

L'arbitrage de droit commun régi par l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage

Marie-Andrée Ngwe

► **To cite this version:**

Marie-Andrée Ngwe. L'arbitrage de droit commun régi par l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2017, pp.99-107. hal-02550264

HAL Id: hal-02550264

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02550264>

Submitted on 22 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ARBITRAGE

L'arbitrage de droit commun régi par l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage

Me Marie-Andrée NGWE

Avocate, médiatrice, arbitre

Présidente du comité permanent du CAG

Résumé :

L'arbitrage de droit commun est régi par l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage, véritable loi de procédure harmonisée applicable dans les 17 États membres de l'OHADA. Aux côtés de l'arbitrage CCJA dont il est complémentaire, il a sa légitimité et sa vocation propre qui est de permettre le développement d'un arbitrage de proximité. Conforme aux standards internationaux, qu'il soit ad hoc ou institutionnel, il met au cœur du processus les parties, afin de créer une véritable culture locale de l'arbitrage. À ce titre, il donne un rôle essentiel aux institutions nationales d'arbitrage dont la connaissance de terrain et la proximité des acteurs permettent l'enrichissement de la lex arbitri, jusqu'à permettre aujourd'hui d'inspirer une réforme de cette loi uniforme de l'arbitrage OHADA qui tend vers toujours plus d'efficacité et de modernité. Il nous sera donné en particulier de faire part de l'expérience du Centre d'arbitrage du GICAM, Douala (Cameroun).

Summary:

The Uniform Act on arbitration is the ordinary law that governs arbitration. This Uniform Act is a harmonized procedural enactment that is applicable in the 17 member states of OHADA. It exists alongside, and is complementary to CCJA arbitration. But it has its own legitimacy and its own vocation, which is to allow the development of an arbitration of proximity. Whether considered from an ad hoc arbitration viewpoint, or an institutional arbitration viewpoint, the Uniform Act complies with international arbitration standards. It places the parties at the heart of the arbitral procedure in order to create a local culture of arbitration. In this regard, it provides an important role to national arbitration institutions whose understanding of the field and proximity to stakeholders permit the enrichment of the lex arbitri. Today, this role given to national arbitration institutions has inspired a reform of the Uniform Act on arbitration, which aspires for more efficiency and modernity. We shall, in particular, share the experience of the GICAM Arbitration Centre in Douala Cameroon.

Il y a maintenant vingt ans, certains États d'Afrique ont décidé de moderniser et d'harmoniser leur droit des affaires en créant une vaste organisation communautaire : l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, l'OHADA.

Le but recherché avec l'OHADA était de promouvoir l'intégration économique et le développement en créant un cadre juridique sûr afin de faciliter la vie des affaires au sein des États membres. Renforcer la sécurité juridique et judiciaire et assainir le climat des affaires étaient pour les membres fondateurs les préalables indispensables au développement. L'organisation puise donc sa source dans une volonté politique basée sur une motivation économique, celle de prendre part à la mondialisation. Pour cela, les États ont compris face à leurs droits obsolètes, incomplets et les instabilités politiques nombreuses dans cette zone, que prendre part au phénomène de mondialisation du droit était également nécessaire en même temps que l'intégration régionale des États. Les États ont également constaté que l'harmonisation du droit avait pour tendance la dénationalisation du règlement des conflits et que l'arbitrage au vu de ses bénéfices connaissait un rayonnement quasi universel. Aussi, que son développement sur leur territoire devait être encouragé. Ainsi ces États sont passés d'une phase de désintérêt et de résistance face à l'arbitrage, à une phase de législation et d'institutionnalisation croissante. Cette évolution trouve son achèvement dans le Traité du 17 octobre 1993 portant création de l'OHADA, l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires¹.

I.- L'encadrement législatif de l'arbitrage OHADA

A.- Les sources du droit de l'arbitrage OHADA

L'arbitrage OHADA trouve son fondement dans un jeu de règles de source OHADA, mais également dans des textes internationaux et nationaux.

1/ Les règles de source OHADA

Elles sont constituées de certaines dispositions du Traité du 17 octobre 1993 portant création de l'OHADA, des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA) et du règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage, CCJA, datant tous deux du 11 mars 1999. Dès le préambule du Traité, on trouve une référence à l'arbitrage : les hautes parties contractantes se disent « *Désireu[s]es de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels* ».

