Éditorial

Un pont sur l'océan Indien… du moins en jeter les bases, dans les relations commerciales entre les différents acteurs du secteur économique, voilà l'ambition des principaux organisateurs de ce beau colloque organisé fin 2016 à Antananarivo (Madagascar), sous l'égide de la Chambre de commerce et d'industrie, du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM) et de l'université catholique de Madagascar (UCM). Les travaux ont duré trois jours, durant lesquels de nombreux experts, universitaires et praticiens du droit, spécialisés en droit de l'arbitrage international, en provenance des pays les plus divers, pays de l'océan Indien, mais aussi d'Afrique ou d'Europe, ont pu échanger leurs expériences, points de vue, et partager leurs propositions.

Il fallait déjà démontrer et convaincre de l'intérêt de recourir à l'arbitrage, plutôt qu'à la justice étatique classique, dans un contexte géographique où la diversité des systèmes juridiques peut rendre la sécurité juridique et la confiance envers les opérateurs étrangers plus fragiles. Souligner, de même, les grandes qualités que l'on peut attendre des arbitres internationaux africains qui, pour être novices dans ce secteur, car on hésite à faire appel à eux, pour leur préférer les « stars » en la matière, n'en présentent pas moins les qualités que l'on est en droit d'attendre d'un arbitre. L'efficacité internationale des sentences rendues passe aussi par la diversité d'origine des arbitres. Venir d'horizons multiples pour converger vers une solution acceptée par tous, là se situe le véritable enjeu, le tout grâce à une approche comparative des différents droits relatifs à l'arbitrage.

Il fallait aussi rendre compte des difficultés rencontrées, tant par les parties ayant recours à l'arbitrage (un coût parfois trop élevé, une confiance malmenée…) que par les arbitres eux-mêmes. La constitution du tribunal arbitral requiert parfois l'aide du juge étatique, comme juge d'appui, mais lequel ? L'impartialité est un gage de bonne justice, mais est-on réellement à l'abri de toute tentative de corruption et l'éthique est-elle respectée ? On peine aussi à bien connaître les sentences arbitrales rendues et leur contenu, ce qui contribue à rendre la sphère du contentieux arbitral un peu opaque et suscite de nombreuses réticences. Il faudrait rendre les sentences accessibles, les publier.

Voilà, en un bref panorama, les différentes questions qui ont été abordées.

« Jeune, petit et isolé », l'arbitrage international dans l'océan Indien présente néanmoins tous les atouts pour devenir grand et incontournable, pour peu qu'on le fasse avec intelligence. De cette intelligence, les nombreux intervenants n'en ont pas manqué et nous remercions sincèrement notre ami Johary Ravaloson d'avoir confié à la Revue juridique de l'océan Indien la publication des actes de ce magnifique colloque.

Élise RALSER

REVUE JURIDIQUE DE L'OCÉAN INDIEN
Numéro 24 – 2017

SOMMAIRE

COLLOQUE

Colloque international sur l'arbitrage
Colloque organisé par le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar en partenariat avec l'université catholique de Madagascar
(18, 19 et 20 octobre 2016, Antananarivo – Madagascar)

Avant-propos
Pr. Raymond RANJEVA 1

PRATIQUES COMPARÉES

Le rôle du juge judiciaire dans le développement de l'arbitrage : pratiques comparées russes, françaises et européennes en général
Antoine LEROSIER 3

Juge judiciaire, acteur de l'essor de l'arbitrage (cas français, malgache et mauricien)
Lalaina CHUK HEN ~~SU~~ 9

Analyse comparative entre Maurice et Madagascar sur les spécificités liées à l'arbitrage international et à l'arbitrage institutionnel
Me Dipna GUNNOO 19

Suggestions pour promouvoir la place de l'arbitrage en Afrique. Madagascar et la Tunisie comme illustration
Walid BEN HAMIDA 39

ETHIQUE ET LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

La déontologie de l'arbitre
Romain DUPEYRE 49

Arbitrage et éthique : causes du mal, évolution récente et pistes d'amélioration – Regards sur le monde et sur l'océan Indien
Fernande ANILHA
Julien MAGAMOOTOO 55

L'arbitrage et la lutte contre la corruption
Nicolas LIGNEUL 65

La Charte confiance du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM)
Gérard RAMANGAHARIVONY 75

DROITS DES INVESTISSEMENTS

L'État dans l'arbitrage d'investissement
Hery Frédéric RANJEVA 81

Arbitrage et sécurisation juridique des investissements. « L'arbitrage comme moyen de sécurisation des investissements à Madagascar »
Raphaël JAKOBA 89

L'ARBITRAGE OHADA

L'arbitrage de droit commun régi par l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage
Marie-Andrée NGWE 99

Le règlement par voie d'arbitrage des litiges relatifs aux investissements dans l'espace OHADA
Gaston KENFACK 109

La pratique de l'arbitrage OHADA selon le règlement d'arbitrage CCJA
Sylvie BEBOHI EBONGO 129

Règlement alternatif des litiges commerciaux et économiques dans la zone francophone
Johary RAVALOSON 137

Rapport général
Johary RAVALOSON
Lalaina CHUK HEN SHUN
ESM. Haja RAHARY 141

Les opinions exprimées dans cette revue n'engagent que leurs auteurs, et aucunement les responsables de la Revue Juridique de l'océan Indien.
Par ailleurs, le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2 ° et 3 ° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).
Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Éditorial

Un pont sur l'océan Indien… du moins en jeter les bases, dans les relations commerciales entre les différents acteurs du secteur économique, voilà l'ambition des principaux organisateurs de ce beau colloque organisé fin 2016 à Antananarivo (Madagascar), sous l'égide de la Chambre de commerce et d'industrie, du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM) et de l'université catholique de Madagascar (UCM). Les travaux ont duré trois jours, durant lesquels de nombreux experts, universitaires et praticiens du droit, spécialisés en droit de l'arbitrage international, en provenance des pays les plus divers, pays de l'océan Indien, mais aussi d'Afrique ou d'Europe, ont pu échanger leurs expériences, points de vue, et partager leurs propositions.

Il fallait déjà démontrer et convaincre de l'intérêt de recourir à l'arbitrage, plutôt qu'à la justice étatique classique, dans un contexte géographique où la diversité des systèmes juridiques peut rendre la sécurité juridique et la confiance envers les opérateurs étrangers plus fragiles. Souligner, de même, les grandes qualités que l'on peut attendre des arbitres internationaux africains qui, pour être novices dans ce secteur, car on hésite à faire appel à eux, pour leur préférer les « stars » en la matière, n'en présentent pas moins les qualités que l'on est en droit d'attendre d'un arbitre. L'efficacité internationale des sentences rendues passe aussi par la diversité d'origine des arbitres. Venir d'horizons multiples pour converger vers une solution acceptée par tous, là se situe le véritable enjeu, le tout grâce à une approche comparative des différents droits relatifs à l'arbitrage.

Il fallait aussi rendre compte des difficultés rencontrées, tant par les parties ayant recours à l'arbitrage (un coût parfois trop élevé, une confiance malmenée…) que par les arbitres eux-mêmes. La constitution du tribunal arbitral requiert parfois l'aide du juge étatique, comme juge d'appui, mais lequel ? L'impartialité est un gage de bonne justice, mais est-on réellement à l'abri de toute tentative de corruption et l'éthique est-elle respectée ? On peine aussi à bien connaître les sentences arbitrales rendues et leur contenu, ce qui contribue à rendre la sphère du contentieux arbitral un peu opaque et suscite de nombreuses réticences. Il faudrait rendre les sentences accessibles, les publier.

Voilà, en un bref panorama, les différentes questions qui ont été abordées.

« Jeune, petit et isolé », l'arbitrage international dans l'océan Indien présente néanmoins tous les atouts pour devenir grand et incontournable, pour peu qu'on le fasse avec intelligence. De cette intelligence, les nombreux intervenants n'en ont pas manqué et nous remercions sincèrement notre ami Johary Ravaloson d'avoir confié à la Revue juridique de l'océan Indien la publication des actes de ce magnifique colloque.

Élise RALSER

ARBITRAGE

Avant-propos

Pr. Raymond RANJEVA
Agrégé des facultés de droit
Ancien vice-président de la Cour internationale de justice (CIJ)
Président de la Société africaine de droit international
Arbitre du CAMM

L'attractivité du mode alternatif de règlement des différends est liée à la plus-value ou l'intérêt qu'il offre aux parties litigantes par rapport au mode judiciaire ordinaire. La célérité ou le coût sont des facteurs secondaires par rapport à l'expectative des parties concernées. Cette plus-value affecte aussi bien le mécanisme de l'arbitrage que l'éthique au fond de l'institution arbitrale.

La première question afférant au mécanisme porte moins sur l'uniformisation internationale des règles que sur la promotion intellectuelle et médiatique des modalités particulières du système malgache dans un souci de garantie de la sécurité juridique. À cette fin, la publication des statistiques les plus complètes et des performances en matière d'arbitrage représente le meilleur atout objectif pour mesurer l'attractivité d'un système à base consensuelle de compétence.

Le second facteur de l'attractivité s'articule autour des conditions intrinsèques de l'accomplissement de la fonction juridictionnelle arbitrale. Le recours à l'arbitrage n'a d'intérêt que si le mode alternatif peut s'articuler autour d'une institution judiciaire crédible et performante.

Par ailleurs, pas d'arbitrage crédible sans un État crédible et stable : cohérent, non par la composition de ses organes, mais par la continuité des objectifs et des actions, car accepté comme garant de la sécurité juridique.

La dimension éthique individuelle et institutionnelle représente également un facteur pour l'attractivité. Pour résumer, la responsabilité du succès du mode alternatif repose sur l'engagement de tous pour une justice de confiance, de paix et de sécurité.

ARBITRAGE

Le rôle du juge judiciaire dans le développement de l'arbitrage : pratiques comparées russes, françaises et européennes en général

Antoine LEROSIER
Avocat au barreau de Paris
Foley Hoag LLP

Résumé :

L'objet du présent article est de préciser, par une approche transversale et comparée, l'interaction fondamentale entre le juge judiciaire et la pratique arbitrale.

Il serait aisé, sans procéder à une analyse plus avancée, d'admettre que l'institution judiciaire et l'institution arbitrale constituent deux entités incompatibles par leur nature et leur fonctionnement, que la première ne pourrait qu'interférer avec le bon fonctionnement de la seconde. Cependant, et la pratique le démontre, le fait de vouloir réduire à néant l'intervention du juge judiciaire dans la procédure arbitrale ne contribue pas au développement de cette dernière.

L'arbitrage n'est pas un système entièrement autosuffisant. Dès lors qu'une des parties au litige décide de ne pas honorer la clause compromissoire, le compromis, ou la sentence, la procédure arbitrale s'effondre. Dans ce cas, le recours au juge judiciaire est indispensable pour assurer l'efficacité de l'arbitrage.

En tant que soutien ou régulateur, le juge judiciaire est susceptible d'intervenir à différents stades de la procédure arbitrale. Ainsi, celui-ci peut officier en tant que juge d'appui pour résoudre les difficultés empêchant l'arbitrage de se dérouler, il peut aussi prononcer des mesures conservatoires ou provisoires, ou encore exercer les fonctions de juge du contrôle à l'occasion du recours en annulation ou de l'exequatur d'une sentence.

Suivant les différentes étapes procédurales susmentionnées, l'approche comparative du droit russe, français et de certaines spécificités provenant de

différents systèmes juridiques européens, permettra de mettre en exergue la relation nécessaire entre le juge judiciaire et le tribunal arbitral.

I.- L'intervention du juge judiciaire en tant que juge d'appui

La mission principale du juge d'appui consiste à résoudre des situations de blocage et à surmonter les difficultés afférant au déroulement de la procédure arbitrale. Parfois, il arrive que les parties ne prévoient pas la procédure de nomination des arbitres ou de résolution des difficultés auxquelles elle donne lieu. Leur volonté peut être exprimée de manière équivoque ou le règlement d'arbitrage, auquel elles se sont référées, être inefficace à résoudre le problème. C'est dans ces multiples cas qu'intervient le juge d'appui.

Concernant le droit russe, depuis le 1er septembre 2016 la législation arbitrale, relative tant à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international, prévoit un recours possible au juge étatique en tant que juge d'appui pour remédier à des situations de blocage résultant de la non-désignation d'un arbitre par une des parties au litige ou de la récusation d'un arbitre[1]. Auparavant, sous l'empire de la loi du 7 juillet 1993, le législateur russe n'avait purement et simplement pas prévu la fonction de juge d'appui au profit du juge étatique, ce qui entraînait pratiquement la fin de la procédure arbitrale en cas de blocage[2].

S'agissant du droit français, l'article 1506 du Code de procédure civile (ci-après « CPC ») reprend simplement, et prévoit l'application à l'arbitrage international, des articles 1456 (récusation de l'arbitre), 1457 (litige né à propos de la désignation de l'arbitre), 1458 (litige né à propos de la révocation de l'arbitre), et 1463 (prorogation du délai de l'arbitrage) du même Code.

Par ailleurs, en matière d'arbitrage international, le juge d'appui français est compétent si le siège de l'arbitrage se trouve en France, si les parties ont choisi la loi française comme loi procédurale, mais aussi lorsque « *les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale* ». Ainsi, les parties à l'arbitrage, dans la clause compromissoire ou une fois le litige né, dans une convention spéciale, peuvent prévoir la compétence du juge d'appui français, alors que l'arbitrage ne se déroule pas en France et que l'arbitrage est régi par un droit de l'arbitrage étranger. De plus, le juge d'appui français est compétent « *si l'une*

[1] Loi fédérale n° 382-FZ du 29 décembre 2015 sur l'arbitrage en fédération de Russie. Loi fédérale n° 409-FZ du 29 décembre 2015 portant modification de certains actes législatifs de la fédération de Russie. Voir également : code russe de procédure arbitrale, et code russe de procédure civile.
[2] Loi fédérale n° 5338-1 du 7 juillet 1993 sur l'arbitrage commercial international. Loi fédérale n° 102-FZ du 24 juillet 2002 sur les tribunaux arbitraux en fédération de Russie.

des parties est exposée à un risque de déni de justice ». L'article 1505 CPC reprend sur ce point l'arrêt *Société NIOC c/ État d'Israël*[3]. Toutefois, le législateur s'est montré ici plus audacieux que la Cour de cassation en ne retenant pas le critère du lien avec l'ordre juridique français pour que la théorie du déni de justice s'applique. Le juge d'appui français accède de ce fait à une véritable compétence universelle, se plaçant en sauveur des procédures arbitrales internationales.

Le statut de juge d'appui est aussi consacré, avec des pouvoirs et des champs de compétences variables, par d'autres législations européennes en matière d'arbitrage. À titre d'exemple, l'article 185 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 prévoit que les parties peuvent recourir au juge judiciaire si nécessaire. De même, l'article 1050 du Code de procédure civile allemand autorise les parties à demander au juge judiciaire de prendre toute mesure que le tribunal arbitral n'a pas le pouvoir de prendre. Ou encore, la loi anglaise sur l'arbitrage de 1996, en son article 42, permet au juge judiciaire de contraindre par ordonnance une partie récalcitrante aux instructions du tribunal arbitral ou faisant obstruction au déroulement de la procédure[4]. Cependant, il est important de souligner que, contrairement au juge judiciaire français, les autorités judiciaires suisses et anglaises ne sont pas compétentes en tant que juge d'appui pour des arbitrages ayant leur siège à l'étranger, sauf en matière d'obtention de preuves pour le seul juge judiciaire anglais[5].

II.- Le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires par le juge judiciaire

À l'exception notable du droit italien de l'arbitrage qui interdit au tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires[6], les principales législations européennes permettent au tribunal arbitral, et évidemment au juge judiciaire, de prononcer de telles mesures. Dès lors, le véritable enjeu réside dans l'étendue de la compétence du juge judiciaire et du tribunal arbitral pour adopter des mesures provisoires ou conservatoires. Précisément, une distinction se dessine entre compétence concurrente du juge judiciaire et de l'arbitre, à savoir le pouvoir pour le juge judiciaire d'ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire alors même que la procédure arbitrale est initiée, et compétence subsidiaire du juge judiciaire par rapport à l'arbitre, correspondant au pouvoir limité de juge judiciaire

[3] Civ. 1re, 1er février 2005, Rev. arb. 2005. 693, note H. MUIR WATT ; *RCDIP* 2006. 540, note T. CLAY.
[4] Pour une analyse complète de la loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 voir B. HARRIS, R. PLANTEROSE, J. TECKS, *The Arbitration Act 1996 (A Commentary)*, 5e edition, Wiley Blackwell, 2014.
[5] Loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : articles 2(3), 43 et 44.
[6] Code de procédure civile italien : article 818.

d'ordonner des mesures conservatoires ou provisoires dès lors que le tribunal arbitral est constitué.

Ayant adopté le principe d'une compétence concurrente entre le juge judiciaire et le tribunal arbitral, le droit russe permet aux parties à une procédure arbitrale de demander soit au tribunal arbitral[7], soit au juge judiciaire[8], d'ordonner toute mesure conservatoire ou provisoire. Néanmoins, caractéristique regrettable qui n'a pas été réformée par la loi fédérale du 29 décembre 2015 sur l'arbitrage, le tribunal arbitral devra prendre soin d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en la forme d'une sentence partielle, une simple ordonnance en la matière n'étant pas susceptible d'exécution devant les tribunaux russes, le cas échéant[9].

Avec moins de complexités procédurales, notons que le droit allemand[10] et le droit suédois[11] de l'arbitrage consacrent également une compétence concurrente entre le juge judiciaire et le tribunal arbitral.

Partisan du principe de compétence subsidiaire du juge judiciaire dans la mesure où le tribunal arbitral est déjà constitué, le droit français de l'arbitrage reconnaît au tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il estime nécessaire, à l'exception des saisies conservatoires et sûretés judiciaires qui relèvent de la seule compétence des juridictions étatiques[12]. Cette exception s'explique par la nature de la fonction arbitrale : l'arbitre étant un juge privé, il ne rend pas la justice au nom de l'État et ne peut donc disposer des attributs dévolus par l'État au juge judiciaire, c'est-à-dire, du pouvoir de coercition nécessaire à l'exécution des deux mesures conservatoires précitées[13]. Par conséquent, avant la constitution du tribunal arbitral, le juge judiciaire a seul compétence pour ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire, puis, après la constitution du tribunal arbitral, ce même juge judiciaire ne pourra qu'ordonner des saisies conservatoires ou sûretés judiciaires.

À l'instar du droit français de l'arbitrage, la loi anglaise sur l'arbitrage de 1996, en son article 44, prévoit que la compétence des juridictions étatiques est subsidiaire par nature, et que les pouvoirs du juge judiciaire en matière de mesures provisoires ou conservatoires sont limités aux cas suivants : (i) le tribunal arbitral

---

[7] Loi fédérale n° 5338-1 du 7 juillet 1993 sur l'arbitrage commercial international : article 17. Confirmé par la loi fédérale n° 382-FZ du 29 décembre 2015 sur l'arbitrage en fédération de Russie.
[8] *Id*.
[9] Cour suprême de la fédération de Russie, chambre arbitrale (formation plénière), Résolution du 5 octobre 2010 n° 6547/10 concernant l'affaire n° A56-63115/2009.
[10] Code de procédure civile allemand : article 1041.
[11] Loi suédoise sur l'arbitrage de 1999 : article 4(3). Code de procédure judiciaire suédois : article 5.
[12] Code de procédure civile français : articles 1468 et 1506.3°.
[13] Sur la question de l'*imperium* et des mesures provisoires et conservatoires : C. JARROSSON, « Réflexions sur l'imperium », in *Etudes offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 245 ; P. MAYER, « Imperium de l'arbitre et mesures provisoires », in *Mélanges J.-F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 437.

n'a pas encore été constitué ; (ii) le tribunal n'est pas en mesure d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires ; (iii) certaines situations d'urgence.

III.- L'intervention du juge judiciaire en tant que juge du contrôle de la sentence

Le juge judiciaire est généralement amené à contrôler la conformité d'une sentence à deux occasions : lors du recours en annulation à l'encontre d'une sentence rendue dans son pays, et à la suite d'une demande de reconnaissance et d'exécution dans son pays d'une sentence rendue à l'étranger.

