de l'arbitrage international et reconduit ses grands principes.

Le système CCJA a surtout le mérite de corriger les faiblesses habituelles de l'arbitrage, notamment en ce qui concerne l'exécution effective de la sentence arbitrale.

C'est pourquoi feu le professeur Fouchard (à qui il convient de rendre un hommage mérité) affirmait à juste titre que « nous sommes en présence d'un système qui assure aux entreprises à la fois la liberté et la sécurité ». La CCJA assure ainsi l'efficacité des sentences arbitrales dans l'espace OHADA, par le biais de l'exequatur communautaire.

Les échos qui nous parviennent du milieu des affaires sont plutôt encourageants, d'autant que les opérateurs économiques, qui ont bien perçu l'intérêt du système, insèrent de plus en plus des clauses d'arbitrage CCJA dans leurs contrats.

Il reste cependant prudent d'affirmer que l'objectif d'encouragement « du recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels » recherché par le Traité OHADA est aujourd'hui atteint. Car, à l'analyse des statistiques disponibles à ce jour (Voir Tableau ci-après), moins d'une trentaine d'instances arbitrales ont été engagées sous l'égide de la CCJA, et moins d'une quinzaine de sentences prononcées.

Par ailleurs, la CCJA pourrait avoir le défaut de ses qualités si elle était amenée à annuler une majorité de sentences, elle affirmerait ainsi son impartialité mais se décrédibiliserait en matière arbitrale. Pour éviter l'occurrence de cette situation, il serait bienvenu que CCJA, à l'instar de la CCI, dispose d'un plus grand pouvoir de contrôle des projets de sentence de manière à garantir leur rigueur juridique.

REGLEMENT DE MEDIATION DE LA COUR D'ARBITRAGE DE COTE D'IVOIRE (CACI)

CHAPITRE I DISPOSITIONS GENERALES

Article 1 : Champ d'application

Le présent règlement a pour objet d'aider les personnes physiques et morales à régler leurs litiges à l'amiable au moyen de la médiation.

Tout différend peut faire l'objet d'une médiation par les soins d'un médiateur unique choisi d'un commun accord par les parties ou à défaut désigné par le Secrétariat Général de la CACI.

CHAPITRE II INTRODUCTION DE LA PROCEDURE

Article 2 : Clause de médiation

Le présent règlement peut être mis en œuvre en présence d'une clause se référant audit règlement ou en l'absence d'une telle clause.

2.1 Médiation en présence de clause préalable renvoyant au présent règlement.

En présence d'une clause renvoyant au règlement de médiation de la CACI, les parties sont considérées comme ayant donné leur accord à la mise en œuvre de la procédure de médiation.

2.2 Médiation en l'absence d'une clause renvoyant au présent règlement

En l'absence de clause préalable renvoyant au présent règlement, le Secrétariat Général notifie aussitôt la demande de médiation faite par l'une des parties à l'autre partie et assigne à cette dernière un délai de 10 (dix) jours pour faire savoir si elle accepte ou refuse de participer à la tentative de médiation sur le nom d'un médiateur.

Si dans les délais prévus, la partie à laquelle la médiation a été proposée se déclare favorable à ladite procédure, elle en avise le Secrétariat Général ainsi que l'autre partie par lettre recommandée avec accusé de réception, télécopie ou courrier électronique.

Faute de réponse dans le délai imparti ou en cas de réponse négative, la demande de médiation, est considérée comme rejetée et le Secrétariat Général en informe dans les plus brefs délais la partie qui en avait pris l'initiative

Article 3 : Demande de médiation

La partie qui désire recourir à la procédure de conciliation ou de médiation adresse sa demande en trois exemplaires au Secrétariat Général de la CACI en exposant succinctement :

- l'objet et les moyens de sa demande,
- l'évaluation chiffrée de celle-ci,
- Les noms et adresses des parties et en indiquant s'il est souhaité que le médiateur soit désigné par les parties après concertation et le cas échéant le nom du médiateur proposé.

Le Comité technique est alors informé de la procédure engagée, et tenu au courant des mesures prises, envisagées ou proposées pour en assurer la mise en œuvre jusqu'à son terme.