¹ Créé par le Traité de Port Louis (dit Traité OHADA) du 17 octobre 1993 (révisé le 17 octobre 2008 à Québec, Canada), l'OHADA regroupe aujourd'hui 17 États : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée Bissau, la Guinée, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, la République Centrafricaine, la République démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo. Pour plus d'informations voir le site internet www.ohada.com.

Désir qui se retrouve immédiatement à l'article premier du Traité qui fait de l'arbitrage un outil privilégié pour atteindre l'objectif d'harmonisation du Traité.² L'article 2 du Traité inclut le droit de l'arbitrage dans les matières qui relèvent du droit des affaires³ et de la compétence de l'OHADA. Le but des rédacteurs était de doter la zone d'une législation moderne, l'arbitrage était peu ou pas réglementé dans les États membres il était donc opportun de l'inclure dans le domaine d'uniformisation du droit des affaires de l'OHADA. Un second objectif était de combattre le monopole des centres étrangers qui régissaient la majorité des procédures arbitrales même pour des litiges concernant des parties africaines et des contrats et transactions soumis aux droits locaux, il fallait donc ramener ce contentieux à un niveau régional et le rapprocher des réalités locales.⁴

2/ Les autres sources de l'arbitrage OHADA

Il s'agit principalement des conventions internationales et des accords bilatéraux auxquels les États membres sont parties. Tels que des accords de coopération judiciaire contenant des dispositions relatives à la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales. Mais encore la convention de New York, de Washington, celle de Séoul créant l'agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) ou encore l'accord de partenariat ACPCE comportant un mécanisme d'arbitrage pour le règlement des différends entre États d'Afrique-Caraïbes-Pacifique et les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services liés à un financement du Fonds européen de développement (FED).

B.- La dualité de l'arbitrage OHADA

1/ Une dualité de systèmes...

Le droit de l'arbitrage OHADA est dualiste puisque cohabitent deux formes d'arbitrage.

L'arbitrage proposé par la CCJA est régi par son règlement de procédure et par le Traité OHADA. L'arbitrage dit « classique » est régi par le droit commun : l'AUA. Si les parties renvoient au Traité OHADA ou aux règles CCJA, s'établira alors un cadre institutionnel autour de l'arbitrage, celui de la CCJA.

² Article 1^{er} : « *Le présent Traité 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* ».

³ Article 2 : « *Pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives (...) au droit de l'arbitrage (...)* ».

⁴ Voir E. Jr. BILLE KANGAH, Mémoire de fin d'étude : « *le système d'arbitrage issu de l'OHADA au regard de l'objectif de sécurisation juridique des activités économiques dans les Etats parties* ».

Si, dans leur clause d'arbitrage, les parties renvoient à l'AUA alors cet arbitrage ne s'inscrira pas dans un cadre institutionnel (il sera *ad hoc*), mais sera gouverné dans certains de ses aspects processuels par l'AUA.

Enfin, si les parties dans la clause d'arbitrage situent l'arbitrage dans un des États membres et le soumettent à des règles institutionnelles d'un centre autre que la CCJA, l'AUA s'appliquera aux aspects qui ne sont pas réglés par ces règles institutionnelles.

2/ ...mais une unité de régime

Le régime juridique de l'arbitrage, quant à lui, est unique. En effet, le droit OHADA ne distingue pas entre arbitrage interne et arbitrage international⁵ et ne crée pas un régime juridique propre à l'arbitrage international. En ne distinguant pas entre arbitrage interne et arbitrage international, le législateur OHADA propose un régime unique, uniforme à l'arbitrage et ne restreint pas l'application de son droit de l'arbitrage. Il est également souligné⁶ dans le sens de l'uniformité du régime de l'arbitrage que les rédacteurs OHADA n'ont pas prévu de règles particulières à d'autres formes d'arbitrage devant siéger dans l'espace OHADA. Il n'est pas non plus distingué entre arbitrage civil et arbitrage commercial, toujours dans un but d'effectivité du droit uniforme de l'arbitrage. Ce choix qui n'est pas unique à l'OHADA a été salué par la doctrine : « (...) *au caractère internationaliste déjà très poussé de la loi uniforme qui a vocation à s'appliquer dans seize États, tracer une nouvelle frontière entre cet « espace OHADA » et les autres pays du monde peut paraître inutile et dangereux* »⁷. Son champ d'application très large joue pour son effectivité.

Outre l'unité de son régime, le droit de l'arbitrage OHADA a été qualifié de moderne, voire de novateur, par les analystes.