À propos du recours en annulation, les cas d'ouverture de ce recours dans la plupart des législations évoquées dans cet article sont similaires à ceux du droit français de l'arbitrage, donc de l'article 1520 CPC[14]. Quelques particularités locales méritent cependant d'être mentionnées.

En droit russe, le droit des sociétés n'est pas une matière arbitrable. Partant, toute sentence connaissant de problématiques ou d'aspects de droit russe des sociétés est annulée par les juridictions de contrôle en cas de recours en annulation.[15] Néanmoins, cette spécificité sera partiellement gommée à partir du 1er février 2017, le législateur russe ayant défini une liste limitative de litiges relatifs au droit des sociétés qui pourront être soumis à l'arbitrage[16].

Concernant la possibilité d'exercer le recours en annulation, les droits français[17], russe[18], suisse[19], néerlandais[20] et anglais[21] permettent aux parties de renoncer à ce recours. Toutefois, cette faculté est à considérer avec précaution, eu égard au risque pour les parties de subir les conséquences d'une sentence manifestement illégale sans pouvoir remédier à cette situation auprès du juge judiciaire.

---

[14] Code de procédure civile français, article 1520 : « *Le recours en annulation n'est ouvert que si :*
1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou
2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou
3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou
4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou
5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international ».

[15] Cour suprême de la fédération de Russie, chambre arbitrale, *Metallurgical Company c. Maximov*, 15 août 2012 (VAS-15384/11).

[16] Loi fédérale n° 382-FZ du 29 décembre 2015 sur l'arbitrage en fédération de Russie.

[17] Code de procédure civile français : article 1522.

[18] Loi fédérale n° 382-FZ du 29 décembre 2015 sur l'arbitrage en fédération de Russie.

[19] Loi fédérale suisse sur le droit international privé : article 192.

[20] Code de procédure civile néerlandais : article 1064.

[21] Loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : article 69 (il n'est possible de renoncer qu'au recours en annulation concernant la révision des points de droit de la sentence).

Enfin, dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence, les différents juges nationaux cités précédemment appliquent le test de l'article 5 de la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958[22]. Reste le singularisme du juge judiciaire français qui accepte de reconnaître en France une sentence annulée par les juridictions du siège de l'arbitrage (cas de refus de reconnaissance d'une sentence selon l'article 5 de la convention de New York, mais possibilité permise en application de l'article 7 de la même convention)[23].

À la lumière de cette analyse, il est permis d'affirmer que l'efficacité de l'arbitrage ne dépend pas uniquement du fonctionnement du système arbitral mais aussi du rôle et de l'implication du juge judiciaire. Si l'intervention ponctuelle du juge étatique dans la procédure arbitrale est nécessaire, celle-ci doit être encadrée par une législation favorable à l'arbitrage et par une sensibilisation et une formation accrues du corps judiciaire aux subtilités et spécificités de l'institution arbitrale.

[22] Convention de New-York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958.

[23] Civ. 1re, 29 juin 2007, *Putrabali,* Bull. civ. I, n° 250. Rev. Arb. 2007, p. 499, J.-P ANCEL et E. GAILLARD ; *JDI*, 2007, p. 1236, obs. T.CLAY ; *RCDIP,* 2008, p. 109, S. BOLLÉE.

ARBITRAGE

Juge judiciaire, acteur de l'essor de l'arbitrage (cas français, malgache et mauricien)

Lalaina CHUK HEN SU
Doctorant université Paris Ouest Nanterre
Membre de la rédaction de Lexxika

Résumé :

Le juge étatique, par son soutien et sa régulation, joue un rôle primordial dans la procédure arbitrale elle-même et, par extension, dans la pratique arbitrale en général. Le juge judiciaire impacte le développement de l'arbitrage à deux niveaux. Premièrement, à travers les éclaircissements de la loi, les interprétations nécessaires, ou par les décisions comblant les lacunes des textes, il peut contribuer à la construction du droit de l'arbitrage. Et, deuxièmement, il contribue au développement de l'arbitrage en devenant le garant d'une procédure arbitrale efficace en accord avec les règles et principes en la matière.

Summary:

Through his support and regulation, the State judge has a crucial role in the arbitral proceedings and in arbitration in general. The development of arbitration lays on two aspects in which the judge intervenes. First, he contributes to the construction of the arbitration law through the clarification of the law, the necessary interpretations, or by filling in the gaps in the texts. Secondly, he contributes to the development of arbitration by becoming the guarantor of an effective procedure in accordance with the rules and principles of arbitration.

Le rapport du juge étatique avec l'arbitrage, mode alternatif de règlement des litiges, est ambivalent. Soustraire le litige à la compétence judiciaire constitue l'une des principales visées, sinon conséquences, de la procédure d'arbitrage. Toutefois, le juge n'est pas étranger au développement de la pratique arbitrale. Bien qu'étant en principe écarté de la procédure, il constitue un des principaux acteurs contribuant à l'essor ou au dépérissement de l'arbitrage. L'approche de cette question en droit comparé paraît opportune, car elle permet de déterminer si la posture du juge peut constituer un facteur de développement ou d'échec de l'arbitrage.

L'exemple du juge étatique français et de ce qu'était devenu le droit français de l'arbitrage sous son impulsion représente l'illustration la plus frappante de

l'influence de l'autorité judiciaire sur le développement de la pratique arbitrale (I). Par ailleurs, la proximité des textes malgache et mauricien permet d'établir un parallèle quant à l'application des mêmes règles et de déterminer les tendances que chaque juge insuffle à son droit de l'arbitrage (II).

I.- L'œuvre jurisprudentielle, pilier de la construction du droit français de l'arbitrage et vecteur de développement de la pratique arbitrale

L'exemple du juge français met en exergue la prépondérance du juge étatique dans l'élaboration d'un droit ayant fait de Paris, l'une des principales, sinon la principale place de l'arbitrage dans le monde. Le juge français a, à travers ses décisions, soit réaffirmé, soit érigé, des règles fondamentales ou accessoires allant, d'une manière générale dans un même sens : celui « *de favoriser en France l'arbitrage international pour le rendre attractif et effectif* »[1]. Cet élan en faveur de l'arbitrage ne s'est pas limité à l'arbitrage international, mais s'est étendu à l'arbitrage interne. Ainsi, le juge français s'est investi de la mission de favoriser l'arbitrage.

La cohérence de l'œuvre jurisprudentielle que le juge français a établie repose, pour une grande partie, sur cette volonté de développer l'arbitrage. En effet, dans la construction du droit français de l'arbitrage, on découvre entre le juge et l'arbitrage un rapport assimilable à celui entre un père et un fils. L'arbitrage étant l'adolescent dynamique en quête de repère. Et le juge, le père protecteur qui soutient l'arbitrage en difficulté et sanctionne celui qui dévie du juste chemin.

Dans ce rôle, pour assurer la viabilité des procédures arbitrales, le juge intervient, si cela est nécessaire, pour accompagner les premiers pas de la procédure arbitrale souffrant de difficultés dans la phase de constitution du tribunal arbitral. Le juge français a œuvré au fil des décisions, à étendre et réaffirmer son rôle de juge d'appui en ne se restreignant pas, d'une part, aux seules difficultés *ab initio* mais en venant également régler les difficultés ultérieures affectant la constitution du tribunal arbitral[2] et, d'autre part, en venant, au secours des

[1] Ces mots sont ceux du Doyen honoraire de la 1re Chambre de la Cour de Cassation française, Gérard Pluyette, mots utilisés pour décrire l'une des intentions de la Haute Juridiction concernant l'arbitrage international.

[2] La belle Créole, 1990 TGI Paris : « *La disposition de l'article 1493, alinéa 2, du N.C.P.C. ne limite pas l'intervention du juge étatique, pour l'exercice de sa mission d'instance technique et de coopération judiciaire à l'arbitrage, aux seules opérations de constitution du tribunal ab initio, mais lui donne le pouvoir de régler, dans le respect de la volonté commune des parties, une difficulté relative à un événement postérieur affectant la constitution du tribunal arbitral, ne permettant plus à ce dernier de poursuivre l'exercice des prérogatives attachées au pouvoir de juger* ».

procédures qui n'ont aucun lien avec la France, mais exposant une partie à un déni de justice[3].

La jurisprudence française a également veillé à ce que l'arbitre, pièce fondamentale de la procédure, détienne les qualités essentielles pour conduire l'arbitrage. Le juge français y veille en affirmant que : « *l'indépendance et l'impartialité sont de l'essence de la fonction arbitrale* ». Enfin, il pousse l'arbitrage à l'autonomie en instaurant l'indépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat principal d'abord. Puis, dans l'arbitrage international, par rapport à tout droit étatique et ce, en allant jusqu'à considérer la sentence arbitrale internationale comme émanant d'un ordre judiciaire à part entière[4]. Ainsi, sa validité ne dépend aucunement de la reconnaissance ou de la nullité prononcée par un juge d'un autre État, fût-il le juge du siège de l'arbitrage. Autonomie à laquelle le juge adjoint la responsabilité de se reconnaître ses propres limites en réaffirmant le principe compétence-compétence[5] et, en s'imposant à soi un devoir d'abstention à travers l'effet négatif[6].

Cette construction jurisprudentielle illustre une certaine bienveillance de la part du juge français envers l'arbitrage. Cette bienveillance, faite de soutien et de régulation, est une sorte d'éducation inculquée à la pratique arbitrale qui lui permet son plein épanouissement et son développement.

Comme le relèvent plusieurs auteurs, les décrets de 1980 et 1981 correspondent à une « *codification à minima laissant aux juges et à la jurisprudence la charge de sa mise en œuvre pragmatique* »[7]. Et dans cette mise en œuvre, ils en ont fait un droit d'avant-garde et un berceau des grands principes de la matière.

Les règles érigées, à tort ou à raison, par le droit français en principes cardinaux de l'arbitrage sont principalement issues d'audacieux et inventifs raisonnements que le juge a émis ou repris. La réforme de 2011 n'est venue, en grande partie, que pour consacrer l'œuvre jurisprudentielle antérieure ayant indiscutablement développé la pratique arbitrale non seulement française, mais peut-être même mondiale. On note ici, l'oreille particulièrement attentive que le juge français prête à la doctrine et aux praticiens.

---

[3] 1re Civ., 1er février 2005, 404, *NIOC*, *Revue de l'arbitrage*, 2005, 693.
[4] Dalico, [1993] 1994, *Revue de l'arbitrage*, 116 (Cour de cassation 1re ch. Civ).
[5] Zanzi, 1999, Cour de cassation.
[6] Bureau Veritas, 2004 Cour de cassation, 1re Chambre civile ; ABS, 2001 Cour de cassation 1re Chambre civile.
[7] Gérard PLUYETTE, *1981-2011, trente ans de jurisprudence en matière d'arbitrage, Association Françaisee d'arbitrage*, Conférence AFA, 15 octobre 2013.

II.- Juge de l'océan Indien et la pratique arbitrale

A.- L'application des juges malgaches et mauriciens des textes sur l'arbitrage

Dans l'océan Indien, la pratique arbitrale naissante, ou poussive n'a pas encore permis aux juges étatiques de s'exprimer de manière exhaustive, ou même de dégager une tendance sur les questions relatives à l'arbitrage et notamment celles qui demeurent après l'adoption de textes modernes sur l'arbitrage dans la région[8]. Ces lois modernes exemptent le juge de l'océan Indien d'avoir à mettre en place les règles entourant la pratique arbitrale. Si le juge français a eu à construire brique par brique le droit français de l'arbitrage sur les fondations faites par les décrets de 1980-81, dans l'océan Indien, les lois modernes et assez complètes précèdent la pratique arbitrale. Il est attendu du juge étatique dans l'océan Indien de montrer à travers ses décisions qu'il a intégré les principes et règles de l'arbitrage et qu'il en fait une saine application. C'est par ce biais qu'il pourra rassurer les utilisateurs de l'arbitrage et ainsi participer à son développement.

Le matériel pour effectuer une revue de la jurisprudence en matière d'arbitrage dans la région de l'océan Indien fait défaut. Toutefois, il existe quelques décisions judiciaires relatives à l'arbitrage qui peuvent servir d'indication sur la manière dont les juges étatiques de nos îles appréhendent ce mode alternatif de règlement des litiges et d'apprécier les signaux que cela envoie aux éventuels utilisateurs de l'arbitrage.

Premièrement, la Cour suprême de Maurice, à l'occasion du litige *Pieter Both Property c/ Chemin Garnier*, a confirmé l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal. Ainsi, la validité de la convention d'arbitrage n'est pas remise en cause par la nullité du contrat auquel elle est rattachée.

En matière de déclinatoire de compétence, le juge malgache semble peu enclin à se reconnaître un devoir d'abstention. Celui-ci paraît particulièrement réticent à se déclarer incompétent face à une convention d'arbitrage. Plusieurs décisions du tribunal de première instance de Toamasina illustrent ce manque d'entrain du juge à reconnaître la compétence du tribunal arbitral. Dans l'affaire *Extrade Commodities c/ Tranombarotra Mitsinjo*, par exemple, le TPI de Toamasina s'est déclaré compétent en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage et pire, en dépit d'une procédure arbitrale en cours[9]. Et il ne s'agit pas

[8] International Arbitration Act de 2008 et l'International Arbitration (Miscellanious) Act de 2013 pour l'île Maurice, l'Acte Uniforme de l'Ohada sur l'arbitrage pour les Comores, la loi 98-019 pour Madagascar, et le texte issu de la réforme de 2011 pour la France et ainsi pour les îles françaises de l'océan Indien.

[9] *Extrade commodities c/ Tranombarotra Mitsinjo*, 2001 TPI Toamasina.

d'un cas isolé. On déplore, devant la même juridiction, d'autres cas à l'occasion desquels elle aurait pu et dû mettre en œuvre l'effet négatif de la convention d'arbitrage, ce qu'elle n'a pas fait. Dans plusieurs litiges opposant la société Dynatec à des entreprises sous-traitantes, le TPI de Toamasina se déclare compétent en dépit d'une clause compromissoire dans les contrats liant la Dynatec à ses entreprises[10]. Il s'agit d'une atteinte grave à la volonté des parties exprimée dans la clause compromissoire.

En ce qui concerne les mesures provisoires, dans la pratique malgache, elles constituent une brèche par laquelle le juge s'immisce et accapare le litige. Dans un cas porté devant le tribunal de première instance d'Antananarivo, le juge des référés est passé outre les conditions nécessaires permettant son intervention en matière de mesures provisoires. Il s'agit d'un litige opposant Dame Landy RABEMANANTSOA et la Société Fampitaovana et découlant d'un contrat de location ainsi que d'un acte d'affectation hypothécaire attribuant l'un comme l'autre la compétence de connaître de tout litige au Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM). Le juge se déclare compétent pour l'octroi de mesures provisoires sans caractériser une quelconque urgence, et par-dessus tout, il statue sur le fond[11].

De la même manière, dans le litige *Ventaclub c/ Emeraude Consultadoria* portant sur un contrat de bail comportant une clause d'arbitrage et auquel le bailleur veut mettre un terme. La cour d'appel statuant en référé prononce la résiliation d'un contrat de bail et ordonne l'expulsion du locataire. Après pourvoi, la Cour de cassation casse et annule la décision, et estime, très justement, que les mesures ordonnées touchent le fond du litige et que la cour d'appel n'a pas caractérisé le dommage imminent et l'urgence[12]. Réaffirmer l'urgence et la préservation du fond du litige comme conditions d'intervention du juge des référés sauvegarde l'effectivité de l'arbitrage. Il est heureux que la Cour de cassation malgache casse l'arrêt qui méconnaît ces conditions et qui vide l'arbitrage de sa substance.

De son côté, à l'occasion du litige *Barnwell Enterprises c/ ECP Africa Investments*, le juge mauricien précise que son intervention dans l'octroi de

---

[10] *Entreprise ZOOM c/ Société DYNATEC Madagascar SA*, TPI Tamatave, jugement commercial n° 11 du 23/08/2013 ; *Entreprise TSARAZARA c/ Société DYNATEC Madagascar SA*, TPI Tamatave, jugement commercial n° 12 du 23/08/2013 ; *Entreprise E.CO.GE.ZA. c/ Société DYNATEC Madagascar SA*, TPI Tamatave, jugement commercial n° 13 du 23/08/2013 ; *Entreprise MIRAY c/ Société DYNATEC Madagascar SA*, TPI Tamatave, jugement commercial n° 14 du 23/08/2013. Ces cas relèveraient plus de la corruption que d'une méconnaissance ou d'une volonté idéologique du juge de censurer la volonté des parties d'aller à l'arbitrage.

[11] Il semblerait que la Cour d'appel d'Antananarivo ait rétablit la situation en allant vers l'affirmation de la condition d'urgence et de la préservation du fond, nous n'avons pas pu, pour le moment, nous procurer la décision de la Cour d'appel.

[12] *Ventaclub c/ Emeraude Consultadoria*, 2011 Cour de cassation Chambre civile et commerciale.

mesures provisoires ne doit pas perturber la procédure d'arbitrage en cours ou envisagée[13] ;

Ces deux dernières décisions, l'une de la Cour de cassation malgache et l'autre de la Cour suprême mauricienne sont rassurantes quant à la censure de toute velléité du juge d'accaparer un litige à travers les mesures provisoires.

En ce qui concerne les sentences arbitrales, leur sort devant le juge est plus rassurant. Dans le litige opposant *Extrade Commodities* à Tranombarotra Mitsinjo évoqué plus haut, avant que le TPI de Toamasina ne s'accapare le litige et statue, une sentence arbitrale a été rendue par la *Sugar Association of London*, autorité détenant compétence pour connaître de tout litige selon les clauses compromissoires figurant dans les contrats liant les deux parties. La sentence présentée au Premier président de la cour d'appel d'Antananarivo reçoit l'exequatur et la cour déclare inopposable le jugement du tribunal de première instance de Toamasina en rappelant le devoir d'abstention du juge découlant d'une convention d'arbitrage[14].

La Cour suprême de Maurice, dans le litige *Cruz City c/ Unitech,* a également envoyé un signal rassurant quant à l'accueil des sentences arbitrales internationales. La Cour suprême a alors reconnu une sentence arbitrale rendue par la *London Court of International Arbitration* et accorde l'exequatur à celle-ci.

Certaines décisions malgaches ou mauriciennes sont rassurantes. Toutefois, on a décelé dans plusieurs décisions, notamment malgaches, peut-être une méfiance envers l'arbitrage sinon une méconnaissance des règles relatives à l'arbitrage. On constate une difficulté, de la part du juge, à laisser la convention d'arbitrage prendre tout son effet. L'inefficacité de l'arbitrage, qui découle de l'immixtion intempestive du juge étatique, peut retenir les éventuels utilisateurs du procédé d'accorder leur confiance à une procédure privée qui d'une manière ou d'une autre retombera dans l'escarcelle de la justice étatique. Réduisant à néant les avantages de l'arbitrage.

B.- Le juge compétent, un choix stratégique pour développer l'arbitrage

Néanmoins, toute intervention judiciaire ne nuit pas au développement de l'arbitrage. L'intervention du juge étatique peut être bienvenue et peut même être primordiale au succès d'une procédure arbitrale. Il peut constituer une garantie

[13] *Barnwell Enterprises Ltd and anor v ECP Africa FII Investments* LLC 2013 SCJ 327.

[14] L'inquiétude soulevée, notamment, par Raphaël Jakoba dans la procédure devant la Cour d'appel concerne le débat contradictoire qui a eu lieu à l'occasion de la demande d'*exequatur* alors que celui-ci prend, selon les dispositions du code de procédure civile malgache la forme d'une requête. Il est vrai que le texte malgache ne précise pas l'absence de débat contradictoire comme le fait l'article 1516 du code de procédure civile français, toutefois, cela s'infère de la procédure prévue pour une telle demande (article 464 CPC malgache). « Droit et pratique de l'arbitrage à Madagascar » (2003) 2003: 2 *Revue de l'arbitrage.*

quant à l'efficacité de l'arbitrage, le respect des règles l'entourant et la préservation de la volonté initiale des parties.

Ainsi, la désignation du juge étatique qui interviendra dans l'arbitrage peut être une piste intéressante pour assurer le développement de l'arbitrage. Une juridiction maîtrisant bien son sujet peut « rassurer les utilisateurs de l'arbitrage » et évite les errements.