Article 4 : Réponse à la demande de médiation

Dès réception de l'acceptation de la proposition de médiation, dans les termes de l'article 3.1 ou en application de l'article 3.2, le Secrétariat Général avise les parties qu'à défaut de proposer dans la quinzaine le nom d'un médiateur ayant leur accord, celui-ci sera nommé par ses soins. Cette nomination intervient après que les parties auront versé le montant de la provision nécessaire aux frais de la procédure de médiation.

Lorsque les circonstances le rendent nécessaire, le Secrétariat Général peut exiger le versement d'un complément de provision dans le cadre du barème des frais.

CHAPITRE III LE MEDIATEUR

Article 5 : Désignation

Le médiateur est nommé eu égard notamment à son expérience, à sa compétence professionnelle dans les domaines d'activité des personnes participant à la médiation et de la nature du litige.

Le médiateur doit être impartial et indépendant des parties. Avant son entrée en fonction, il signe une déclaration d'indépendance aux termes de laquelle il n'existe pas selon lui, de circonstances de nature à affecter cette indépendance.

Si cette déclaration, communiquée aux parties, est contestée par l'une d'elles, le Secrétariat Général procède à une nouvelle nomination de médiateur.

Article 6 : Remplacement

Il y a lieu à remplacement d'un médiateur en cas de décès, de déport dûment accepté, d'empêchement, de démission ou de demande de toutes les parties.

Il y a également lieu à remplacement d'un médiateur à l'initiative du comité technique, sur rapport du Secrétariat Général, lorsque celui-ci constate que le médiateur est empêché pour une raison de droit ou de fait d'accomplir sa mission, ou qu'il ne remplit pas ses fonctions conformément au présent règlement ou dans les délais impartis.

Dans ce cas, le comité technique se prononce après que le médiateur et les parties aient été invités à présenter leurs observations par écrit au Secrétariat Général, dans un délai de quinze (15) jours. Ces observations sont communiquées aux parties et au médiateur.

Article 7 : Missions du médiateur et instruction de la cause

7.1. Missions

Le médiateur a pour mission d'aider les parties à mettre fin au litige, par la recherche de solutions aussi bien dans le cadre de leurs relations contractuelles existantes que, plus largement, le cas échéant, au regard de leurs activités économiques respectives.

7.2. Instruction de la cause

Il impartit aux parties un délai pour faire valoir leurs arguments.

Il diligente librement la tentative de médiation, guidé par les principes d'impartialité, d'équité et de justice.

Il est maître de l'exécution de sa mission.

Il peut entendre séparément les parties dans le respect des intérêts de celles-ci et peut effectuer toutes recherches susceptibles de l'éclairer.

Il fixe en accord avec les parties le lieu de la tentative de médiation.

Les parties, si elles le jugent utile, peuvent se faire assister par un conseil de leur choix.

La procédure de médiation ne doit pas excéder trois mois. Le délai commence à courir à compter de la date de nomination du médiateur.

Ce délai ne peut être prolongé par le Secrétariat Général que sur demande motivée du médiateur avec l'accord des parties sans toutefois excéder cinq (5) mois.

Le comité technique peut, à la demande du médiateur, mais toujours confidentiellement l'aider dans ses recherches à obtenir des renseignements techniques et/ ou juridiques précis ou nécessaires à la solution du litige.

Article 8 : Obligation de confidentialité

La médiation a un caractère confidentiel que toute personne y participant à un titre quelconque est tenue de respecter.

CHAPITRE IV FIN DE LA MEDIATION

Article 9 : Le document final

Lorsque la médiation aboutit à un accord entre les parties, celui-ci fait l'objet d'un écrit, signé par les parties. Ce document qui prend le nom de protocole d'accord, contient les engagements précis pris par chacune des parties.

Les parties sont liées définitivement par cet accord qui ne peut en aucune façon être remis en cause. L'accord demeure confidentiel, sauf si sa mise en œuvre ou son application impose sa révélation.

Ensuite, le médiateur dresse et signe avec les parties, un procès-verbal qui constate qu'un accord entre les parties est intervenu et il adresse une copie au Secrétariat Général, qui en informe le comité technique.