⁵ En revanche, avant la création de l'OHADA, certains États membres tels que la Côte d'Ivoire et le Mali distinguaient ces arbitrages et avaient repris la jurisprudence française MATTER et son critère économique pour qualifier d'international l'arbitrage qui met en jeu les intérêts du commerce international.

⁶ Voir J. SOSSOU BIADJA, *op. cit.*

⁷ Communication de Monsieur Amady BA, Magistrat Directeur du Centre de Formation Judiciaire Dakar - Sénégal - in *Droit de l'arbitrage OHADA* session de formation des formateurs auxiliaires de justice (Greffiers & Huissiers de Justice) MODULE 1 du 9 au 21 juillet 2001.

II.- La modernité et l'originalité du droit commun de l'arbitrage OHADA

A.- Des dispositions favorables au déroulement de la procédure arbitrale

Les deux régimes de l'arbitrage OHADA sont favorables à l'arbitrage et contiennent les grands principes de l'arbitrage international. Ainsi, la convention d'arbitrage est considérée comme autonome⁸, elle peut être prouvée par tout moyen, elle a un effet obligatoire et sa validité sera appréciée au regard de la commune volonté des parties⁹. Le principe de compétence-compétence est également posé¹⁰. Dans le même sens, et suivant la tendance internationale, la volonté des parties est centrale dans le droit de l'arbitrage OHADA. Ainsi, on retrouve dans l'Acte la possibilité d'un arbitrage d'amiable composition, la liberté de choix de la langue, du droit applicable, de la loi procédurale. En effet, le siège n'est qu'un critère supplétif et non impératif¹¹ de l'application de l'Acte uniforme. Ainsi les parties pourront lui préférer un autre droit y compris pour les procédures prenant place sur le territoire de l'OHADA. En outre, selon l'AUA, les personnes morales de droit public peuvent aller à l'arbitrage. Le législateur a fait, ici encore, preuve de modernité. D'autant plus que la plupart des droits nationaux, largement inspirés du droit français, n'autorisaient pas un tel recours.

B.- Une exécution des sentences facilitée dans les textes, mais qui reste problématique en pratique

Si l'on va maintenant directement au résultat de l'arbitrage, c'est-à-dire la sentence et son exécution, il est notable que l'AUA pose des conditions d'exequatur plus souples que celles de la convention de New York. Cependant, l'AUA donne la primauté aux conventions internationales¹², ce qui aboutit à une conséquence paradoxale, car les États de l'OHADA non parties à la convention de New York soumettront les sentences étrangères à un régime beaucoup plus souple que celui qui sera appliqué dans les États de l'OHADA parties à la convention de New York. Il aurait sans doute mieux valu que le législateur de l'OHADA ne pose pas cette règle et laisse s'appliquer l'article 7 de la convention de New York selon lequel « (...) [l]es dispositions de la présente convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États

⁸ C'est ce qu'il ressort de l'article 4 de l'AUA, la convention est autonome quant au contrat principal ainsi qu'au droit applicable audit contrat. La même notion se retrouve à l'art 10.4 du RA/CCJA : « (...) 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 ».

⁹ Article 4 AUA.

¹⁰ Article 11 AUA.

¹¹ Article 1^{er} de l'AUA.

¹² Article 34 de l'AUA.

contractants en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales (...) ». À la différence de l'arbitrage CCJA et son exequatur communautaire, les sentences issues de l'arbitrage classique doivent obtenir l'exequatur devant le juge étatique. L'Acte uniforme parle du « *juge compétent dans l'État partie* »¹³ sans plus de précision. En conséquence, il revient à chaque État de procéder à sa désignation. C'est ce même juge qui sera saisi pour une difficulté au cours de la procédure. Pourtant, depuis l'adoption de l'Acte en 1999, seuls trois États ont désigné leur juge d'appui : le Cameroun¹⁴, la Côte d'Ivoire¹⁵ et très récemment le Sénégal¹⁶. La procédure est engagée au Togo. Soit seulement 3 États sur 17. Dans les pays concernés, ce vide juridique est un frein au développement de l'arbitrage en raison de l'incertitude procédurale qui en résulte.

En résumé, l'OHADA grâce à son travail d'unification a permis de doter les États membres d'une législation moderne, au fait des avancées du droit comparé de l'arbitrage.