Le législateur mauricien semble en être convaincu, car il s'attache dans la rédaction de l'*International arbitration Act* à offrir aux utilisateurs de l'arbitrage international les garanties de la qualité des interventions du juge étatique. Cela se ressent notamment dans les exigences imposées à la Cour suprême quant à sa composition dès lors qu'elle officie, à l'occasion d'une procédure arbitrale internationale, en tant que juge des référés, juge de l'annulation, ou juge de l'exequatur.

Dans la lignée de la réforme du droit mauricien de l'arbitrage en 2008, la loi de 2001 relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères est modifiée en 2009[15] pour prévoir en ses sections 2 et 4 la compétence de la Cour suprême. Elle est composée de trois juges de la même manière que pour toutes ses interventions au titre de l'IAA et tel qu'il est prévu à l'article 42. Ces juges sont issus, depuis l'adoption de l'*International Arbitration (Miscellaneous Provisions) Act* de 2013, d'un panel de six « designated judges » spécialisés en arbitrage selon les exigences des nouveaux articles 42 et 43 de l'IAA, dans le but, comme le précisent les notes explicatives de la loi de 2013, de s'assurer que les questions relatives à l'arbitrage international soient entendues par des magistrats spécialisés sur le sujet[16]. Ces juges sont désignés par le président de la Cour suprême (*Chief of justice*) pour un mandat de 5 ans.

Toutefois, l'innovation majeure apportée par le législateur mauricien concerne plus particulièrement le juge d'appui. La loi mauricienne innove sur ce point en ce qu'elle dispose que les difficultés liées à la constitution du tribunal arbitral soient réglées par la cour permanente d'arbitrage de La Haye. Celle-ci joue ainsi le rôle de juge d'appui. Le législateur mauricien justifie ce choix en avançant la renommée et l'expertise de la CPA en la matière. La CPA est, selon les travaux préparatoires de la loi, « exceptionnellement bien placée pour exercer les fonctions de nomination de manière indépendante et efficace »[17]. En déléguant à la CPA la responsabilité des différends relatifs à la constitution du tribunal arbitral, le

[15] Modifiée par l'Act 37 of 2008 du 01/01/2009

[16] « *The new section 43 of the IAA5 will put in place a system of 6 Designated Judges to hear all international arbitration matters in Mauritius, thus ensuring that all applications under the IAA or the Foreign Arbitral Awards Act are heard by specialist Judges. In addition to the specialist knowledge which the Designated Judges will accumulate from hearing all international arbitration matters, it is intended that they will receive specialist training both in Mauritius and abroad* » International Arbitration (miscellaneous provisions) Act 2013 - Explanatory notes, préc., note 44, art. 4.9.1.

[17] The Mauritian International Arbitration Act 2008 text and travaux préparatoires, p. 236-237

législateur mauricien entend sans doute gager de la qualité et de la pertinence des décisions qui seront prises par le juge d'appui. Il s'agit d'une voie pour installer la confiance.

À titre de comparaison, dans le droit malgache, la lecture combinée des articles 454.1 et suivants[18] du code de procédure civile[19] permet d'identifier le Premier président de la cour d'appel d'Antananarivo comme étant le juge d'appui en matière d'arbitrage international[20]. Il officiera également, le cas échéant, en tant que juge des référés, juge de l'exequatur ou juge de l'annulation dans un arbitrage international[21].

Dans le droit français de l'arbitrage, le juge d'appui d'une procédure internationale, est le président du tribunal de grande instance de Paris[22]. Ainsi, à défaut d'autre autorité prévue par les parties, un arbitrage international ayant son siège à La Réunion nécessitant l'intervention du juge d'appui devra s'adresser au président du TGI de Paris. Cela peut rassurer des utilisateurs de l'arbitrage issus de l'océan Indien de pouvoir avoir le siège de l'arbitrage dans la région et de savoir qu'ils bénéficieront de l'appui du juge parisien en cas de difficulté, juge parisien que l'on sait expérimenté et favorable à l'arbitrage. Toutefois, force est d'admettre qu'il n'est pas commode de devoir s'adresser à un juge à plusieurs milliers de kilomètres du litige pour résoudre une difficulté dans la constitution du tribunal arbitral ou concernant la prorogation des délais. En matière de référé, le juge étatique français intervenant à l'arbitrage est le président du tribunal de grande instance ou de commerce[23] ; et la sentence est contrôlée par des juridictions différentes selon le cas[24].

---

[18] 454.1 al.3, 454.3 al.3 et 454.4 al.1.

[19] Traitant respectivement de la nomination, de la récusation et de la révocation des arbitres (la lecture combinée de ces articles)

[20] Ces dispositions prévoient la compétence du Premier président de la Cour d'appel d'Antananarivo lorsque la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté et que les parties n'ont prévu aucun mécanisme pour y remédier ou que celui prévu est inefficace ou inapplicable *code de procédure civile - Madagascar*, art. 454.1 al.3 ; *Ibid*, art. 454.3 al.3 ; *Ibid*, art. 454.4 al.1.

[21] Cette concentration des compétences poursuit le même objectif que les dispositions mauriciennes car permet que les interventions judiciaires à l'occasion d'un arbitrage international soient effectuées par un juge expérimenté qui, d'une certaine manière, constitue à lui seul une institution soutenant et régulant l'arbitrage international qui nécessite son intervention

[22] *Code de procédure civile - France*, art. 1505 : « *En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal de grande instance de Paris* ».

[23] *Code de procédure civile - France*, art. 1449 al. 2 :« *Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal de grande instance ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage* ». Cette disposition s'applique aussi bien en arbitrage interne qu'international.

[24] L'*exequatur* est délivré par le tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence été rendue ou du tribunal de grande instance de Paris lorsqu'elle a été rendue à l'étranger. Lorsque la sentence est rendue en France, le recours en annulation est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue ; lorsqu'elle a été rendue à l'étranger, le recours en annulation

Le juge étatique est incontestablement un acteur clé du développement de l'arbitrage. Il lui incombe de mettre en pratique la reconnaissance d'un principe d'autonomie de l'arbitrage notamment en matière internationale, ensuite, d'appliquer un principe d'assistance et de coopération à la constitution du tribunal, enfin, d'exercer un certain contrôle de la procédure ou de la sentence, le tout, dans le respect de la volonté des parties.

Gérard Pluyette estime que la jurisprudence française « favorable à l'arbitrage » s'explique par l'atténuation de l'idée de concurrence entre justice étatique et arbitrage[25]. Le juge devient même un vrai promoteur de ce dernier. Dans les pays de l'océan Indien, il n'a pas encore pleinement pris ce rôle.

Plusieurs leviers doivent être actionnés pour que l'arbitrage dans l'océan Indien devienne lui aussi un adolescent dynamique et impétueux. Un des principaux si ce n'est le principal élément qui lui est nécessaire est assurément cet appui et cette régulation qu'on attend du juge. Une bienveillance exigeante qui poussera l'arbitrage à se développer.

---

n'est pas ouvert, toutefois, la décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'*exequatur* d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est susceptible d'appel.

[25] Pluyette, *supra* note 7.

ARBITRAGE

Analyse comparative entre Maurice et Madagascar sur les spécificités liées à l'arbitrage international et à l'arbitrage institutionnel

Me Dipna GUNNOO
Avocate
Conseillère, LCIA-MIAC Arbitration Centre, admise aux barreaux de Paris et de Maurice

Résumé :

Les lois mauricienne et malgache relatives à l'arbitrage international s'inspirent toutes deux de la Loi type de la CNUDCI. En dépit de cette source d'inspiration commune, ces deux pays présentent plusieurs aspects divergents. Ces divergences, liées à l'arbitrage international, se retrouvent, non seulement, au sein des caractéristiques législatives et juridictionnelles de chacun de ces États, mais également au sein des caractéristiques des institutions arbitrales promues par ces deux pays.

Summary:

International arbitration laws in Mauritius and Madagascar are both largely inspired by the UNCITRAL Model Law. Despite this similar source of law, these countries have various differing aspects. In the field of international arbitration, discrepancies between these two States can be found, on one hand, in the legislative and jurisdictional features and, on the other hand, in the features of arbitration institutions showcased by these two countries.

S'inspirant toutes deux de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, les lois malgaches et mauriciennes présentent cependant des différences. Des divergences se retrouvent également dans le cadre d'une comparaison de la pratique juridictionnelle et des institutions liées l'arbitrage. Ces disparités pourraient se justifier par un aperçu général du cadre malgache, mais également du cadre mauricien. Tout développement dans ce domaine s'expliquerait par sa particularité à être lié non seulement aux contextes socio-économique et politique du pays, mais également par l'approche entreprise par les pouvoirs publics. Ces derniers ont d'ailleurs lancé, à Maurice, un ambitieux projet intitulé le *Mauritius International Arbitration Project*. Ce projet a notamment

permis la création d'un centre d'arbitrage international à Maurice, celui du *LCIA-MIAC Arbitration Centre*.

En effet, ce centre, fruit d'une joint-venture entre la *London Court of International Arbitration* à Londres et le Gouvernement de la République de Maurice, a été créé en juillet 2011. Étant inédit en Afrique, ce partenariat, avec une institution internationale de renommée mondiale, permet à ce centre africain domicilié à Maurice d'être un choix pertinent et pratique pour les litiges impliquant des parties de l'Afrique, l'Europe, l'Asie et d'ailleurs.

C'est pour cela qu'une comparaison entre les cadres juridiques et juridictionnels malgaches et mauriciens liés à l'arbitrage international sera envisagée (I), pour ensuite se tourner vers une comparaison entre les institutions arbitrales situées à Madagascar et Maurice (II).

I.- Comparaison entre les lois et pratiques juridictionnelles mises en vigueur à Madagascar et Maurice

A.- La législation liée à l'arbitrage international

En se fondant toutes deux sur la Loi type (Loi type) de la CNUDCI (version de 1985 pour Madagascar et de 2006 pour Maurice), les lois mauriciennes et malgaches ont eu la volonté de se mettre au diapason des législations modernes de l'arbitrage et d'assurer à tout opérateur industriel ou commercial la sécurité juridique dont il a besoin.

1/ Comparaison entre la loi malgache et la Loi type de la CNUDCI

Le droit malgache de l'arbitrage international, régi par l'Acte du 2 décembre 1998, a été mis en vigueur depuis le 26 avril 1999 et a été modifié le 4 septembre 2003. Alors que la partie portant sur l'arbitrage domestique s'inspire du droit français, la partie portant sur l'arbitrage international se fonde, quant à elle, sur la Loi type.

Il existe cependant quelques différences entre la loi malgache et la Loi type, dont l'une qui indique, premièrement, l'absence d'équivalent à l'article 11 (4) de la Loi type[1] au sein de la loi nationale. Secondement, une autre de ces différences indique qu'il existe une particularité spécifique à la loi malgache qui ne figure pas dans l'article 34 de la Loi type. En effet, lorsque la juridiction malgache, saisie de

[1] Permettant le recours à une juridiction étatique ou autorité investie d'un pouvoir de nomination en cas d'échec d'accord sur le choix de l'arbitre engendré soit les parties, soit par les deux arbitres devant désigner leur président, soit par un tiers (y compris une institution).

la demande en annulation, annule toute ou partie de la sentence arbitrale, elle peut à la demande de toutes les parties, statuer au fond[2].

2/ Comparaison entre la loi mauricienne et la Loi type de la CNUDCI

La loi mauricienne sur l'arbitrage international de 2008 (« loi de 2008 ») a été promulguée par le Parlement mauricien le 25 novembre 2008 et est entrée en vigueur le 1er janvier 2009. Cette loi, ne s'appliquant qu'à l'arbitrage international et non domestique, dispose d'un régime indépendant[3]. Il est à noter que l'arbitrage domestique à Maurice est régi par le code de procédure civile mauricien[4] qui se calque sur le code de procédure civile français, selon les décrets de 1980 et 1981 et non selon la dernière réforme du décret français de 2011.

La loi de 2008, fondée sur la Loi type de la CNUDCI de 2006 s'est faite au bout de trois ans d'efforts du gouvernement mauricien qui a été particulièrement assisté par les secrétariats de la CNUDCI et de la cour permanente d'arbitrage de La Haye. Un examen de l'application de la loi de 2008 dans les années qui ont suivi sa promulgation a permis la révision de celle-ci par la loi sur l'arbitrage international (dispositions diverses) de 2013 et qui a été mise en vigueur à partir du 1er juin 2013.

Tout comme le droit malgache, il existe également quelques différences entre la loi mauricienne et la Loi type de la CNUDCI, dont les principales sont les dispositions institutionnelles avec le rôle de juge d'appui effectué par la cour permanente d'arbitrage [5] et le recours à un panel de trois hauts magistrats de la Cour suprême de Maurice permettant un droit d'appel direct et automatique devant le Conseil privé de la Reine d'Angleterre, le *Privy Council*[6]. En ce qui concerne la constitution et la composition des tribunaux arbitraux à Maurice, il y a également une différence avec la Loi type et qui impose un nombre impair d'arbitres en tant que règle par défaut[7], et ce en dépit de la volonté des parties de constituer un tribunal d'un nombre pair d'arbitres. De plus, la loi de 2008 diffère de la Loi type en ce qui concerne l'exercice du pouvoir de la Cour suprême en matière de mesures provisoires[8]. Alors que l'article 17 J de la Loi type se contente de poser le principe de la possibilité pour un tribunal judiciaire de prononcer des mesures provisoires, la loi de 2008 va plus loin et limite les possibilités d'intervention des tribunaux étatiques aux cas où il y aurait une urgence et aux cas où le tribunal arbitral serait dans l'incapacité d'agir de manière efficace[9].

---

[2] Voir l'art. 462.5 de la loi n° 98-019 (modifiée par la loi n° 2001 - 022 du 09 avril 2003).
[3] Voir l'art 3.10 de la loi de 2008.
[4] Voir les articles 1003 à 1028 du code de procédure civile mauricien.
[5] Dont les décisions sont définitives et ne peuvent faire l'objet d'un appel ou de tout autre recours selon les articles 19 (5) et 39 de la loi de 2008.
[6] Voir les articles 5, 20, 22, 23, 38,39, 41 et 42 de la loi de 2008.
[7] Comparer l'art. 11 (b) de la loi de 2008 à l'art. 10.2 de loi type.
[8] Voir l'art. 23 de la loi de 2008.
[9] Voir l'art. 23 (3, 4, 5) de la loi de 2008.

Enfin, il n'a pas eu d'adoption du chapitre de la Loi type portant sur l'exécution de la sentence dans la loi de 2008 étant donné que Maurice applique la convention de New York[10]. Cette convention, signée en 1996, est entrée en vigueur en 2001 et a été révisée en 2013. En effet, l'adhésion de Maurice à cette convention a été faite sous la réserve de réciprocité, mais pas sous celle de commercialité. Ainsi, la loi sur l'arbitrage international (dispositions diverses) de 2013 a supprimé la réserve de réciprocité à compter du 1er juin 2013[11].

3/ Principaux points de divergence entre les lois mauricienne et malgache

En plus des divergences que les lois mauricienne et malgache présentent face à la Loi type, il existe d'importantes différences entre ces deux lois étatiques liées à l'arbitrage international. D'ailleurs, plusieurs dispositions significatives et spécifiques à l'arbitrage international n'existent qu'au sein de la loi mauricienne et dont les principales sont indiquées ci-dessous.

a/ Juge d'appui

La loi mauricienne de 2008 adopte une solution particulièrement innovante s'agissant du juge d'appui[12], en ce que la grande majorité des fonctions traditionnellement attribuées à celui-ci (en particulier toutes les fonctions de nomination et les décisions finales sur les demandes en récusation) ont été confiées au Secrétaire général de la cour permanente d'arbitrage de La Haye (« CPA ») dont le seul bureau ouvert à l'étranger se trouve à Maurice. Afin d'éviter l'introduction parallèle de procédures sur des questions connexes[13] et des retards dans la procédure, les décisions de la CPA sont définitives et ne peuvent faire l'objet d'un appel ou être contestées d'une quelconque manière[14].

b/ Représentation

Même si la loi malgache n'interdit pas cette option, la loi mauricienne vient quant à elle expressément indiquer que les parties peuvent être représentées par toute personne de leur choix, y compris des avocats étrangers[15].

---

[10] Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958, signée le 19 juin 1996 par Maurice qui y a accédé le 17 septembre 1996.
[11] Voir l'article 3 de la loi sur l'arbitrage international (dispositions diverses) de 2013, qui ajoute un nouvel article 3A à la loi relative à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 2001.
[12] Voir les articles 12 (Nomination des arbitres), 14 (Procédure de récusation d'un arbitre) et 16 (remplacement d'un arbitre) de la loi de 2008.
[13] Autrement appelées « *satellite litigation* » à Maurice.
[14] Voir l'art. 19 de la loi de 2008.
[15] Voir l'art. 31 de la loi de 2008.

c/ Mesures provisoires

En matière de mesures provisoires, un tribunal arbitral peut, sauf accord des parties, prononcer des mesures provisoires à la demande d'une partie, et ce avant que la sentence arbitrale ne soit rendue[16]. De plus, ces mesures sont reconnues comme ayant force obligatoire et sont exécutées sur demande adressée à la Cour suprême, quel que soit le pays où elles ont été prononcées par un tribunal arbitral[17]. La loi de 2008 octroie également le pouvoir à la Cour suprême de prononcer ce type de mesures indifféremment, que le siège juridique de l'arbitrage se situe ou non à Maurice[18].

Alors que la loi de 2008 permettait déjà à ce qu'un comité de trois juges puisse entendre ce type de demande (traitée comme toute autre demande faite en matière d'arbitrage international), la loi a été modifiée en 2013 afin que cette demande spécifique puisse désormais être entendue et tranchée par un juge des référés[19] en premier lieu, en attendant qu'elle soit entendue par un comité de trois juges. De plus, la loi précise que la Cour suprême dispose d'une compétence pleine et entière et qu'elle doit exercer son pouvoir d'ordonner des mesures provisoires de manière à appuyer, et non entraver les procédures d'arbitrage en cours ou envisagées.

d/ Panel de trois hauts magistrats composé parmi les six juges désignés

La loi de 2008 dispose que tout recours lié à l'arbitrage international sera effectué devant un tribunal étatique et sera entendu par trois juges de la Cour suprême constituant un panel de trois hauts magistrats[20]. Chacun de ces juges doit faire partie du groupe des six juges désignés[21] qui entendront toutes les demandes formées en application de la loi de 2008 et des demandes d'exécution de sentences arbitrales internationales, et bénéficieront d'une formation spécialisée dans le domaine de l'arbitrage international. Ces six juges désignés sont nommés par le président de la Cour suprême pour une durée de 5 ans[22].

e/ Privy Council

Étant donné que toute demande liée à l'arbitrage doit être soumise à un comité constitué de trois juges désignés de la Cour suprême de Maurice, toute décision rendue par cette juridiction offre un droit d'appel automatique devant le Comité judiciaire du Conseil privé de la Reine (*Privy Council*)[23]. Cette

[16] Voir l'art. 21 de la loi de 2008.
[17] Voir l'art. 22 de la loi de 2008.
[18] Voir l'art. 23 de la loi de 2008.
[19] Autrement appelé « *Judge in Chambers* » à Maurice.
[20] Voir l'art.42 de la loi de 2008.
[21] Autrement appelés « *Designated Judges* » et visés à l'art. 43 de la loi de 2008.
[22] Voir l'art. 43 de la loi de 2008.
[23] Voir l'art. 44 de la loi de 2008.

particularité offre une sécurité juridique supplémentaire à tout investisseur international dans le cadre d'un arbitrage.

f/ Sociétés *offshore* mauriciennes

Maurice est devenu un centre *offshore* internationalement reconnu grâce au développement du secteur industriel, financier et touristique du pays. Beaucoup d'investisseurs étrangers et de sociétés internationales (telles que les banques) ont choisi l'île Maurice comme zone d'implantation pour leurs sociétés *offshore* connues sous le nom de « sociétés GBL », car elles sont détentrices d'une licence de *Global Business*[24] (GBL). C'est dans l'espoir que ce secteur *offshore* participe activement au développement de l'arbitrage international à Maurice qu'une particularité unique a été introduite dans la loi de 2008. En effet, cette dernière[25] offre la possibilité aux actionnaires de sociétés GBL d'inclure une clause compromissoire dans les statuts de la société qui stipule que tout différend découlant des statuts de la société sera soumis à l'arbitrage en application de la loi de 2008. Cette spécificité législative s'accompagne cependant de deux conditions[26]. La première exige que le siège juridique soit Maurice, et ce dans le cadre de tout arbitrage dont le différend découlerait des statuts de la société GBL. La seconde impose l'application de la première annexe de la loi qui autorise l'appel sur des points de droit mauricien, la consolidation des procédures et l'appel en cause (« *joinder* ») de tierces parties dans certaines circonstances. De plus, c'est à la suite d'une confusion soulevée devant la Cour suprême[27] que la révision de la loi en 2013 a permis une clarification afin d'indiquer sans aucune ambiguïté que ces conditions ne portaient uniquement que sur la clause d'arbitrage insérée dans les statuts de la société GBL, et ce sans aucune atteinte portée aux autres accords liés à la société, tels que le pacte d'actionnaires[28].