Si la médiation n'aboutit pas à un accord entre les parties, le médiateur consigne cette absence d'accord dans un procès-verbal non motivé, dit de non-médiation ou de non-conciliation. Il adresse l'adresse au Secrétariat Général qui le transmet au comité technique pour information.

Article 10 : Fin de la médiation

Article 10.1

La médiation prend fin dans les cas suivants :

- par l'accord des parties ;
- par le désaccord des parties ;
- par l'absence constatée de l'une des parties régulièrement convoquée ;
- par la volonté exprimée de l'une des parties de ne plus poursuivre la médiation.

Article 10..2

En cas d'accord intervenu entre les parties, la médiation prend fin par la signature par les parties, le médiateur et le Secrétaire Général du protocole d'accord qui contient les engagements de chacune des parties.

En cas de désaccord, la médiation prend fin par la notification écrite par le médiateur du procès-verbal de non-conciliation ou de non-médiation au Secrétariat Général de la CACI.

Par ailleurs, si une des parties, quoique régulièrement convoquée ne se présente pas, la médiation prend fin par la notification écrite par le médiateur de ce fait au Secrétariat Général de la CACI, qui en informe le comité technique.

Toutefois, chaque partie peut à tout moment refuser de poursuivre la médiation. Dans ce cas, la médiation prend fin par la notification écrite par la partie qui en prend l'initiative, de ce refus au Secrétariat Général et au médiateur s'il est déjà nommé. Le Secrétariat Général en informe le comité technique.

Article 11 : Examen préalable du protocole d'accord

Tout projet de protocole d'accord, avant sa signature, est transmis au Secrétariat Général de la CACI.

Le Secrétariat Général peut faire des observations de forme sur le projet de protocole d'accord. Ces observations ne lient pas le médiateur.

Le texte définitif est soumis à la signature des parties, du médiateur et du Secrétaire Général, qui le notifie aux différentes parties après que toutes les provisions auront été payées.

Article 12 : Frais de médiation

A la fin de la procédure et avant la rédaction du document final, le Secrétariat général établit l'état des frais et le notifie par écrit au médiateur et aux parties.

Le règlement de ces frais est effectué par le Secrétariat Général par prélèvement sur les provisions consignées.

Ces frais sont supportés par les parties, à parts égales. Néanmoins elles demeurent libres de prévoir entre elles une répartition différente dans le cadre de la médiation.

Article 13 : Interdictions

Sauf accord des parties, le médiateur s'interdit de remplir les fonctions d'arbitre, d'expert, de représentant ou de conseil d'une partie, dans une procédure judiciaire ou arbitrale relative au litige ayant fait l'objet de la procédure de médiation.

Les parties ne peuvent le citer comme témoin dans une telle procédure sauf accord entre elles.

Les parties s'interdisent dans une procédure judiciaire ou arbitrale de faire état :

- des vues exprimées ou des suggestions faites dans le cadre d'une solution amiable ;
- des propositions du médiateur.

Les parties s'engagent à ne pas faire état comme élément de preuve, dans une procédure arbitrale ou judiciaire :

- des vues exprimées ou des suggestions faites dans le cadre d'une solution amiable ;
- des propositions présentées par le médiateur ;
- du fait que l'une d'entre elles ait indiqué qu'elle était prête à accepter une proposition d'accord présentée par le médiateur.

CHAPITRE V DISPOSITIONS FINALES**Article 14 : Médiation précédent un arbitrage**

Dans l'hypothèse où les parties ont également convenu de recourir à l'arbitrage dans le cadre du règlement d'arbitrage de la CACI, il appartient le cas échéant, à toute partie intéressée, de mettre en œuvre la procédure d'arbitrage, dès lors que la médiation aura pris fin pour l'une des raisons évoquées à l'article 9 ci-dessus.

Article 15 : Entrée en vigueur

Le présent règlement a été adopté par le Conseil d'Administration en sa réunion du 18 juin 2004, modifié le 18 février 2010 et entre en vigueur à compter de cette date.



Edition 2011
Numéro 1