Il existe des points d'amélioration, et la CCJA, dans le cadre de sa mission d'interprétation du droit communautaire, joue son rôle en se positionnant progressivement sur les points d'ombre et en encourageant les bonnes pratiques. La doctrine est également active pour les chercher et proposer des réformes. Les institutions d'arbitrage, présentes au cœur des procédures, jouent également un rôle clé. D'abord dans le développement d'une culture locale de l'arbitrage, mais également en tant que laboratoire de l'efficacité du droit commun de l'arbitrage. Comme expliquées en amont, les procédures prenant place dans un centre de la zone sont régies d'abord par leur règlement de procédure puis de manière supplétive par l'AUA. Or, la plupart des règlements d'arbitrage des centres sont inspirés de l'AUA, puis parfois améliorés sur la base de leur expérience locale et leur connaissance des besoins pratiques des parties. Les centres ont ainsi un rôle central dans ce mouvement qui va de la codification à la pratique et vice et versa. Il est donc naturel que dans le contexte de la réforme en cours de l'Acte uniforme les diverses institutions de la zone aient été interrogées afin d'apporter leur retour sur leur pratique.

¹³ Article 25 AUA.

¹⁴ Le juge du contentieux de l'exécution camerounais est déterminé par la loi n° 2007/001 du 19 avril 2007, qui fixe également les conditions de l'exécution des décisions judiciaires et actes publics étrangers, ainsi que les sentences arbitrales étrangères. L'article 2 de la loi rend de sa compétence "[les] *demandes en reconnaissance et en exequatur des sentences arbitrales nationales et étrangères*". C'est le Président du tribunal de première instance du lieu où l'exécution a lieu qui est compétent. Par ailleurs, la loi N° 2003-9 du 10 juillet 2003 désigne les juridictions compétentes visées à l'Acte uniforme relatif au Droit de l'arbitrage, et fixe leur mode de saisine.

¹⁵ Voir l'ordonnance n° 2012-158 du 09 Février 2012 déterminant l'intervention des juridictions nationales dans la procédure d'arbitrage.

¹⁶ Le décret n°2016-1192 du 03 août 2016 porte désignation de la juridiction nationale compétente en matière de coopération étatique dans le cadre de l'arbitrage.

III.- Le retour de la pratique : l'exemple du Centre d'arbitrage du GICAM à Douala

Il nous est permis de parler d'un cas que nous connaissons bien, celui de l'arbitrage au Cameroun et de la pratique du Centre d'arbitrage du GICAM, le CAG. Pour les pays de la zone OHADA, il est unanimement reconnu l'utilité d'une offre locale d'arbitrage. Comme il l'a déjà été dit, de manière liminaire, celle-ci est complémentaire des centres régionaux tels que la CCJA ou des centres d'envergure internationale. L'objectif du CAG est de permettre le recours à l'arbitrage y compris pour les petites et moyennes entreprises, voire les très petites entreprises, pour des litiges parfois à faible montant.

A.- Présentation du CAG

Le CAG est né en 1997 de la volonté des membres de la plus importante et ancienne association patronale du Cameroun, le Groupement interpatronal du Cameroun, GICAM.

Celui-ci, conscient des vertus de l'arbitrage, souhaitait son développement et sa promotion au Cameroun pour les sociétés y opérant. A donc été créé le CAG, autour d'un règlement intérieur, d'un règlement d'arbitrage aligné sur l'AUA, et d'institutions garantes de son fonctionnement. En effet, un Conseil supérieur et un comité permanent, composés de personnalités reconnues pour leur expertise et leur expérience en matière juridique et d'arbitrage, œuvrent de concert avec le secrétaire général, lui-même assisté d'une équipe de greffiers, au fonctionnement du CAG et à la bonne administration des affaires. Aujourd'hui, si le Conseil exécutif du Gicam au travers du Conseil supérieur participe toujours à définir les orientations générales du Centre et à la nomination des membres de ses institutions, le CAG a progressivement acquis son autonomie vis-à-vis de l'organisation du GICAM, et ses services sont loin d'être réservés à ses entreprises membres. En effet, les prestations du CAG s'adressent aux entreprises camerounaises ou étrangères, à condition que le différend ait un lien avec le Cameroun, que le litige concerne une matière commerciale et qu'il soit d'ordre contractuel. Le CAG peut être saisi tant par des entreprises, des particuliers ou même l'État, qui est, on le voit, de plus en plus impliqué dans des arbitrages. Après quize ans d'exercice, puisque le CAG a reçu sa première affaire en 2000, nous pouvons affirmer que nous avons été surpris, et agréablement, par la variété des litiges, des parties et des montants qu'a eu à administrer le Centre. À ce jour 119 affaires ont été enregistrées par le CAG, avec une nette croissance depuis 2012, 49 ont eu pour finalité une sentence, 42 ont été classées (4 arrangements à l'amiable et 42 pour frais non payés) et 28 sont en cours de traitement.