D'ailleurs, il semblerait que les différences entre Maurice et Madagascar ne s'étendent pas seulement sur le plan de la législation, mais portent également sur le plan juridictionnel.

B.- La pratique juridictionnelle liée à l'arbitrage international

En effet, il existerait une approche juridictionnelle assez divergente entre ces deux États.

---

[24] Voir les conditions pour détenir la licence sur https://www.fscmauritius.org/.
[25] Voir l'art. 3D et Deuxième Annexe de la loi de 2008.
[26] Voir l'art. 3D (3) et première annexe de la loi de 2008.
[27] *Trikona Advisers Limited c/ Sachsenfonds Asset Management GmbH [2011] SCJ 440A*, Cour suprême de Maurice.
[28] Brève introduction à la loi mauricienne sur l'arbitrage international de 2008 (telle qu'amendée en 2013), par Salim A.H. Moollan Q.C., *Barrister, Essex Court Chambers* (Londres), Président du Groupe de travail de la CNUDCI dans La loi mauricienne sur l'arbitrage international de 2008 : Texte et documents connexes, version française éditée par le bureau de la Cour permanente d'arbitrage à Maurice, 2016, pp 270-271.

1/ Madagascar

Comme l'indiquait déjà une partie de la doctrine malgache en 2013[29], il semblerait que l'invocation de la loi liée à l'arbitrage devant les juridictions malgaches serait toujours rare, et ce en dépit d'une compétence exclusive octroyée à la cour d'appel d'Antananarivo en matière d'arbitrage.

D'ailleurs, les interventions du juge judiciaire dans la procédure d'arbitrage suivent non seulement le cadre défini par la loi de 1998, mais suivent également le principe fixé par la Loi type de la CNUDCI, en ce que la loi malgache prévoit la compétence du tribunal arbitral en matière d'expertise[30]. Par contre, il est à noter qu'en matière de mesures d'urgence, il y aurait une compétence concurrente sans primauté ni pour le tribunal arbitral ni pour le juge judiciaire. Ainsi, il semblerait que la partie qui requiert une mesure d'urgence peut s'adresser indifféremment à l'un ou à l'autre[31].

Il semblerait également que le juge n'ait qu'une fonction d'assistance dans la phase de la constitution du tribunal arbitral et qu'il n'intervienne qu'en cas de difficultés, au début ou au cours de l'instance et en cas de récusation des arbitres. Si cette dernière situation se présente, et en cas de faute d'accord entre les parties, il appartient au Premier président de la cour d'appel d'Antananarivo[32] de nommer le ou les arbitres.

Dans le cadre d'un recours contre la sentence arbitrale, les cas d'annulation[33] sont énumérés limitativement[34]. Lorsqu'une sentence a été annulée, la loi malgache offre la possibilité à la cour étatique saisie de ce recours en annulation de statuer sur le fond de l'affaire[35], et ce à la demande des deux parties. De plus, le rejet du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence incriminée[36].

Dans le cadre de l'exequatur d'une sentence rendue en matière internationale, au travers de la saisine de la cour d'appel, la position du juge malgache est définie par l'exécution forcée de cette sentence, et ce, comme le préconise la convention de New York de 1958 ratifiée par Madagascar en 1962. Par contre, la requête d'exequatur ne peut être rejetée que dans les cas

---

[29] R. JAKOBA, Chap.1: Madagascar *in* Lise BOSMAN (ed.), *Arbitration in Africa: A Practitioner's Guide,* Wolters Kluwer, 2013.
[30] En effet, la loi malgache consacre en son article 455 (loi n° 2001 - 022 du 09 avril 2003) le principe de la compétence-compétence en s'inspirant de l'article 16 de la loi type.
[31] Voir l'art. 453-4 de la loi n° 98-019 (modifiée par la loi n° 2001 - 022 du 09 avril 2003).
[32] Voir l'art. 454-1, 3 de la loi n° 98-019.
[33] Voir les quatre premiers alinéas de l'article 462 de la loi n° 98-019 et qui sont directement inspirés de l'article 34 de la loi type.
[34] Voir l'art. 462.2 de la loi n° 98-019 (modifiée par la loi n° 2001 - 022 du 09 avril 2003).
[35] Voir l'art. 462.5 de la loi n° 98-019 (modifiée par la loi n° 2001 - 022 du 09 avril 2003).
[36] *Ibid*.

limitativement énumérés par la loi malgache[37]. La cour d'appel n'a pas à apprécier le bien-fondé de la décision et son contrôle formel est lui-même réduit aux cas énumérés. La cour ne pourra pas, par exemple, fonder une annulation sur un défaut de motivation, ni même sur une erreur manifeste de l'arbitre[38].

2/ Maurice

C'est dans le but de renforcer la pratique juridictionnelle à Maurice qu'il existe depuis 2013 un règlement de la Cour suprême (demandes relatives à l'arbitrage international). Ce texte a été adopté simultanément à la loi sur l'arbitrage international (dispositions diverses) de 2013. Il constitue un code de procédure détaillé et autonome qui est détaché de la pratique et des procédures applicables devant les tribunaux étatiques en matière interne.

Alors que l'invocation de la loi de 2008 devant les juridictions mauriciennes est de plus en plus récurrente, il semblerait même que la pratique juridictionnelle soit en faveur de l'arbitrage, et ce comme le souligne la jurisprudence. D'ailleurs, l'effet négatif du principe de *Kompetenz-Kompetenz* a déjà été affirmé[39] par les juridictions mauriciennes. En ce qui concerne les mesures provisoires, la loi de 2008 exige à ce qu'elles soient prises de façon limitative. C'est pour cela que la Cour suprême a, pour la première fois, mis en avant sa capacité à prendre de telles mesures dans le cadre d'un arbitrage, mais uniquement après avoir vérifié que le tribunal arbitral était incapable d'intervenir efficacement[40]. Enfin, la Cour suprême de Maurice a démontré sa capacité à effectuer une bonne application de la convention de New York de 1958 et de l'ordre public[41].

Bien que ces deux États soient voisins[42], il appert qu'il existe indéniablement des différences majeures de pratiques juridictionnelles et de législations entre ces deux pays. Ainsi, il semblerait que ces divergences se justifieraient non seulement par les particularités (telles que politiques, économiques, législatives et juridictionnelles) spécifiques à ces deux États, mais également par le développement entrepris par les pouvoirs publics dans le cadre du développement de l'arbitrage international.

---

[37] Voir l'art. 464.1 de la loi n° 98-019 (modifiée par la loi n° 2001 - 022 du 09 avril 2003).
[38] R. JAKOBA, Droit et pratique de l'arbitrage à Madagascar, Revue de l'arbitrage (2), 2003.
[39] *Mall of Mont Choisy Limited v. Pick'N Pay Retailers (Proprietary) Limited and Others (2015), [2015] SCJ 10*, Cour suprême de Maurice.
[40] *Barnwell Enterprises Ltd & Others v. ECP Africa FII Investments LLC [2013] SCJ 327*, Cour suprême de Maurice.
[41] *Cruz City I Mauritius Holdings v. Unitech Ltd. and Others* [2014] SCJ 100, Cour suprême de Maurice.
[42] Séparés par une distance approximative de 1 133 km.

C.- Les particularités liées au cadre du développement envisagé par les États

Les différences entre ces deux îles s'expliqueraient potentiellement par les particularités liées aux cadres législatif, socio-économique et politique et à l'impulsion donnée au développement de l'arbitrage international par chacun de ces États.

1/ Les particularités liées au cadre malgache

a/ Un développement souhaité au travers de l'arbitrage

C'est dans le cadre d'un vaste mouvement de réformes juridiques et judiciaires que l'État malgache s'est doté en 1998 d'une nouvelle loi sur l'arbitrage afin de développer ce domaine et d'améliorer son environnement juridique des affaires. Cette réforme législative, effectuée durant une période politique stable et apaisée, voulait faciliter l'ouverture du pays au commerce international et devait attirer davantage d'investisseurs étrangers. Les pouvoirs publics avaient également contribué au travers de leurs actions gouvernementales à ce que l'arbitrage puisse se développer dans le cadre de cette conjoncture favorable. En effet, avant cette loi de 1998, et ce en dépit de l'existence d'un système d'arbitrage préexistant[43] et de la ratification de Madagascar aux conventions de New York et de Washington[44], peu d'acteurs économiques avaient eu recours à ce type de règlement des litiges. Ainsi, l'adoption de cette nouvelle loi en 1998 avait pour but d'engendrer une avancée remarquable dans ce domaine à Madagascar. Cette volonté de développement et cette avancée législative ont même été relayées par un mouvement associatif qui a engendré un mars 2001 une institution arbitrale[45]. Une réforme législative a d'ailleurs été effectuée en 2003 afin d'intensifier le recours à l'arbitrage.

Alors qu'une partie de la doctrine s'inquiétait déjà de cette situation[46] en 2013, il semblerait que la loi malgache liée à l'arbitrage ne soit rarement invoquée devant les juridictions malgaches. De plus, cette même position doctrinale[47] soulevait le manque d'utilisation et de connaissance à en matière d'arbitrage de la part de ses principaux utilisateurs (tels que les sociétés, les avocats, les juges et les pouvoirs publics) entraînant ainsi l'inefficacité de cette loi et de tout

[43] Loi n° 66022 du 19 décembre 1966 promulguant les 2e, 3e et 4e parties du code de procédure civile.
[44] La Convention de New York du 10 juin 1958 a été ratifiée le 16 juillet 1962 avec la réserve de réciprocité et de commercialité, et la Convention de Washington de 1965 a été ratifiée le 6 septembre 1966.
[45] Le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM) qui est détaillé plus bas (voir la partie II).
[46] R. JAKOBA, Chap.1: Madagascar dans Lise Bosman (ed.), *Arbitration in Africa: A Practitioner's Guide*, Wolters Kluwer, 2013.
[47] Ibid.

développement de l'arbitrage à Madagascar. Cette même partie de la doctrine[48] malgache soulignait également l'approche des juridictions malgaches qui aurait été peu favorable à l'arbitrage, car ce mode de règlement serait ainsi perçu comme un concurrent direct au système juridictionnel étatique. Cette approche peu positive se serait notamment manifestée par une décision rendue en 2002 par la cour malgache de Toamasina qui aurait porté atteinte au système arbitral et à l'adhésion de Madagascar à la convention de New York. En effet, cette juridiction étatique s'était non seulement déclarée compétente dans le cadre d'une affaire d'arbitrage international en cours et préalablement portée devant une institution arbitrale, mais avait également tranché en faveur de la partie malgache.

En dépit de ces aspects négatifs dépeints par une partie de la doctrine malgache, il semblerait que la majorité de la doctrine s'accorde sur le besoin de renforcer la pratique juridictionnelle à Madagascar en faveur de l'arbitrage grâce à l'intervention et à l'accompagnement des pouvoirs publics qui devraient intensifier leur implication dans le cadre du développement de l'arbitrage, et ce au travers de la promotion de l'utilisation de la loi de 1998 et de son institution arbitrale. D'ailleurs, le centre d'arbitrage malgache (CAMM) effectue actuellement un effort considérable afin de développer la connaissance et la pratique de l'arbitrage auprès des praticiens malgaches et des investisseurs internationaux grâce aux formations proposées et aux conférences (locales et internationales) organisées.

b/ Les facteurs clés influençant le pays

En dépit des crises politiques qui se sont succédé à Madagascar[49] et qui n'ont certainement pas rassuré les potentiels investisseurs étrangers, les dernières élections présidentielles et législatives, se sont déroulées dans le calme et dans des conditions saluées par les missions d'observation électorale. Ce nouvel environnement politique plus apaisé tente ainsi de restaurer la stabilité nécessaire afin de renforcer l'économie du pays et l'attraction des investisseurs étrangers.

En ce qui concerne la situation économique vue par la Banque Mondiale, l'économie malgache se relève progressivement et les perspectives à moyen terme sont encourageantes. La croissance du PIB devrait atteindre 4,1 % en 2016, dépassant ainsi le taux moyen de 2,6 % enregistré ces cinq dernières années[50]. En termes de perspectives vues par la Banque africaine de développement, la croissance économique devrait s'améliorer pour atteindre 4,0 % en 2016 et 4,5 % en 2017[51], sous l'effet conjugué d'une meilleure gouvernance et d'une relance des investissements publics et privés.

---

[48] Ibid.

[49] Notamment celles de 1972, 1991-92, 2001-2002 et de 2009-2013.

[50] Voir l'analyse faite via le lien suivant : www.banquemondiale.org/fr/country/madagascar (dernière mise à jour en décembre 2016).

[51] Voir l'analyse faite via le lien suivant : www.afdb.org/fr/countries/central-africa/madagascar/madagascar-economic-outlook/ (dernière mise à jour en décembre 2016).

De plus, l'investiture officielle du président de la République le 25 janvier 2014 a permis à la Grande Ile de reprendre sa place dans les organisations au sein desquelles elle avait été suspendue. En effet, l'ensemble des sanctions a été levé depuis le retour à l'ordre constitutionnel à Madagascar. À titre d'exemple, l'État malgache a pu réintégrer, en mars 2014, les instances de l'Organisation internationale de la francophonie (OIF), après une suspension de cinq ans.

Il est indéniable que l'organisation du XVIe Sommet de la francophonie[52] a permis le retour de Madagascar sur la scène internationale et dans la communauté francophone. De plus, l'accueil et l'organisation de grands rendez-vous internationaux[53] en 2016 ont également signé le retour en force de Madagascar pour participer pleinement au programme d'intégration régionale du COMESA. D'ailleurs, les relations économiques bilatérales se sont renforcées entre Madagascar et d'autres pays, dont celles avec Maurice, notamment à la suite de la visite d'État du président malgache en mars 2016.

Ainsi, la stabilité et le renforcement des facteurs clés influençant le pays et, *in fine*, la perception des investisseurs étrangers, sont essentiels afin de contribuer au développement de l'arbitrage international. Et ces aspects ont aussi été mis en avant par Maurice dans le cadre de l'essor de l'arbitrage au sein de sa juridiction.

2/ Les particularités liées au cadre mauricien

a/ Les facteurs clés influençant le pays

L'un des facteurs clés du pays s'explique par un contexte juridique mixte lié à son histoire en tant qu'ancienne colonie française, de 1715 à 1810, et anglaise de 1810 à 1968. Le droit mixte mauricien, emprunté principalement à la France et à l'Angleterre, se caractérise donc par la dualité de ses concepts et de son langage.

L'un des autres aspects caractéristiques de ce développement est le cadre législatif du pays. En effet, la loi de 2008 est considérée comme l'une des plus progressistes. Cette dernière a d'ailleurs été mise à jour et dispose d'un régime indépendant des règles de droit interne et dispose d'une pratique juridictionnelle qui lui est propre, de par un respect du processus arbitral et des garanties fondamentales mises en place par cette loi. La pratique juridictionnelle pro-arbitrale adoptée par un système judiciaire indépendant et neutre est aussi un facteur important. De plus, un des autres facteurs essentiels réside dans la politique du pays. Maurice est une démocratie stable où s'applique la règle de droit. Ce paramètre est un facteur primordial pour les acteurs internationaux.

---

[52] Organisé à Antananarivo du 22 au 27 novembre 2016.

[53] A savoir le 11e Forum économique sur les partenariats des pays membres du COMESA (*Common Market for Eastern and Southern Africa*) et le 19e sommet des Chefs d'Etat et de gouvernement de la même organisation régionale, qui se sont tenus du 10 au 19 octobre 2016 à Antananarivo.

La politique extérieure est également excellente. Maurice fait partie de l'Union africaine, de la Communauté du développement d'Afrique australe (CDAA ou SADC), du *Common Market for Eastern and Southern Africa* (COMESA). L'île Maurice est par ailleurs membre de l'Organisation internationale de la francophonie (OIF), mais est également membre du *Commonwealth.* Aussi, elle dispose d'un excellent soutien de la part de l'Union européenne. Ainsi, Maurice tient à sa bonne image de modèle politique et économique, de pays stable et sûr, dont dépend sa prospérité. Selon le dernier rapport *Doing Business* de la Banque mondiale qui évalue la qualité et l'évolution du climat des affaires de 189 économies, Maurice occupe à nouveau le premier rang en Afrique (et se place en 49e position dans le monde)[54].

L'île Maurice a été classée « économie la plus performante d'Afrique » et se place au 46e rang sur 140 pays dans la dernière édition du rapport sur la compétitivité dans le monde (*Global Competitiveness Report*) du Forum économique mondial[55]. Ces bons classements économiques ne sont possibles qu'au travers d'une politique économique prospère et forte. Fondée au départ sur des « piliers » rémunérateurs et d'intelligents réinvestissements (dans les secteurs du sucre, tourisme, textile, services financiers), l'économie mauricienne est aujourd'hui très diversifiée. Elle est désormais principalement tournée vers le tourisme, les transports, les investissements dans les secteurs des NTIC, de l'énergie, des infrastructures routières, portuaires et aéroportuaires et tout spécialement vers les services financiers, et ce grâce à un centre *offshore* internationalement plébiscité et une politique fiscale très attractive. Ce secteur financier a d'ailleurs été mis en avant dans la loi de 2008 afin de promouvoir l'arbitrage international[56].

Enfin, la promotion de l'arbitrage international a particulièrement été rendue possible au travers d'un projet ambitieux entrepris par le gouvernement mauricien.

b/ Mauritius International Arbitration Project

Né de la volonté et mené par l'impulsion du gouvernement mauricien depuis bientôt dix ans, ce projet a pour but d'instaurer Maurice, sur le plan régional, en tant que place incontournable de l'arbitrage commercial et d'investissement. Différentes étapes ont contribué à l'élaboration de ce projet dont la genèse s'est effectuée par la promulgation de la loi mauricienne sur l'arbitrage international de 2008. La révision de cette loi en 2013 démontre l'envie du

[54] Le classement et le rapport sont disponibles via le lien suivant : http://francais.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2017 (dernière mise à jour en octobre 2016).

[55] Le classement et le rapport sont disponibles via le lien suivant : https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2016-2017-1 (dernière mise à jour en septembre 2016).

[56] Voir l'art. 3D et Deuxième Annexe de la loi de 2008 sur les sociétés GBL.

gouvernement mauricien d'apporter, non seulement, des clarifications et de nouvelles dispositions à la loi, mais également son envie de renforcer le système juridique lié à l'arbitrage. D'ailleurs, Maurice est signataire de la convention de Washington[57], de la convention de New York[58] et de la convention de Maurice sur la transparence[59].

L'accueil et l'organisation de conférences internationales liées à l'arbitrage ont également été des étapes clés dans la mise en œuvre de ce projet. C'est pour cela que les conférences biennales intitulées *Mauritius International Arbitration Conferences*[60] (MIAC) sont organisées à Maurice depuis 2010. Il est à noter que la conférence de 2016 n'a pas eu lieu, et ce dû à l'organisation du Congrès de l'ICCA 2016 à Maurice. En effet, c'est en 2012 que Maurice a remporté la soumission pour accueillir le Congrès biennal de l'*International Council for commercial Arbitration* (ICCA) qui s'est tenu du 8 au 11 mai 2016 à Maurice[61], et ce pour la première fois au sein d'un pays africain au cours des cinquante années d'existence de l'ICCA. Ce Congrès de l'ICCA est l'événement majeur du calendrier arbitral qui réunit praticiens, les universitaires et les représentants gouvernementaux. Il représente une étape cruciale dans l'avancement de la législation de l'arbitrage international et de sa mise en pratique. Il comprend la présentation de documents des principaux experts dans le domaine de l'arbitrage international, ainsi que des opportunités considérables pour des discussions et le partage d'idées. Les délégués viennent de toutes les parties du monde pour participer au Congrès de l'ICCA parce qu'il n'y a pas de meilleure occasion pour les praticiens et autres parties intéressées à l'arbitrage international de s'assurer qu'ils sont au courant des derniers développements dans le domaine et, mieux encore, qu'ils s'impliquent dans les discussions qui façonneront l'évolution de l'arbitrage commercial pour les années à venir. L'île Maurice a été choisie comme pays hôte du 23e Congrès d'ICCA en raison des progrès qu'elle a faits en vue de l'amélioration de son système juridique pour l'arbitrage international et de son positionnement comme centre d'excellence pour l'arbitrage international en Afrique. Ce Congrès de 2016 a accueilli non seulement plus de 850 délégués - dont le tiers était issu de pays africains –, mais également le Secrétaire général de l'ONU, M. Ban Ki-moon, en tant qu'invité d'honneur.

En sus de ce cadre législatif et de ces conférences internationales, le gouvernement mauricien a aussi compris que l'arbitrage et sa pratique se renforcent grâce à la présence d'institutions arbitrales. En effet, ces institutions

---

[57] Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, conclue à Washington le 18 mars 1965, signée le 2 juin 1969 par Maurice qui y a accédé le 2 juillet 1969.
[58] *Supra* n° 5.
[59] Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, signée à Port Louis, île Maurice le 17 mars 2015 et ratifiée par Maurice le 5 juin 2015.
[60] http://www.miac.mu.
[61] http://www.iccamauritius2016.com.

constituant le « chaînon manquant à l'arsenal juridique pour sécuriser les activités économiques »[62] existent à Maurice et à Madagascar.

II.- Les institutions d'arbitrage à Madagascar et Maurice

A.- Aperçu des institutions présentes dans ces deux pays

1/ Le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM) à Madagascar

Créé en 2001[63], puis adossé à la Chambre de commerce et d'industrie d'Antananarivo (« CCI A ») depuis 2012, le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (« CAMM ») offre aux entreprises les services d'un centre d'arbitrage afin de les accompagner dans la gestion de leurs conflits, les aider à déterminer le meilleur moyen de les régler rapidement et durablement et ainsi, assurer la sécurité de leurs investissements et le maintien de la continuité des affaires.

Dans l'affaire Silac[64], la cour d'appel de Tananarive est venue conforter à la fois l'autorité de cette institution et de son règlement d'arbitrage. Dans un arrêt du 8 mai 2003, elle s'est prononcée pour la première fois sur un recours en annulation contre une sentence arbitrale rendue sous les auspices du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM).

Le CAMM bénéficie d'un conseil d'administration représentatif, gage de son indépendance. Ce conseil est composé[65] d'un président[66], des membres désignés par le bureau de la CCIA, des membres représentent les groupements professionnels représentatifs et des ordres des auxiliaires judiciaires[67].

Le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM) bénéficie également d'un comité de suivi des procédures et de contrôle éthique : le comité de médiation et d'arbitrage. Il est composé de cinq membres désignés par le conseil d'administration, dont deux sur proposition de l'ordre des avocats au barreau de Madagascar, deux sur proposition de la faculté de droit d'Antananarivo,

---

[62] R. JAKOBA, « Le chaînon manquant à l'arsenal juridique malgache pour sécuriser les activités économiques », Revue du CAMM, décembre 2001.
[63] Le 15 mars 2001 sous la forme d'une association à but non lucratif régie par l'ordonnance 60-133 du 3 octobre 1960 qui régit les associations à Madagascar.
[64] *Arrêt Silac c/ Samexpro*, la Cour d'appel de Tananarive, 8 mai 2003.
[65] Selon l'article 11 de ses statuts.
[66] Le Président de la CCI A.
[67] Tels que des membres du Groupement des entreprises de Madagascar (dont le Président et deux membres), des membres du Groupement des opérateurs économiques malagasy (dont le Président et deux membres), des membres représentent l'expertise judiciaire et juridique (le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Madagascar, le Président de l'Ordre des Notaires, le Président de l'Ordre des Experts-Comptables) et deux Professeurs d'Université de la faculté de droit d'Antananarivo.

et une personnalité qualifiée, tous choisis en fonction de leur compétence et plus généralement, dans celui du règlement des litiges.

Le CAMM bénéficie d'un secrétariat général[68] qui exécute les décisions prises par le conseil d'administration et le comité de médiation et d'arbitrage, gère l'administration courante, établit un programme d'activités, de développement et de communication du Centre d'arbitrage ainsi que toute la documentation y afférente, communique sur les activités du CAMM, assure le secrétariat du conseil d'administration, de l'assemblée générale et du comité de médiation et d'arbitrage, et organise les formations des médiateurs et des arbitres.

Le règlement du Centre d'arbitrage s'applique si les parties à un litige ont valablement prévu, dans leur contrat, le recours au CAMM par l'insertion d'une clause d'arbitrage. Si leur contrat ne prévoit pas une telle clause, elles peuvent avoir recours audit règlement en adoptant un compromis d'arbitrage, une fois le litige né, et qui donnerait une compétence exclusive au CAMM pour régler leur différend.

Les sources d'inspiration du règlement du CAMM sont variées : le règlement de la CCI[69] pour l'essentiel, quelques emprunts auprès du règlement de la CNUDCI[70], du règlement de la Chambre arbitrale de la Côte d'Ivoire (CACI)[71] et enfin du règlement du Centre permanent d'arbitrage de l'Île Maurice[72] en ce qui concerne les arbitres. En effet, le CAMM a prévu un système de liste d'arbitres nationaux et internationaux.

Le nouveau règlement du CAMM datant de 2012 permet aux parties en matière nationale, comme internationale, de choisir librement les arbitres. Les parties peuvent choisir dans les listes présentées (internationale ou nationale) ou en dehors. Dans tous les cas de figure, le CAMM doit valider le choix et agréer l'arbitre s'il ne fait pas partie des listes.

2/ Les institutions arbitrales à Maurice

a/ MCCI Arbitration & Mediation Centre (MARC)

Établie en 1996 sous le nom de *Mauritius Chamber of Commerce and Industry Permanent Court of Arbitration,* le MARC[73] est la plus ancienne

[68] Selon l'article 20 des statuts du CAMM.
[69] Le règlement du CAMM s'est référé aux règles CCI notamment concernant la constitution du tribunal arbitral, la mission de l'arbitre et l'examen préalable de la sentence.
[70] Pour ce qui concerne l'instance arbitrale, le règlement s'est appuyé en majeure partie sur le règlement de la CNUDCI afin de s'aligner sur la pratique arbitrale internationale.
[71] La partie relative aux frais et honoraires d'arbitrage s'est inspirée du règlement du CACI.
[72] Le système de liste d'arbitres nationaux et internationaux du Centre est repris de l'expérience du Centre permanent d'arbitrage auprès de la Chambre de commerce de Maurice.
[73] http://www.mcci.org/en/.

institution existante sur le territoire mauricien et gère principalement les arbitrages domestiques. Son règlement d'arbitrage a été mis à jour au 1er mars 2014.

b/ Cour permanente d'arbitrage (CPA)

C'est à Maurice que la Cour permanente d'arbitrage (CPA)[74] a ouvert son premier bureau à l'étranger en septembre 2010 conformément à l'accord de siège conclu entre la CPA et Maurice en avril 2009 afin d'assister, d'une part, le Secrétaire général dans l'exercice de ses fonctions en vertu de la loi mauricienne sur l'arbitrage international de 2008, et, d'autre part, afin de garantir aux utilisateurs internationaux que les décisions sur ces points seront prises par une institution neutre, réputée et expérimentée ; et ce, dans le souci de promouvoir Maurice comme centre d'arbitrage international et les services de la CPA dans toute la région africaine.

La loi mauricienne sur l'arbitrage international de 2008 confie au secrétaire général de la CPA le pouvoir de désigner des arbitres et de prendre d'autres mesures relatives aux procédures d'arbitrage comme prévu aux chapitres III et IV de cette même loi[75].

La présence d'une telle organisation et de son rôle en tant que juge d'appui marquent l'importance et la confiance que Maurice, en tant que centre d'arbitrage peut offrir, et ce, à condition que la loi mauricienne de 2008 soit applicable au litige.

Afin de pouvoir satisfaire tous les acteurs internationaux, et ce, indépendamment de l'application de la loi mauricienne de 2008, l'ouverture d'un centre pour l'arbitrage international en coopération avec l'une des principales institutions internationales, la *London Court of International Arbitration* (« LCIA ») à Londres, a permis de véritablement d'apporter une importante pierre à l'édifice arbitral mauricien, et ce, au travers de la LCIA-MIAC[76] *Arbitration Centre*.

c/ LCIA-MIAC Arbitration Centre

Le Centre d'arbitrage LCIA-MIAC a été créé en juillet 2011 en vertu d'un accord entre la *London Court of International Arbitration* (« LCIA »), le Gouvernement de la République de Maurice et une société mauricienne, *Mauritius International Arbitration Centre Limited*. Ce partenariat inédit en Afrique marque pour la première fois un réel soutien apporté par une institution arbitrale européenne et internationalement reconnue à une institution domiciliée en Afrique.

---

[74] https://pca-cpa.org/fr/about/structure/pca-mauritius-office/.

[75] Voir les chapitres III et IV de la loi de 2008 portant sur la Formation d'un tribunal, Récusation de l'arbitre ou fin du mandat, Honoraires et dépens des arbitres, Conduite des procédures d'arbitrage.

[76] *London Court of International Arbitration – Mauritius International Arbitration Centre*.

B.- Un centre international inédit en Afrique : le *LCIA-MIAC Arbitration Centre*

Le Centre d'arbitrage LCIA-MIAC (« Centre ») est une institution d'arbitrage qui offre des services de gestion efficace, flexible et impartiale d'arbitrage et d'autres modes alternatifs de résolution des conflits (« MARC »), indépendamment de la situation géographique des parties ou du régime juridique applicable. Ce Centre s'appuie sur la LCIA qui lui apporte soutien, connaissances et expérience. La LCIA est une institution mondialement reconnue dans le domaine de la gestion de l'arbitrage et d'autres modes alternatifs de résolution des conflits. Le Centre d'arbitrage LCIA-MIAC offre les mêmes services que ceux fournis par la LCIA au Royaume-Uni et y apporte la même attention, de façon à assurer une gestion expéditive, neutre et rentable des arbitrages et d'autres MARC administrés sous les auspices de LCIA-MIAC, que ce soit sous le règlement de LCIA-MIAC, de la CNUDCI ou selon tout autre type de procédure convenue par les parties. Domicilié à l'île Maurice et étant stratégiquement situé entre l'Afrique et l'Asie, ce Centre se situe au croisement des routes commerciales des plus grandes économies en voie d'expansion du monde.

1/ Le conseil d'administration, le secrétariat et la cour d'arbitrage (*LCIA Court*)

Le conseil d'administration est responsable de la stratégie du Centre. Actuellement composé de cinq membres, il est présidé par Me Salim Moollan QC.

Dirigé par le greffier, le secrétariat est situé à Ebène et est chargé de la gestion quotidienne de tous les litiges qui sont référés au Centre. Les services administratifs du LCIA-MIAC ne sont pas confinés à la gestion de procédures d'arbitrage et de MARC. En sus de sa fonction d'autorité de nomination, LCIA-MIAC agit non seulement comme administrateur dans les affaires gouvernées par le règlement de la CNUDCI, mais également dans le cadre d'organisation des audiences ou de tout autre service d'assistance aux procédures qui sont gouvernées soit par le règlement de LCIA-MIAC soit par tout autre règlement ou aux procédures *ad hoc*.

La cour d'arbitrage de la LCIA (la « *LCIA Court* ») est l'autorité en dernier ressort pour ce qui est de l'application du règlement de LCIA-MIAC. La *LCIA Court* est composée de trente-cinq membres choisis parmi les zones de commerce d'importance afin d'offrir et de garantir une certaine diversité parmi les praticiens de l'arbitrage international de premier plan. Ses fonctions principales sous le règlement consistent à la nomination des arbitres, la détermination de demande de récusation des arbitres et le contrôle des frais. Toutes fonctions sont exercées au nom de la *LCIA Court* par le président ou un vice-président ; par un vice-président honoraire ou un ancien vice-président ; ou par des groupes de trois ou cinq membres présidés par le président, le vice-président, un vice-président honoraire

ou un ancien vice-président. Les fonctions administratives peuvent être gérées par le greffier ou le greffier adjoint.

2/ Le règlement d'arbitrage et les spécificités du Centre

Effectif depuis le 1er octobre 2012, le règlement LCIA-MIAC[77] est d'application universelle et peut être utilisé dans tout type de conflit arbitrable. Il offre une combinaison des meilleures caractéristiques des systèmes de droit civil et de *Common Law*.

En ce qui concerne le siège de l'arbitrage et lieu des audiences, la zone géographique de laquelle proviennent les parties aux arbitrages de LCIA-MIAC n'a pas d'incidence sur l'application du règlement du Centre. Bien que le Centre soit situé à l'île Maurice, les parties adoptant le règlement du Centre sont libres de convenir de quelconque siège ou lieu juridique de l'arbitrage et d'élire leur siège ailleurs qu'à l'île Maurice. Si les parties qui adoptent le règlement LCIA-MIAC ne spécifient pas de siège dans leur compromis, l'article 16.1 énonce que le siège par défaut sera l'île Maurice. Toutefois, si une ou plusieurs parties argumentent que le siège d'arbitrage devrait être autre, la *LCIA Court* tranchera la question. Les audiences peuvent être tenues à l'île Maurice même dans les cas où le siège est ailleurs, ou à tout autre endroit qui convient aux parties et au tribunal.

L'objet des contrats desquels sont issus les litiges et qui peuvent être référés à LCIA-MIAC est vaste et varié et couvre tous les domaines du commerce international, y compris les télécommunications, les assurances, les explorations de ressources pétrolières et gazières, la construction, la navigation, l'aviation, le domaine pharmaceutique, les pactes d'actionnaires, l'informatique, les banques et la finance ainsi que tout litige relatif aux sociétés mauriciennes détentrices d'une « *Global Business Licence* ».

En ce qui concerne les frais, c'est la *LCIA Court* qui détermine les frais de chaque arbitrage conformément à la procédure prévue par le règlement de LCIA-MIAC. Tout différend concernant les charges administratives ou les honoraires ou frais du tribunal est tranché par la *LCIA Court*.

Enfin, la spécificité et l'attrait majeur du Centre résident dans l'excellence et la diversité de sa base de données regroupant des arbitres qui peuvent être nommés par la *LCIA Court* lors d'un litige. En plus des arbitres locaux et internationaux qui peuvent être sollicités par les parties ou par le Centre, ce dernier a également accès à la base de données d'arbitres qui peuvent être nommés par la LCIA à Londres et qui regroupe des arbitres issus de plus de 90 juridictions (dont l'île Maurice), et dotés d'une réelle expertise, en fonction du secteur juridique et du système de loi applicable liés au litige. Il est à noter cependant que la liste d'arbitres de ces deux

[77] Le règlement d'arbitrage de LCIA-MIAC est disponible en version papier sur demande auprès du Secrétariat de LCIA-MIAC ou sur le site internet suivant : www.lcia-miac.org.

institutions n'est ni fermée, ni restrictive, ni exhaustive et que toute personne ne figurant pas sur ces listes peut être nommée en tant qu'arbitre par l'une des parties.

Participant activement au positionnement de Maurice en tant que place incontournable de l'arbitrage en Afrique, ce Centre figure déjà comme l'une des institutions de premier plan sur le plan régional et a d'ailleurs remporté le prix du Centre d'arbitrage le plus prometteur sur le plan régional en 2015[78].

Conclusion

Alors que la Loi type de la CNUDCI a été la source d'inspiration commune aux législations malgaches et mauriciennes liées à l'arbitrage, il existe cependant plusieurs caractéristiques juridiques qui divergent entre ces deux pays. De plus, l'approche juridictionnelle pratiquée par les juges étatiques diffère également entre ces deux États. Alors que le juge mauricien semble activement développer la jurisprudence ainsi que sa position en faveur de l'arbitrage, il semblerait que le juge malgache n'ait pas encore eu l'opportunité de développer plus amplement sa position au travers d'une jurisprudence plus étoffée dans ce domaine. Cependant, tout développement plus intensif de la jurisprudence au sein de ces deux juridictions étatiques ne pourra se faire qu'à la principale condition que les investisseurs internationaux aient recours à des clauses d'arbitrage désignant l'un de ces deux États comme siège de l'arbitrage. L'effet de cette condition serait même amplifié, si cette clause d'arbitrage désignait des institutions arbitrales présentes dans ces deux États afin d'amplifier l'utilisation de leur règlement et de la sécurité juridique qu'elles induisent. Enfin, l'impulsion et l'encadrement définis par la politique gouvernementale en matière d'arbitrage international restent également des conditions nécessaires à tout pays qui s'initie à ce type spécifique de modes alternatifs de règlement des litiges et qui souhaiterait le développer plus intensément.

[78] The 2015 Global Arbitration Review award for up-and-coming regional arbitral institution : http://www.lcia-miac.org/news/lcia-miac-wins-global-arbitration-review-award.aspx

ARBITRAGE

Suggestions pour promouvoir la place de l'arbitrage en Afrique. Madagascar et la Tunisie comme illustration

Walid BEN HAMIDA
Maître de conférences à l'université d'Évry Val d'Essonne

Plusieurs pays ont des lois sur l'arbitrage très similaires. La loi tunisienne sur l'arbitrage s'inspire largement des décrets français n° 80-354 du 14 mai 1980 et 81-500 du 12 mai 1981 sur l'arbitrage. Mais l'état de l'arbitrage dans les deux pays n'est pas le même. Madagascar et la Tunisie sont liés par le même « destin arbitral ». En effet, la loi malgache du 2 décembre 1988 s'inspire aussi du code tunisien de l'arbitrage adopté le 26 avril 1993. Pourtant, dans la pratique, l'arbitrage ne se développe pas selon le même rythme dans les deux pays. Suffit-il à un État de copier une loi, considérée comme moderne, ou la loi modèle de l'arbitrage de la CNUDCI pour promouvoir l'arbitrage ? Quelle est la place de Madagascar en cette matière ? Qu'est ce qu'il faut faire pour permettre à l'Afrique de jouer un rôle actif dans l'arbitrage international ?

Nul ne conteste aujourd'hui l'existence d'un marché de l'arbitrage[1] dans lequel agissent et interagissent plusieurs acteurs[2]. L'examen du rôle joué par chaque acteur permettra de comprendre pourquoi l'arbitrage se développe dans certains pays plus que dans d'autres. Cet examen nous permettra de suggérer des propositions pour promouvoir la place de Madagascar et de l'Afrique en la matière.

[1] T. CLAY, « Le marché de l'arbitrage », In *L'argent dans l'arbitrage*, W. BEN HAMIDA et T. CLAY, ed., Lextenso 2013, p. 13-28.
[2] Pour une étude sociologique des acteurs de l'arbitrage, E. GAILLARD, « Sociologie de l'arbitrage international », *Journal du droit international* 2015, p. 1089-1113.