B.- Constatations et pistes de réflexion

Le CAG s'est donné pour objectif de participer à la naissance d'une culture de l'arbitrage au Cameroun et dans la sous-région. Nous croyons fermement à l'importance du rôle des institutions locales d'arbitrage en ce sens. Et à la multiplication d'actions concrètes dans une stratégie des « petits pas » afin d'amener les acteurs africains à s'approprier l'arbitrage, dont les bénéfices ne sont plus à démontrer. En ce sens, au CAG plusieurs axes sont poursuivis sur le constat de la pratique : organisation d'évènements scientifiques à destination de divers publics de la communauté économique et juridique, formation pratique de haut niveau sur la technique de l'arbitrage pour les arbitres et rencontres autour de l'arbitrage pour tous les acteurs de l'arbitrage sur des thèmes techniques très précis. Chaque thème d'une rencontre est traité en 2 heures 30 pour ne pas éloigner les participants trop longtemps de leurs activités professionnelles et est traité sous un angle pratique et technique. Sont utilisées des compétences nationales et internationales.

Les sujets abordés pour 2016 ont été : le dialogue autour de l'actualité, du bon usage de l'arbitrage par les entreprises, l'office de l'arbitre, l'approche pratique de la rédaction de la convention d'arbitrage, la mise en œuvre du règlement d'arbitrage, les droits et les obligations des acteurs de l'arbitrage (parties, arbitres, centres), la rédaction de la sentence : les clés et bonnes pratiques utiles à l'arbitre et guide pratique du choix du bon arbitre.

Ainsi pourront être évités un nombre important de clauses pathologiques, la confusion avec la procédure judiciaire, la fixation irréaliste du montant de la demande conduisant à des frais d'arbitrage très importants que le demandeur ne peut pas payer, etc.

Nous espérons ainsi faire face au besoin de formation qui nous paraît très important tant pour les magistrats, les arbitres, les avocats et les responsables juridiques des entreprises. Enfin, tant pour les formations que pour les arbitrages nous, essayons d'attirer des arbitres de diverses origines culturelles et juridiques, pour faire bénéficier aux parties locales de l'arbitrage d'un transfert de *know-how* et aux entreprises des compétences adaptées à leurs besoins et à la diversité de leurs litiges.

Une autre considération venant de notre pratique est que le coût de l'arbitrage, réel ou supposé, est un frein à l'arbitrage. Nous avons pu le constater au CAG où un tiers environ des procédures ont été classées faute de paiement de la provision, parfois par manque de moyens. Ainsi, le CAG a expérimenté la demande d'application de décisions d'assistance judiciaire obtenues devant la justice étatique. Le Centre n'a pu, bien sûr, y donner une suite favorable. Cela pose la question de l'accès à l'arbitrage notamment pour les entreprises en difficultés, et plus généralement du financement de l'arbitrage. Cette question est éminemment d'actualité, y compris dans les pays du Nord. Les solutions qui y sont proposées

sont-elles transposables dans la zone OHADA ? Pour le moment le sujet est ignoré. Mais l'expérience pratique montre qu'il faut s'y pencher à court terme sous peine de voir nombre d'entreprises refuser les clauses compromissaires, et de voir se renforcer la méfiance envers l'arbitrage qualifié de « justice de riches ». Un autre point est à prendre en compte : celui des frais d'enregistrement demandés parfois par l'administration fiscale au moment de l'exequatur de la sentence. Le bien-fondé de cet impôt dont le taux est proportionnel et qui est dû en cas de jugement est, selon nous, discutable en matière d'arbitrage. Pour ce qui est du coût supposé, il est courant d'entendre des parties africaines dire que l'arbitrage est cher par rapport à celui de la justice. Qu'il soit administré par la CCJA ou par un centre national la réflexion peut surprendre alors même que les coûts devant d'autres centres régionaux ou internationaux sont plus élevés. En outre, les parties expriment parfois leurs réticences à l'idée de payer des arbitres, juges privés, qui pourront les faire succomber. La perception est différente quand il s'agit des frais de justice devant les juridictions nationales. Il s'agit, une nouvelle fois ici, de perceptions à corriger avec de la sensibilisation et de l'information.

Enfin, la coopération entre centres et le développement de la communication nous paraissent essentiels. Nous ne pouvons donc que saluer l'initiative du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar et être reconnaissante de l'invitation qui nous a été faite de partager notre modeste expérience.