I.- Les États

Il y a tout d'abord sur le marché de l'arbitrage, les États. Compte tenu des retombés économiques de cette forme de justice privée (hôtels, centres de conférence, taxis, sténographes, interprètes, restauration, prestataires de service), chaque État veut attirer sur son sol les arbitrages en vantant les qualités de sa législation en la matière. On constate même un soutien actif à l'arbitrage par les pouvoirs publics. L'organisation de colloques financés par les États, la subvention des centres d'arbitrage locaux, l'accueil de colloques et de manifestations internationales de grande envergure telle que la conférence de l'ICCA en sont l'illustration. À ce soutien public, on ajoute une forte activité de *lobbying* privé par des associations regroupant les professionnels de l'arbitrage. Ainsi, l'association « Paris, Place d'arbitrage international » vise à promouvoir Paris comme siège de l'arbitrage. Sur le site internet de cette association privée[3], on lit, « *L'association à but non lucratif Paris, Place d'arbitrage international a été créée par différents acteurs de la communauté de l'arbitrage en mars 2009 avec un seul objectif : la promotion de Paris comme première place mondiale de l'arbitrage international. Paris, Place d'arbitrage International est constitué de praticiens réputés de l'arbitrage, d'arbitres et d'autres professionnels impliqués dans le monde de l'arbitrage (universitaires, interprètes, etc.)* ». Parmi les raisons invoquées pour justifier le choix de Paris, le fait que « *la loi française […] offre toutes les garanties de succès* » en la matière.

Cet effort public et privé pour promouvoir l'arbitrage est pris en considération par les organisations internationales pour mesurer l'attractivité économique du pays. Ainsi, le fameux rapport *Doing Business* de la Banque Mondiale, parmi les indicateurs notés, on trouve « *l'existence d'un texte de loi consolidé ou d'un chapitre/section consolidé du code de procédure civile régissant l'arbitrage dans les affaires commerciales intérieures et couvrant l'essentiel de ses aspects. Un score de 0,5 est attribué dans l'affirmative ; à défaut, le score est nul (0). S'il existe des différends commerciaux – autres que ceux traitant de l'ordre public ou de la politique publique – qui ne peuvent pas être soumis à l'arbitrage. Un score de 0,5 est attribué si la réponse est négative ; le score est nul (0) si la réponse est positive. Exécution des clauses ou accords d'arbitrage valides par les tribunaux locaux dans plus de 50 % des cas. Un score de 0,5 est attribué dans l'affirmative ; à défaut, le score est nul (0)* »[4].

L'une des questions posées est de savoir comment les États élaborent leurs textes sur l'arbitrage. Deux modèles peuvent, à cet égard, être distingués. Il y a l'élaboration locale et l'élaboration extérieure.

[3] http://www.parisarbitration.com/arbitrage/qui-sommes-nous/.
[4] http://francais.doingbusiness.org/methodology/enforcing-contracts.

Dans certains États, comme la France et la Tunisie, la loi sur l'arbitrage a été préparée par des experts locaux agissant souvent à titre bénévole. Ainsi, la confection du code tunisien de l'arbitrage de 1993 a été confiée à un groupe d'universitaires et de juges, tous tunisiens qui ont pris près de quinze ans pour le préparer. Il s'agit d'un produit 100 % tunisien. En France, la réforme du droit français de l'arbitrage de 2011[5] a abouti au bout de dix ans de gestation et a été une œuvre collective de plusieurs acteurs. L'idée de la réforme a été lancée le 12 septembre 2000 par le comité français de la CCI qui a mis en place un groupe de travail relatif aux adaptations éventuelles à apporter au droit français de l'arbitrage. Ce groupe a organisé plusieurs réunions. Le comité français de l'arbitrage a poursuivi cette œuvre en créant une commission d'étude qui a pris dix ans pour rédiger un texte. Cent personnes ont été associées à la préparation du projet avec cinq groupes thématiques. Le projet a été transmis en 2006 à la Direction des affaires civiles et du sceau. La Chancellerie a confié la rédaction finale au conseiller Pierre de Lapasse, à partir de l'année 2010. L'avant-projet a été soumis au comité français de la CCI, au comité français de l'arbitrage, à l'Association française de l'arbitrage, au Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, au MEDEF, au Conseil national des barreaux, à l'association « Paris, Place d'arbitrage international » et à l'association française des banques.

Cette pratique contraste avec celle d'autres pays notamment africains où l'élaboration des textes sur l'arbitrage était confiée à des experts étrangers, souvent payés par des organisations internationales ou des organismes d'aide au développement étrangers. Cette transplantation ne permet pas aux acteurs locaux d'appréhender la culture de l'arbitrage. L'une des raisons invoquées pour justifier ce choix est l'absence de compétence locale. Or, la compétence s'acquiert par la pratique et la confrontation aux problèmes et non pas par une transmission passive des textes. Bien plus, on peut se demander s'il faut une expérience particulière pour rédiger des lois d'arbitrage copiant intégralement les dispositions de la loi modèle de la CNUDCI. En effet, dans certains pays, les experts étrangers se sont contentés de reprendre purement et simplement les dispositions de cette loi.

À Madagascar, la loi malgache a été préparée avec l'aide du cabinet américain de conseil *Checchi and company consulting Inc*,[6] dans le cadre du programme de la réforme du droit et de la justice financé par l'USAID (1998 - 2001). Ainsi sur le site de ce cabinet de conseil, on lit que « *to reverse the downward spiral of its economy, Madagascar faced the imperative of creating a legal environment more conducive to private sector investment and development. Under this project, Checchi provided assistance to the process of business law reform and helped to create and implement alternative dispute resolution (ADR) mechanisms. The Project's Business Law Reform component focused on*

[5] Voir sur l'historique de la reforme : T. CLAY, « Liberté, Égalité, Efficacité » : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage Commentaire article par article. - (première partie) », *Journal du Droit international* 2012, p. 443.
[6] http://www.checchiconsulting.com/index.php.

improving the legal framework for trade and investment, assisting the government of Madagascar in applying international best practices in redrafting and updating its property, company, financial and labor laws. In ADR, Checchi provided commentary on Madagascar's draft Arbitration Law, leading to the incorporation of UNCITRAL principles in the law as enacted by the National Assembly, helped establish the Madagascar Arbitration and Mediation Association, and worked to build arbitration and mediation capacity and demand »[7]. On ne sait pas exactement quel est le rôle joué par ce cabinet dans l'élaboration du texte malgache. Selon la ministre de la justice de l'époque, « *le cabinet [étranger] n'est venu apporter son appui aux formations qu'après la promulgation de la loi, et après l'organisation de la première formation sur le thème à l'École Nationale de la magistrature et des Greffes* »[8].

Quoi qu'il en soit, pour que l'arbitrage se développe dans un pays, il faut impliquer toutes les parties prenantes dans le processus d'élaboration normative. Les textes sur l'arbitrage ne doivent pas être préparés selon un modèle « *produit en main* » livré par des experts étrangers, mais doivent être l'œuvre des universitaires, des magistrats, des avocats et des différents acteurs locaux. Imposer des textes, même de qualité, ne permet pas leur appréhension et leur compréhension. Les pays africains doivent prendre en main la rédaction de leurs textes, quitte à passer plus de temps. Ils doivent favoriser plutôt des coopérations avec les experts étrangers plus qu'une démission ou une délégation. Impliquer les acteurs locaux dans le processus normatif est la première condition pour promouvoir l'arbitrage dans ce continent.

II.- Les juges

L'autre acteur impliqué dans le marché de l'arbitrage est le juge. En effet, pour attirer et développer l'arbitrage, il ne suffit pas d'avoir un texte moderne, mais il faut garantir une pratique favorable à l'arbitrage et une culture arbitrale. Dans certains pays, les juges ont été impliqués dans le processus d'élaboration du texte. Cela leur a permis d'acquérir cette culture. Les cours organisés aux écoles de formation des magistrats et les colloques réguliers facilitent l'acquisition du savoir arbitral.

L'un des problèmes majeurs que rencontrent les praticiens de l'arbitrage en Afrique est l'accès à la jurisprudence. La jurisprudence reste occulte. La confidentialité couvre *de jure* les sentences arbitrales et *de facto* les décisions étatiques relatives à l'arbitrage. Cette absence de transparence est mal perçue par les acteurs économiques. Elle ne valorise pas le travail des magistrats. Elle suscite les suspicions de corruption. Avec le développement des moyens de

[7] http://www.checchiconsulting.com/index.php?option=com_projects&aoe_id=4&itemid=8.
[8] Email de Madame la Ministre Bakolalao Ramanandraibe du 28 octobre 2016.

communication et d'internet, la non-publication est regrettable et s'il y a un domaine où on doit agir rapidement, c'est la transparence. En publiant les décisions juridictionnelles, la doctrine pourrait faire son travail de commentaire et d'évaluation. Le juge sera plus responsabilisé. La jurisprudence s'améliore et la confiance des opérateurs économique dans le droit de l'arbitrage se renforce. Il ne faut pas oublier que le véritable test de l'attractivité d'un droit de l'arbitrage est l'application de ce droit par les juges.

En effet, le rôle du juge en la matière est primordial. Il suffit parfois d'une ou de deux décisions pour que « *les arbitrages s'envolent à l'étranger comme des hirondelles aux premiers froids* »[9]. Ainsi, deux décisions rendues par le juge tunisien ont porté un « *coup dur à l'arbitrage en Tunisie* »[10]. Ils ont « *enterré l'œuvre avant-gardiste du législateur* »[11]. Dans un arrêt du 19 mai 2009, rendue par la cour d'appel de Tunis dans l'affaire n° 69135, s'agissant d'un contrat de construction de barrage conclu entre le ministère tunisien de l'Agriculture et la société Firofal Cometra, cette cour a invalidé une clause d'arbitrage acceptée par les deux parties[12]. Cette position qui va à l'encontre de la philosophie de l'article 7 du code tunisien de l'arbitrage a été qualifiée de « *contre révolution* »[13] surprenante au regard de la position assez accueillante du juge tunisien à l'égard de l'arbitrage. En effet ce dernier, parfois en l'absence de texte explicite, n'a pas hésité à consacrer le principe de la bonne foi, le principe de l'*estoppel*, la loyauté procédurale et le principe de renonciation aux irrégularités procédurales non invoquées comme des principes généraux du droit de l'arbitrage en Tunisie[14]. Une autre décision de la même cour d'appel de Tunis, en date du 10 décembre 2013[15], est venue défrayer la chronique dans la mesure où elle consacre une conception extrémiste et contre-productive de l'obligation de révélation. La cour annule une sentence arbitrale CCI au motif que la présidente du tribunal arbitral, l'un des coarbitres ainsi que l'avocat de la partie défenderesse appartenaient à un même collège scientifique (l'Académie internationale du droit de l'arbitrage à Paris) et que le cabinet d'avocat qui représente la partie défenderesse dans le litige arbitral a

---

[9] C. JARROSSON, « Aspects de l'arbitrage international dans le droit et la pratique des pays arabes. Rapport de synthèse», Colloque de la Cour de cassation, 13 juin 2007, avec le concours de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce de Milan, [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-06-2007/13-06-2007_jarrosson.pdf], p. 8.

[10] A. OUERFELLI, *L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne*, Latrach and LGDJ eds, Tunis-Paris, 2010, p.123.

[11] A. OUERFELLI, *précité*.

[12] Cour d'appel de Tunis, Décision du 19 mai 2009, affaire n° 69135, *Chef du contentieux de l'Etat pour le compte du ministère de l'agriculture c./ Groupement Ferrovial-COMATRA (Ferrocom)*, extraits publiés dans *code Tunisien de l'arbitrage annoté*, W. BEN HAMIDA et M-A. BETTAIEB, Editions Bettaieb, Tunis 2015, p. 15.

[13] W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage et le nouveau contexte politique en Tunisie », *Bulletin de l'Association Suisse de l'arbitrage* 2011, p. 851.

[14] Voir pour le rôle du juge tunisien dans l'élaboration de ces principes, W. BEN HAMIDA, *précité,* p. 848-851.

[15] Cour d'appel de Tunis, Décision du 8 mars 2011, affaire n°14752, *CTKD c./ Accor*, extraits publié dans W. BEN HAMIDA et M-A. BETTAIEB, *précité,* p. 129.

financé la cérémonie d'ouverture de ce collège scientifique. Ces éléments mettent selon la cour l'indépendance et l'impartialité du tribunal. La doctrine tunisienne évoque à cet égard « *L'hypertrophie de l'obligation de révélation* »[16] en Tunisie. Elle considére que « *la cour d'appel élargit, de manière outrancière, le périmètre de l'obligation de révélation* »[17].

À ce titre, on reproche souvent aux juges africains deux fléaux : l'incompétence et la corruption. Pour rassurer les opérateurs économiques, les États ne manquent pas d'imagination. Ainsi, l'État de Dubai a créé une sorte d'enclave juridique et juridictionnelle : le *Dubai International Financial Center* « DIFC »[18]. Il a fallu une modification de la Constitution fédérale des Émirats arabes unis pour permettre la création de cette zone – qui ne dépasse pas 0,5 km-, soumise à des lois spéciales en matière commerciale et civile, inspirées majoritairement du système de la *common law* et surtout disposant de juridictions propres comprenant des juges étrangers, des « *non residents judges* ». La DIFC a ainsi sa propre loi sur l'arbitrage qui s'applique aux arbitrages se déroulant dans la zone. Le contrôle des sentences est confié aux « *DFCI Courts* »[19]. Le « *Chief justice* » des *DIFC Courts* n'est que le justice Michael Hwang, SC et le « *Deputy Chief justice* » est Sir Anthony Colman, deux spécialistes connus de l'arbitrage. Cette zone franche juridique à Dubai a suscité la jalousie des autres États de la région qui ont créé leurs propres enclaves législatives et juridictionnelles. C'est le cas du *Qatar financial Center*[20] et du *Abu Dhabi Global Market*[21].

Cette solution qui consiste à dénationaliser le droit de l'arbitrage et surtout le système juridictionnel pour promouvoir l'arbitrage discrédite paradoxalement le juge local. Elle confirme l'incompétence de ce dernier. Elle signifie que les juridictions locales sont inaptes à intervenir en cette matière et que la réforme de la justice nationale est impossible. On lui préfère une approche de formation et de sensibilisation du juge local pour qu'il acquière la culture arbitrale et s'imprègne de l'éthique et de la morale arbitrale. On peut penser à la création de chambre spéciale comprenant des juges bien formés dédiée à l'arbitrage. Si le juge national ne s'approprie pas la technique arbitrale, l'arbitrage reste un produit importé. Il sera refoulé, combattu et perçu comme un corps étranger.

Qui plus est, les critiques sur la corruption sont à relativiser. En effet, la corruption est répandue en Amérique latine. Pourtant, l'arbitrage se développe plus dans ce continent qu'en Afrique. En outre, il existe une différence notable entre les

---

[16] S. BOSTANJI, « Le mouvement des idées en droit tunisien de l'arbitrage international », *Mélanges Mohamed Zine*, [à paraître au CPU], p. 18 et s.
[17] S. Bostanji, *précité*.
[18] Voir le site de l'enclave sur https://www.difc.ae/.
[19] http://difccourts.ae/. Sur l'arbitrage du DIFC, voir R. Mohtashami et S. Tannous, « Arbitration at the Dubai International Financial Centre: a Common Law Jurisdiction in the Middle East », *Arbitration International* 2009, p. 173-186.
[20] www.qfc.qa/.
[21] http://www.adgm.com/.

pays africains en matière d'éthique et de transparence. À cet égard, Botswana occupe la 31e place dans le *World Justice Project Rule of Law Index*[22] avant la Roumanie, la Grèce, la Croatie, le Brésil et la Hongrie[23]. Ghana occupe la 34e place. Maurice occupe aussi une bonne place dans les classements de la transparence et de l'éthique des affaires.

En Afrique, la corruption conjuguée à l'absence de sécurité explique, selon une conception largement répondue, pourquoi les opérateurs économiques fuient ce continent et ne choisissent pas comme siège de leur arbitrage un pays africain. Pour autant, l'argument sur l'insécurité est aussi exagéré. En effet, si l'Afrique n'est pas « *safe* », pourquoi des milliers d'investisseurs et d'expatriés s'installent chaque année au continent. On ne comprend pas pourquoi l'absence de sécurité est invoquée en matière d'arbitrage et ignorée lorsqu'il s'agit d'investir en Afrique. Il y a là un double discours assez curieux.

Une autre piste pour promouvoir l'arbitrage en Afrique consiste à limiter l'intervention du juge en matière d'arbitrage international. On peut ainsi penser à limiter le contrôle de la sentence arbitrale seulement au moment de l'exequatur et supprimer le contrôle d'annulation. En effet, l'annulation de la sentence arbitrale par le juge du siège fait peur aux acteurs économiques. Dans les pays qui appliquent la convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, et sauf rare exception comme la France, l'annulation d'une sentence arbitrale dans son État d'origine fait obstacle à son exequatur à l'étranger[24]. Supprimer le recours en annulation préservera l'exequatur de la sentence à l'étranger et pourrait fournir une solution aux problèmes de l'incompétence et de la corruption du juge local. Cette possibilité de renoncer au recours en annulation existe d'ailleurs dans certains pays africains comme la Tunisie et Madagascar. On ne comprend pas pourquoi elle n'est pas utilisée par les entreprises. Les pays africains peuvent même aller encore plus loin dans la voie de la réforme en supprimant le recours en annulation en matière internationale. Si l'Afrique veut occuper une place de premier ordre, elle ne doit pas se contenter de copier. Elle doit innover, créer et dépasser le largement admis et le généralement consacré.

---

[22] [http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index].

[23] Cet argument a été souligné par le juge Abdulqawi A. Yusuf lors de sa conférence à l'ICCA à Maurice en 2016.

[24] Ph Fouchard a proposé une telle solution pour éviter la contradiction entre le contrôle de l'annulation et le contrôle de l'exéquatur lors de la conférence de l'ICCA à Paris en 1998, Ph. Fouchard, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 653-672.

III.- Les arbitres et les conseils

Certains arbitres ne sont parfois pas juges, mais de vrais « hommes d'affaires », « marchands de droit » se livrant à une concurrence féroce et consacrant « un temps fou » pour l'autopromotion et le marketing arbitral. Le marché est devenu très compétitif avec l'apparition des boutiques d'arbitrage et la professionnalisation du métier d'arbitre[25].

Cette concurrence visant à garantir des nominations a conduit à « *un affadissement des publications scientifiques* » et « *l'émanation d'une doctrine de compromis* ». Thomas Clay montre comment pour garantir des nominations, certains prennent en garde de ne pas s'engager sur des questions de fond et de cacher leur opinion pour être compatibles avec les nominations. En effet, les cabinets d'avocats, avant chaque désignation d'arbitre, analysent minutieusement les productions doctrinales de l'arbitre pressenti[26]. En matière d'arbitrage d'investissement, on assiste aussi à un phénomène de spécialisation dans la désignation. Ainsi, certains arbitres sont désignés exclusivement par les États. D'autres sont choisis seulement par les personnes privées oubliant que l'arbitre est un juge indépendant. On voit apparaître enfin des revues spécialisées faites par « des marchands de reconnaissance »[27] contenant des classements des meilleurs arbitres de l'année, des meilleurs jeunes arbitres, des « Top 10 » dans une région déterminée. Ces classements sont souvent rappelés avec fierté par les arbitres pressentis lorsqu'ils envoient leurs *curriculum vitae* aux parties ou aux institutions d'arbitrage.

Par ailleurs, la publication des sentences arbitrales a modifié le comportement des arbitres. Ceux-ci savent que les sentences seront examinées à la loupe avant chaque désignation. En conséquence, « *on voit apparaître des sentences arbitrales qui ne tranchent plus vraiment le différend, car elles veulent contenter tous les acteurs… ces sentences donnent raison aux deux parties… des sentences mi-figue mi-raisin* »[28].

Une réalité évidente est le fait que les arbitres africains sont mal représentés dans l'arbitrage international. Ainsi, pour l'exercice 2015, il y a au CIRDI plus d'arbitres français que d'arbitres venant de tous les pays africains réunis[29]. On prétend qu'ils sont inexpérimentés, que pour être arbitre il faut déjà avoir une première désignation. Ce dernier argument est circulaire et diabolique. Il s'agit d'une stratégie pour empêcher l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché. En

[25] T. CLAY, « Le marché de l'arbitrage », *précité*, p. 23 et p. 26.
[26] T. CLAY, *précité*, p. 27.
[27] E. GAILLARD, *précité*, p. 1098.
[28] T. CLAY, *précité*, p. 28.
[29] Affaires du CIRDI– Statistiques (numéro 2015-2), https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(French).pdf.

effet, on peut se demander comment cette exigence a été appliquée aux arbitres européens et américains. Comment ces derniers ont rempli l'exigence d'être déjà arbitre lorsqu'ils ont eu leur première désignation. Bien plus, pour avoir l'expérience en matière d'arbitrage, il faut avoir au moins une première nomination. Pour cette raison, j'invite les entreprises et les États africains à faire confiance aux arbitres africains en les nommant dans des arbitrages. En leur offrant l'opportunité de siéger dans des arbitrages, on leur permet d'acquérir la culture arbitrale et le savoir-faire arbitral. Exclure les arbitres africains au motif qu'ils ne sont pas expérimentés serait les empêcher de comprendre le mécanisme arbitral, les priver de la connaissance et limiter le rôle de l'Afrique et des Africains à des consommateurs passifs de l'arbitrage au lieu d'être acteurs et précurseurs en ce domaine. C'est cette mentalité d'exclusion et de mépris de soi qui suscite les réactions brutales à l'égard de l'arbitrage. Pour cette raison, j'invite à un métissage arbitral, à une mixité, à un brassage arbitral. Il faut donner des opportunités aux Africains pour faire part des tribunaux arbitraux, des institutions d'arbitrage internationales et des comités *ad hoc* CIRDI.

Autre acteur sur le marché de l'arbitrage sont les avocats et les conseils. Ces derniers se livrent aujourd'hui à une concurrence féroce. Le marché du conseil juridique s'internationalise et s'élargit. La qualité d'avocat n'est pas requise pour représenter une partie dans une procédure arbitrale. Les différences des règles déontologiques applicables aux avocats faussent la concurrence et favorisent certains aux dépens des autres. Les cabinets se vantent de donner la liste de leurs clients passés et actuels sur leurs sites. On voit même en la matière des pratiques de démarchage et de *dumping*. Les marchands de reconnaissance s'emparent du marché en publiant des classements, parfois payés par les cabinets, des meilleurs avocats de l'année, des « Top 20 » des cabinets qui ont les plus grosses affaires d'arbitrage de l'année.

Dans ce marché de la représentation juridique, les cabinets africains sont largement absents. On leur préfère des cabinets américains ou européens. Certains de ces derniers pour séduire les clients africains n'hésitent pas à recruter des Africains dans leur rang. La stratégie permet un bon affichage et une présentation du « politiquement correct ». Pire encore, d'autres s'associent à des cabinets locaux juste pour la forme ou pour décrocher un dossier. L'Afrique, à ce jour, reste mal représentée dans le marché de la représentation. Or dans d'autres régions du monde, on n'a pas hésité à recourir à des cabinets locaux comme en Asie.

L'arbitrage ne peut se développer en Afrique que si des cabinets africains jouent un rôle plus actif, plus participatif, dans la représentation des clients africains et des clients non africains. L'arbitrage se mondialise et il est temps que les Africains profitent de cette mondialisation. On parle aujourd'hui du « *local content* ». Le produit ou le service doit contenir un pourcentage de produits ou services locaux. Ce concept peut être transposé à l'arbitrage. On peut penser à un *local content* arbitral pour promouvoir l'arbitrage en Afrique. Ainsi, les États et les entreprises peuvent exiger l'implication des avocats locaux et la constitution

d'équipes mixtes dans lesquelles les Africains seront effectivement impliqués. Des entreprises non africaines peuvent participer à cet effort de promotion de l'arbitrage dans le continent défavorisé en exigeant aussi l'implication des juristes africains dans les équipes de défense.

Il y aussi sur ce marché, les institutions d'arbitrage, les universités qui vantent leur formation consacrée à l'arbitrage, les *Third Party Funding*, les experts, les maisons d'édition, les organisations internationales, les ONG. Ces derniers occupent une place secondaire en Afrique et leur place ne correspond pas au poids de l'Afrique dans l'arbitrage international.

Lors de la conférence de l'ICCA à Maurice, le juge Abdulqawi A. Yusuf, vice-président de la Cour internationale de justice a appelé à une « africanisation de l'arbitrage » à une relocalisation de l'arbitrage en Afrique. L'exclusion de l'Afrique du marché de l'arbitrage alimente les suspicions, expliquent les réactions hostiles, empêche les Africains d'acquérir la culture arbitrale et limite le rôle des Africains à des consommateurs passifs de l'arbitrage. Nous appelons de notre part à un métissage arbitral, à un brassage culturel et à une mixité sociale lorsque les États élaborent les textes, dans le choix des arbitres et dans le choix des conseils. Il faut un *local content* qui n'exclue pas la coopération avec l'étranger, le travail en commun et l'ouverture vers l'autre, valeurs qui ont caractérisé le peuple de ce continent à travers l'histoire.

ARBITRAGE

La déontologie de l'arbitre

Me Romain DUPEYRE
Avocat aux barreaux de Paris et New York

Il convient tout d'abord de distinguer plusieurs concepts proches, mais différents :

- la morale, qui est un « ensemble de règles de conduite tenues pour inconditionnellement valable » ;
- l'éthique qui est la « science de la morale » ou « l'art de diriger sa conduite » ;
- la déontologie qui est la « morale sanctionnée par le droit » et se situe « entre l'obligation morale et l'obligation juridique ». Elle a aussi pour caractéristique de se définir comme « l'ensemble des devoirs qui s'imposent à une profession » : il y a la déontologie des médecins, la déontologie des avocats, etc.

Il est possible de s'interroger sur l'existence d'une déontologie des arbitres. Il me semble qu'il existe une éthique de l'arbitrage, mais pas une déontologie à proprement parler au sens où il n'existe pas de code, de règles qui s'imposent spécifiquement aux arbitres en raison de leur profession.

Récemment, l'éthique de l'arbitrage a connu une très riche actualité[1]. Il y a deux raisons à cela : premièrement, certaines fautes ont été commises par des arbitres au point que l'on s'est demandé s'il ne fallait pas adopter des règles écrites, qui s'imposeraient à eux ; deuxièmement, l'arbitrage a beaucoup changé dans le temps. Ce qui n'était au début qu'un groupe restreint de personnes est devenu aujourd'hui un groupe très élargi : des Européens, des Asiatiques, des Sud-

[1] Voir, par exemple, pour une étude récente et trés détaillée, M. HENRY, « Ethique et arbitrage, la solitude du coureur de fond », *Revue de l'arbitrage.* 2016.707. Voir aussi J. EL AHDAB, « L'éthique dans la conduite et la gestion de l'arbitrage » à paraître dans un ouvrage publié par la fédération des Centres d'arbitrage en 2015, n° 42; également disponible sur : http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/L-ETHIQUE_DANS_L-ARBITRAGE_Jalal_EL_AHDAB.pdf ; M. STEPHENS, « Ethics in International Arbitration : Some reflections in Singapore », *Arbitration – chartered Institute of Arbitrators*, 2014, n°3, p. 294.

Américains, des vieux, des jeunes, des hommes et des femmes. Ils ont un bagage culturel différent et ils n'ont pas nécessairement la même appréhension de ce qu'on peut appeler l'« éthique ». La question, si l'on veut imposer une éthique unifiée, est de savoir s'il ne faut pas essayer d'harmoniser ces différentes pratiques afin de déterminer les règles d'éthique auxquelles les arbitres devraient être astreints dans l'exercice de leurs missions.

I.- Le contenant

Ces questions ont donné lieu à une multitude de réponses. Dans les années récentes, il y a eu un nombre considérable d'actes juridiques qui ont essayé de mettre par écrit les problématiques de cette question.

J'en ai fait une liste, qui n'est pas exhaustive, mais à travers laquelle on voit qu'il s'agit de règles qui ont été adoptées, tant par des institutions anglo-saxonnes que par des institutions francophones et qu'elles prennent des appellations différentes : ce sont des principes, des codes, des lignes directrices, des chartes éthiques et toutes sortes d'instruments qui ont été adoptés par différentes institutions. Tout cela nous amène à nous interroger sur l'efficacité d'avoir un tel nombre de règles qui s'appliquent à une seule et même question en matière d'arbitrage international.

Il est intéressant de constater également que la question de l'éthique s'est posée aux arbitres, bien évidemment, mais que l'éthique des arbitres n'est rien si elle n'est pas corrélée par l'éthique des conseils, l'éthique des institutions d'arbitrage et l'éthique des parties elles-mêmes.

La question de l'éthique des arbitres a fait l'objet d'un certain nombre de règles qui, le plus souvent, ont été adoptées par les centres d'arbitrages, à commencer par un centre qui connait un certain succès depuis quelques années, qui est le Centre régional de l'arbitrage commercial du Caire. Ce centre est loin d'être le seul à avoir adopté des règles d'éthique, il y a également la Chambre arbitrale de Milan, la Chambre d'arbitrage international de Paris, l'Association américaine d'arbitrage, etc.

Au mois d'octobre 2014, le Conseil national des barreaux français a adopté sa propre charte d'éthique de l'arbitrage qui a vocation à sensibiliser l'ensemble des avocats français susceptibles d'exercer une mission d'arbitre, aux règles qui s'appliqueront à eux dans le cadre de l'exercice de cette mission.

Chacun de ces corps de règles a ses particularités. C'est ainsi que, en droit américain, la notion d'impartialité de l'arbitre est un peu différente de l'appréhension que l'on en a en droit français. On arrive à admettre en droit américain que l'arbitre désigné par une partie ne soit pas aussi indépendant de la

partie qui l'a désigné que ne doit l'être le président du tribunal arbitral. Dans les règles d'éthique de l'Association américaine de l'arbitrage, il est prévu qu'il certain nombre de règles ne s'appliquent pas de la même façon à l'arbitre désigné par les parties, qu'au président du tribunal arbitral.

Tous ces corps de règles ont été adoptés dans le cadre d'institutions d'arbitrage. Cependant, il existe des exceptions notables à cela. Notamment, la Chambre de commerce internationale n'a pas de règles d'éthique propres destinées à ses arbitres. C'est intéressant de voir que l'institution qui gère, sans doute, le plus d'arbitrages internationaux dans le monde fait exception, alors qu'il y a une certaine effervescence, voire une course à l'adoption de règles d'éthique.

Il est également intéressant de noter, au titre des initiatives récentes, celle de la Fédération française des centres d'arbitrage. Comme il existe en France de nombreuses institutions d'arbitrage, dont la Chambre de commerce internationale (qui est un cas particulier puisque c'est un organisme international d'arbitrage à Paris), l'Association française de l'arbitrage, le Centre d'arbitrage en matière d'assurance, le Centre européen de l'arbitrage et de la médiation ou encore le Centre d'arbitrage d'Europe du Nord. Une multitude de centres d'arbitrage se sont regroupés en fédération et une des initiatives les plus intéressantes de cette dernière a été d'adopter une charte éthique de l'arbitrage. Cette charte permet d'avoir un dénominateur commun à tous les centres français d'arbitrage en matière d'éthique. Il s'agit d'un document relativement court et succinct qui rappelle les fondamentaux de l'éthique en matière d'arbitrage. C'est aussi un document qui s'adresse à tous les intervenants en matière d'arbitrage et qui rappelle le rôle de chacun dans le cadre de la procédure d'arbitrage. Il y a un article consacré aux arbitres, un article sur les parties et les conseils, un article sur les centres d'arbitrage et enfin, un article sur les experts et les témoins en arbitrage.

Si les règles relatives aux arbitres sont adoptées par les centres d'arbitrages, les règles relatives aux conseils des parties sont, quant à elles, adoptées par d'autres organismes, au premier rang desquels on trouve l'*International Bar Association* qui a récemment adopté des lignes directrices qui ont beaucoup fait parler d'elles et qui s'appelle *IBA Guidelines on Parties Représentation in internationales Arbitration*. Ces lignes directrices s'appliquent aux représentants des parties et contiennent un certain nombre de règles sur la préparation des témoins, sur la conduite que doivent adopter les avocats et tous ceux qui représentent les parties dans la procédure d'arbitrage.

II.- Le contenu

S'agissant du contenu, ces différents corps de règles reviennent assez souvent sur les mêmes notions.

La première consiste dans les nécessaires **indépendance et impartialité de l'arbitre**. C'est effectivement le sujet dont on entend toujours parler en premier, à juste titre, parce qu'il ne peut pas y avoir d'arbitrage, ni de tribunal arbitral, si les arbitres ne sont pas indépendants et impartiaux. Ainsi la charte de la Fédération des centres français d'arbitrage affirme que « *L'indépendance de l'arbitre se définit comme l'absence de toute relation d'affaires ou personnelle passée ou présente, directe ou indirecte, entre d'une part l'arbitre ou un tiers qui lui est étroitement lié personnellement ou professionnellement, et d'autre part l'une des parties, ou toute personne étroitement liée à l'une des parties, avec les conseils, voir les Co arbitres du litige. L'impartialité de l'arbitre se définit comme l'absence de déséquilibre, et l'égalité de traitement des parties. C'est aussi une indépendance d'esprit, notamment vis-à-vis des pressions extérieures* ». Cette charte a une appréhension relativement large de la notion d'indépendance et d'impartialité de façon à ce qu'elle s'impose non seulement entre les arbitres et les parties, mais aussi entre les arbitres et les avocats des parties. Les avocats choisissent souvent les arbitres parce qu'ils les connaissent. Il est rare qu'on désigne un parfait inconnu comme arbitre et c'est justement une des valeurs ajoutées d'un avocat spécialiste de pouvoir conseiller à ses clients un arbitre en raison de ses compétences, chose qui suppose qu'il le connaisse d'une manière ou d'une autre.

L'indépendance est donc le principe général qui s'impose d'évidence et qui a pour corollaire l'**obligation de révélation**. Cette obligation qui, elle aussi, s'impose d'évidence en théorie, est plus difficile à mettre en œuvre. Le principe est que l'arbitre, afin de justifier de son indépendance, doit révéler toutes les relations qu'il a avec les parties ainsi qu'avec leurs conseils. Il existe à ce sujet une jurisprudence casuistique qui détermine quelles sont relations qui doivent être révélées par les arbitres lors de leur désignation, mais aussi tout au long de la procédure d'arbitrage. La cour de Paris a ainsi jugé qu'il n'était pas répréhensible que l'arbitre n'ait pas révélé qu'il était l'ami *Facebook* de l'avocat d'une des parties. Dans ce cas il s'agissait d'un profil *Facebook* qui avait été créé dans le cadre d'une compagne du conseil de l'ordre des avocats, il y avait énormément de contacts sur le profil de cet arbitre et, par conséquent, on pouvait douter qu'il s'agissait d'une relation d'amitié intense entre lui et le conseil de la partie. La porte est cependant restée ouverte et, dans d'autres circonstances, être l'ami Facebook d'un des avocats est un élément qui devra être révélé lors de la désignation et tout au long de la procédure.

La question de l'indépendance s'est beaucoup posée dans le cadre des grands réseaux d'avocats. Il y a certains avocats qui ont fait les frais du fait que certains bureaux étrangers de leur réseau représentent une filiale de l'une des parties.

Cette obligation de révélation qui semble simple dans son principe, est beaucoup plus délicate à appréhender dans ses modalités d'application. Certains règlements d'éthique prévoient des règles très précises dans ce domaine,

notamment que l'arbitre ne peut recevoir des cadeaux de la part des parties ou de leurs avocats.

Une autre règle d'éthique qui s'impose aux arbitres, c'est l'**obligation de diligence**. C'est-à-dire qu'un arbitre ne peut accepter une affaire s'il ne dispose pas du temps et de la compétence nécessaires pour mener sa mission à bien. Il est vrai que la tentation est souvent grande pour un arbitre, lorsqu'on lui propose une affaire, de penser qu'il peut se débrouiller pour trouver le temps de s'y consacrer. Or il est parfois très difficile de fixer des dates d'audiences parce que les trois arbitres sont tellement occupés qu'il est impossible de les réunir, chose qui va évidemment, à l'encontre de l'idée de célérité de l'arbitrage.

Avant d'accepter une affaire, l'arbitre doit aussi se demander s'il dispose de toutes les compétences nécessaires pour statuer dans cet arbitrage. S'il accepte une affaire alors qu'il sait par ailleurs qu'il ne dispose pas de la compétence nécessaire, il aura alors manqué à ces règles d'éthique.

Il est également interdit à l'arbitre de prolonger inutilement la procédure arbitrale. Il arrive parfois qu'un arbitre, sentant que la dynamique de la procédure allait à l'encontre de la partie qui l'avait désigné, fasse le choix de **démissionner intempestivement**, très tard dans la procédure arbitrale, de manière à causer un prolongement de cette dernière.

Les sanctions

Comme il n'existe pas un ordre des arbitres internationaux, la question sur la manière dont on pourrait sanctionner les manquements à l'éthique se pose fortement. Cependant, il existe différents types de sanctions qui peuvent toucher les arbitres.

Les premières sanctions sont de nature procédurale et vont consister à demander soit le remplacement, soit la **récusation** de l'arbitre. La récusation va se justifier quand l'arbitre ne présente pas les qualités d'indépendance et d'impartialité requises. Le remplacement, quant à lui, survient pour des raisons autres qu'un manque d'indépendance et d'impartialité.

La **responsabilité disciplinaire** ne passera pas par un organisme international qui aurait une autorité disciplinaire sur les arbitres. La question s'est récemment posée sur la possibilité de donner à l'*International Bar Association* la capacité de sanctionner disciplinairement les arbitres. Pour ma part, cela me semble compliqué, puisque les arbitres ne sont pas obligés de s'affilier à un ordre ou une organisation particulière. Rien ne les oblige, en effet, à faire partie de l'*International Bar Association* juste pour être soumis à un pouvoir disciplinaire. D'autant plus qu'il s'agit d'une association dirigée par des praticiens anglo-saxons qui imposent leurs propres règles d'éthique.

Pour sanctionner certains manquements à l'éthique, c'est la **responsabilité contractuelle** de l'arbitre qui se trouve parfois engagée. La Cour de cassation française s'est prononcée sur une affaire relevant de ce sujet le 14 janvier 2014 en rappelant que la responsabilité contractuelle de l'arbitre peut être engagée dans le cadre de la conduite de la procédure et notamment si l'arbitre ne respecte pas les délais, s'il a manqué à ses obligations de révélation, etc. L'arbitre pourra être sanctionné par des dommages et intérêts.

En revanche, si l'arbitre commet une faute en statuant sur le fond du litige, sa responsabilité contractuelle ne pourra être mise en jeu qu'en cas de faute lourde, de fraude ou de dol. L'idée est que les arbitres puissent statuer sereinement sans craindre de pouvoir être sujets à des sanctions contractuelles en cas de mal-jugé. La sanction contractuelle est donc limitée sur le fond du litige, mais elle est sévère dans le cadre de manquement à la conduite de la procédure arbitrale.

Les arbitres peuvent aussi être soumis à des **sanctions pénales**. Il est vrai qu'ils disposent d'une certaine limitation de la responsabilité, souvent prévue par les règlements d'arbitrage, mais ils ne disposent d'aucune impunité. Les arbitres sont donc sujets à des sanctions pénales en raison de délits commis dans l'exercice de leurs fonctions. Cependant, les arbitrages qui se déroulent dans le cadre de L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, où le règlement de la Cour commune de justice et d'arbitrage prévoit une immunité diplomatique pour les arbitres. C'est un système sur lequel il faudra rapidement revenir, à mon avis, parce qu'il accorde une immunité aux arbitres, là où ils ne devraient pas y en avoir.

Il existe une dernière sanction qui est très puissante en matière d'arbitrage, il s'agit de la **sanction en termes d'image et de réputation** et notamment auprès des institutions d'arbitrage comme la CCI qui est très vigilante sur la qualité des services rendus par les arbitres qui siègent sous son autorité. C'est pour cela que si elle prend connaissance de manquements à l'éthique survenus dans le cadre de procédures régies par son règlement, la CCI peut employer des moyens très forts pour que l'arbitre concerné soit à nouveau désigné dans le cadre de futures procédures.

ARBITRAGE

Arbitrage et éthique : causes du mal, évolution récente et pistes d'amélioration – Regards sur le monde et sur l'océan Indien

Me Fernande ANILHA
Ancien bâtonnier du barreau de Saint-Denis de La Réunion,
Secrétaire générale du CMAR (La Réunion)
Me Julien MAGAMOOTOO
Avocat au barreau de Saint-Denis de La Réunion

Avant – propos

Ce serait presque une redondance que de parler d'éthique en matière d'arbitrage, si l'on se réfère à la mission essentielle de l'arbitre, à qui il incombe en définitive de définir, maintenir un équilibre dans les rapports de force, au-delà de l'application de la loi qui lie un juge.

Parallèlement, l'éthique est une exigence qui naît de l'absence, du manque de quelque chose qui a conduit à la bascule du point d'équilibre.

L'arbitre qui vient du latin *arbiter* (maître souverain) sera donc lui-même le garant du point d'équilibre entre les rapports de forces : son éthique devient l'essence même de sa fonction sur les quatre piliers que sont son **indépendance**, sa **neutralité**, son **impartialité** et la nécessaire **confidentialité**.

Cependant dans notre monde en pleine mutation, et l'arbitre *« arbiter »* a vu sa maîtrise très ébranlée par :

- le recours croissant à l'arbitrage sur le plan international, notamment en matière d'investissements ;
- mais surtout l'importance des enjeux, dans les conflits, qu'ils soient financiers, politiques ou humanitaires ;

- la puissance également des parties en présence (les États et multinationales), face à l'intérêt des nations dans l'arbitrage investissement.

L'institution même de l'arbitrage subit cette énorme pression qui vient s'ajouter aux difficultés classiques telles que la disparité et la diversité des ordres juridiques, ou qu'elles soient simplement culturelles.

De l'essence même de la fonction d'arbitre, l'éthique peu à peu a été consacrée dans un *corpus* de règles mises en place :

- d'abord au travers des centres, qui se sont regroupés – fédération des centres d'arbitrage (05/04/2012) ou encore l'accord de partenariat entre l'ICC et l'OHADA (2016) ;

- le renforcement des normes éthiques (l'application d'une charte éthique par 15 centres français depuis 2014) ;

- la mise en place de la nouvelle version des lignes directrices de l'*International Bar Association* (23/10/2014) ;

- la convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États (signée le 10/12/2014 à Maurice) ;

- l'édition d'un code de l'arbitrage en 2015.

Il devient évident que l'arbitrage institutionnel présente les meilleures garanties de l'éthique dans le processus d'arbitrage, notamment sur le plan international.

Les jeunes centres de l'Indianocéanie que nous sommes, consacrent l'émergence de nouveaux arbitres ; cependant la taille de certains territoires peut poser l'enjeu de la neutralité géographique des arbitres, mais également de leur formation. La coopération très vite engagée entre nos centres devra se renforcer sur l'avenir, dans le cadre d'un partage de la connaissance, d'une mutualisation des moyens éventuellement, d'une harmonisation des pratiques, et une communication soutenue. Cela me paraît souhaitable, passé le cap de la compétence et de la qualité, en nous appuyant sur une éthique sûre et intransigeante, communément partagée. Le but étant de rétablir un équilibre entre le Nord et le Sud.

C'est aussi le prix de l'accompagnement d'un développement économique et social dans notre zone indianocéanique, dans la mesure où nous pourrons aider à sécuriser le parcours de nos entreprises en leur offrant une alternative fiable à la résolution de leurs litiges éventuels.

I.- Comprendre l'importance de l'éthique dans l'arbitrage

A.- Éthique ou déontologie

Arrêtons-nous un instant sur la formule de KOJEVE :

- « Le juge (l'arbitre) est impartial si A et B (les parties) peuvent être interchangés sans que son jugement n'en soit ébranlé » ;
- « De même, « un juge ou un arbitre par exemple sera dit désintéressé quand son jugement et sa mise à exécution ne lui rapportent rien, et ne lui nuisent en rien, le laissant ainsi indifférent ».

Ce propos conduit à penser que le comportement même de l'arbitre face à sa mission résulte d'un état d'esprit. Tout vient en fait de l'intérieur, et de la conscience de la mission, une sorte de « morale individuelle ».

Le thème retenu par le colloque ainsi ne porte pas sur la « déontologie » de l'arbitrage, mais de « l'éthique » en matière d'arbitrage.

De l'éthique de l'arbitrage dépendra la sentence qui se rapprochera le plus de ce qui sera juste. De l'éthique de l'arbitrage dépendra également la confiance de ceux qui ont recours à ce mode de résolution des conflits.

Les normes que l'on pourra imposer, qu'elles soient légales, réglementaires, ne s'appliqueront, et nous en sommes tous conscients, qu'à des devoirs qui seront imposés à l'arbitre (le devoir de révélation, le devoir d'impartialité, le devoir de diligence, entre autres).

- Les devoirs de révélation et d'impartialité en cas de manquements sont sévèrement réprimés : c'est l'annulation de la sentence qui ne répond plus aux conditions procédurales exigées (la régularité de la composition du tribunal arbitral et l'impartialité dans le traitement des parties, notamment).
- Le devoir de diligence sera sanctionné par l'institution lorsqu'il s'agit d'arbitrage institutionnel (réduction des honoraires de l'arbitre, qui sera également de moins en moins choisi, à titre d'exemple).

Mais ce ne seront que des devoirs pour tenter d'asseoir et de préserver l'éthique qui reste une affaire de conscience, une affaire personnelle de l'individu. Rappelons ainsi les termes essentiels de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 octobre 2014 annulant une sentence arbitrale déjà revêtue de l'exequatur et rendue le 27 mars 2011 à La Barbade :

« Considérant qu'il apparaît donc que, contrairement à ce que laissait entendre la déclaration d'indépendance de M. Alvarez, alors que l'instance arbitrale était en cours, trois avocats du cabinet Fasken Martineau prêtaient leur concours à Leucadia dans une opération que le cabinet regardait comme un enjeu de communication ; que de telles circonstances, qui étaient ignorées d'AGI lors de la désignation de M. Alvarez, étaient de nature à faire naître dans l'esprit de cette partie un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ; qu'il convient dès lors d'annuler la sentence en raison de l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral ».

Cette motivation retenue par le juge étatique replace l'éthique au cœur de l'arbitrage, comme une condition essentielle, pour atteindre le but recherché : une sentence la plus juste, et la plus neutre possible, certes. Mais elle fait également de l'éthique , qui n'est pas la déontologie, rappelons-le, une vertu cardinale, qui ne supporte pas le soupçon, à l'égal de la « femme de César ».

« … De telles circonstances qui étaient ignorées… étaient de nature à faire naître dans l'esprit de cette partie un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ; qu'il convient dès lors d'annuler la sentence en raison de l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral ».

Une tentative de normativisme aboutirait à une déontologie qui s'imposerait de l'extérieur, sans pour autant garantir l'éthique qui reste une affaire de conscience. La décision du juge étatique dans l'affaire *Alvarez* est là pour nous le rappeler.

Il n'y a pas d'arbitrage face au doute, ou au soupçon touchant à l'indépendance de l'arbitre.

B.- Érosion de la confiance dans le processus sur le plan international

1/ Avènement d'une économie juridique

L'éthique de l'arbitrage fait face à des enjeux très particuliers aujourd'hui, en matière d'investissements. Il convient de relever avec beaucoup d'intérêt, cette note du CEO (Corporate Europe Observatory) de novembre 2012 déjà :

« Le système d'arbitrage international en matière d'investissement a été défendu et modelé par les gouvernements occidentaux, arguant qu'un mécanisme de règlement des différends équitable et neutre était nécessaire pour protéger les investissements des grandes entreprises de la partialité et de la corruption des cours nationales. Les arbitres internationaux seraient les gardiens et les garants de ce régime ».

« Pourtant, au lieu d'agir comme des intermédiaires équitables et neutres, il est devenu clair que le secteur de l'arbitrage a un intérêt naturel à perpétuer un

régime d'investissement qui privilégie le droit des investisseurs aux dépens des États souverains et des gouvernements nationaux élus démocratiquement. Ils ont construit une industrie multimillionnaire, intéressée et dominée par un petit cercle élitiste de cabinets juridiques et d'avocats dont les interconnexions et les intérêts financiers multiples font sérieusement douter de leur engagement à délivrer des jugements équitables et indépendants ».

Il est vrai que vers fin 2011 :

- plus de 3 000 traités d'investissements internationaux étaient signés, provoquant une succession de saisines des tribunaux d'arbitrage internationaux ;
- les arbitrages d'investissement enregistrés au CIRDI passaient de 38 cas en 1996 à 450 en 2011 ;
- les montants financiers en jeu connaissaient également une augmentation spectaculaire : en 2009/2010, 151 cas d'arbitrage d'investissement ont impliqué des entreprises réclamant au moins 100 millions de dollars (US $) des États ;
- les frais d'arbitrage (supportés par les contribuables) s'élevaient déjà en moyenne à plus de 8 millions de dollars (US $) par différend entre investisseurs et États, dépassant dans certains cas 30 millions de dollars (US $).

C'est dire que l'arbitrage international d'investissement est devenu en soi une économie, ce que certains appellent le « business juridique ».

2/ Intérêts financiers et Enjeux de développement – Le déséquilibre nord-sud

Parallèlement à l'essor brutal de l'arbitrage, pour l'année 2011, trois cabinets juridiques de haut niveau – Freshfields (Royaume-Uni) White & Case (États-Unis) et King & Spalding (États-Unis) – ont été impliqués dans cent trente cas d'arbitrage investissement

Quinze arbitres de l'hémisphère nord (Europe, États-Unis et Canada) ont connu et statué sur 55 % des arbitrages d'investissement. L'éthique est indubitablement rudoyée en matière d'arbitrage lorsque l'on sait que ces cabinets de juristes et d'arbitres agissent à la fois comme conseillers et arbitres, d'où des situations de conflits d'intérêts qui se multiplient.

En dépit du devoir de révélation qui est imposé, pour préserver l'indépendance et l'impartialité essentielles à la mission de l'arbitre, la confiance des États concernés est sérieusement érodée.

Un profond sentiment de frustration s'est développé, chez les États qui sont du Sud, face aux multinationales – investisseurs occidentaux qui sont du Nord. Les arbitres spécialistes de cette économie juridique ou de ce « business juridique » sont également des cabinets occidentaux, donc du Nord. L'érosion de la confiance des États résulte de ce grand déséquilibre Nord – Sud qui s'est développé.

Par ailleurs, la financiarisation de l'arbitrage d'investissement, grâce aux fonds d'investissement qui aident à financer les différends entre un investisseur et un État en contrepartie d'une part de l'indemnité obtenue, a contribué au *boom* de l'arbitrage, mais aussi à l'augmentation de son coût pour les gouvernements, pesant lourdement sur les contribuables.

D'une part, l'existence d'une véritable économie juridique dominée par les multinationales-investisseurs et les clubs restreints de juristes spécialistes du droit de l'investissement, dont les cabinets sont à la fois les conseillers et rédacteurs des traités d'investissement, arbitres et avocats dans les procédures d'arbitrage ; d'autre part, la financiarisation de l'arbitrage a eu raison de la confiance de certains États qui ressentent une profonde injustice de ce processus international, et ont marqué leur méfiance, en se désengageant du système :

- la Bolivie, l'Équateur, le Venezuela ont mis un terme à plusieurs traités d'investissement et se sont retirés du CIRDI ;
- l'Argentine, submergée par les plaintes d'investisseurs relatives aux lois d'urgence établies dans le contexte de la crise économique de 2001-2002 a refusé de payer les sentences arbitrales ;
- l'Afrique du Sud a engagé une profonde réforme de sa politique d'investissement au regard de sa propre vision du développement et a annoncé qu'elle ne va plus conclure de traités d'investissement, ni renouveler ceux qui arrivaient à échéance ;
- au printemps 2011, c'est le gouvernement australien qui a annoncé sa décision de ne plus intégrer de dispositions relatives au règlement des différends investisseurs États dans ses accords commerciaux.

Cette érosion de la confiance a pour origine essentiellement la conscience d'un déséquilibre dans les rapports de force que constituent les relations internationales entre « multinationales-investisseurs » qui défendent leurs profits, et les États qui ont besoin d'investissements, pour promouvoir un développement social et humain.

Dans ce paysage de doutes et de frustrations, un normativisme aboutirait en fait à une déontologie de l'arbitrage, au travers de devoirs imposés à l'arbitre pour conserver l'image de l'indépendance et de la neutralité. L'éthique restera une question de conscience sans aucun doute.

Reste que l'arbitrage international est un outil remarquable, indispensable pour la résolution des litiges internationaux, en ce qu'il permet de contourner :

- la complexité liée à la diversité et la disparité des ordres juridiques, d'un État à l'autre ;
- il permet le choix de la loi applicable ;
- sauf en matière d'arbitrage investissement, la confidentialité est la règle.

3/ Spécificité du monde indianocéanique

Dans la zone indienne océanique, l'arbitrage international se veut cet outil remarquable, pour porter, accompagner nos entreprises d'un État à l'autre, d'une région à l'autre, en leur offrant un parcours sécurisé sur le plan de la résolution des différends économiques et commerciaux.

L'arbitrage international en effet permet de contourner la complexité liée au droit applicable, au travers du choix laissé aux parties sur ce point.

De même, l'éventuelle corruption de certains juges Etatiques, ou des lenteurs procédurales peuvent être contournées au travers du choix laissé aux parties pour le siège de l'arbitrage, qui détermine la compétence du juge d'appui.

Cependant l'insularité, l'isolement, et la petitesse géographique de certains pays de la zone risquent à terme de devenir des obstacles à la pratique d'une éthique sans reproches, et se posera indubitablement la question de la neutralité géographique.

Quelques données chiffrées, relatives à la nationalité des arbitres inscrits dans les centres d'arbitrage, peuvent amener la réflexion.

Comparatif Centre de médiation des Iles de l'océan Indien avec les Centres d'Afrique et de Singapour						
Pays	**Centre**	**Total Pays représentés**	**Ratio Locaux/étranger**	**Arbitres locaux**	**Totaux étrangers**	**Totaux Arbitres**
Hong Kong	HKIAC		11 %	58		536
Singapour	SIAC	36	29 %	123	300	423
Rwanda	KIAC	24	44 %	52	65	117
Maurice	MARC	15	37 %	16	27	43
Madagascar	CAMM	7	50 %	20	20	40
Réunion	CAMR	1	100 %	7	0	7

Selon le tableau ci-dessous, l'on constate que ce sont les centres les plus reconnus dans le monde, le HKIAC et le SIAC, qui ont le plus de nationalités d'arbitres.

L'on peut en déduire que plus un centre d'arbitrage est ouvert sur les arbitres extérieurs au pays, plus la crédibilité du centre est importante.

La raison de l'attractivité des centres réside dans le fait que le choix dans la désignation de l'arbitre est adapté aux exigences du commerce international et de la mondialisation.

Dans l'esprit des parties, la variété dans la nationalité des arbitres semble être un gage d'indépendance et de neutralité à la fois des centres et des arbitres.

Elle suscite la confiance dans le processus d'arbitrage et réduit le risque de « doute raisonnable » dans l'impartialité de l'arbitrage.

L'on voit bien que ce seul critère de la nationalité de l'arbitre – et il y en a bien d'autres – est révélateur de l'attractivité du centre : en terme d'image, la pluralité évite cette impression « *d'arrangement entre nous* » et donne plus de garantie d'éthique, de justice neutre parce qu'ouverte et non fermée sur le monde.

Prenons notre région : devons-nous nous limiter à des arbitres occidentaux ou des îles de l'océan Indien, ou devons-nous offrir dans notre panel des arbitres en provenance de plus grands marchés en croissance tels que l'Afrique ou l'Asie ?

Selon nous, l'arbitrage ne peut être envisagé dès lors que de façon ouverte, fondée sur une coopération très étroite, dans le cadre d'un partenariat entre les centres fondés sur un *corpus* de valeurs communes.

Et l'éthique apparaît comme une valeur universelle, sur laquelle repose l'essence même de l'arbitrage.

Conclusion

Donner une place à l'éthique dans l'arbitrage international au sein de son colloque international démontre, si besoin était ici, que le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM), tout comme les autres jeunes centres de l'océan Indien a parfaitement conscience de cette « crise » qui touche l'arbitrage international, en particulier l'arbitrage-investissement.

L'arbitrage institutionnel est le processus qui garantit encore le mieux les intérêts en présence, au niveau de la compétence des arbitres, du coût de l'arbitrage, certes. L'arbitrage institutionnel pour nos jeunes centres, au travers du partage de la connaissance, de la formation, de la culture économique et sociale, contribuera de manière fondamentale à maintenir l'éthique de l'arbitre en matière d'arbitrage.

Pouvoir partager des expériences, au-delà du principe de la confidentialité permet de rester en selle dans sa conscience, car on est moins seul. Le poids de la charge est partagé.

Car au fond, à la différence de la déontologie, l'éthique est l'interpellation permanente de la conscience, qui cherchera sa ligne de conduite en s'inspirant des principes posés par la première.

Conscient de ses handicaps structurels et géographiques, mais aussi que l'éthique passe par l'ouverture, le partage et plus de transparence, les jeunes centres de l'océan Indien ont signé dès 2014 le *Business Bridge océan Indien*.

Cette association des centres et chambres consulaires vise à l'émergence de cette ouverture de nos centres, via la coopération et le partage, afin de permettre à l'éthique de s'épanouir dans un contexte favorable, car vigilant.

Mais notre analyse nous conduit à considérer que la coopération entre nos différents centres est appelée à s'étendre vers nos voisins de l'Afrique et de l'Asie, car l'ouverture, l'harmonisation des modes de règlement, dans le respect des différences, et le parage constituent ce gage d'éthique nécessaire au règlement des différends.

L'apparition de nos centres d'arbitrage dans quatre îles de l'océan Indien est un tournant historique, un tournant vers une ouverture sans précédent, vers une conscientisation et une responsabilisation de nos pays. Il faut poursuivre ce mouvement, en persévérant dans un souci constant et inébranlable d'éthique et de générosité.

ARBITRAGE

L'arbitrage et la lutte contre la corruption

Me Nicolas LIGNEUL
Maître de conférences à la Faculté de droit de l'université Paris Est,
Avocat au barreau de Paris,
Praticien de l'arbitrage

La lutte contre la corruption et le développement de l'arbitrage constituent deux aspects majeurs de l'évolution du droit international économique moderne.

Au-delà des déclarations de principe, il est devenu nécessaire de reconnaître à la lutte contre la corruption une place plus opérationnelle. La situation de Madagascar en fournit un bon exemple. L'État malgache s'est lancé officiellement dans une lutte contre la corruption depuis 2004 au moyen d'un plan décennal. Les résultats de ce plan ont déçu, en particulier l'Organisation des Nations Unies. Les pouvoirs publics malgaches ont alors développé la lutte contre la corruption judiciaire. Notamment en améliorant la formation à la prévention de la corruption et l'échange de bonnes pratiques entre magistrats de l'ordre judiciaire. Il n'y a pas de raison de ne pas étendre cette formation à l'arbitrage.

Parallèlement, l'arbitrage commercial international s'est lui aussi développé parce qu'il répond à une nécessité pour les parties qui y voient un bon moyen de régler les litiges en dehors du cadre étatique, de façon professionnelle, confidentielle et rapide et parce qu'il correspond à une certaine idée de la fonction de juger.

Lorsque l'ordre public n'est pas en jeu, le monopole étatique de la fonction de juger ne se justifie pas. La paix sociale peut être maintenue par d'autres procédés de règlement alternatif des litiges. L'arbitrage permet alors de compléter « l'offre étatique » de règlement des litiges pour les justiciables. Le juge interne doit l'accepter d'autant plus volontiers qu'il ne perd pas tout contrôle sur le règlement des litiges en matière d'arbitrage. Il a parfois la possibilité d'être saisi lorsqu'exceptionnellement un appel est possible et il dispose de pouvoirs de contrôle limité de l'arbitrage au travers du recours en annulation ou de l'exequatur.

En réalité, si l'arbitrage en général et l'arbitrage commercial international en particulier se développent c'est parce qu'ils représentent des moyens opportuns et efficaces de régler les litiges lorsque seul le règlement des intérêts privés est en cause. La place de l'arbitrage est devenue tellement prépondérante pour trancher les conflits en droit international des contrats, que la doctrine a été jusqu'à s'interroger depuis déjà quelques années sur la qualification de règlement alternatif des litiges.

Les deux institutions se développaient de façon autonome dans l'économie internationale. Il a donc bien fallu qu'elles se rencontrent !

Elles forment désormais un drôle de couple.

L'arbitrage appréhende la lutte contre la corruption, dont il est devenu un instrument (I) alors que la lutte contre la corruption appréhende l'arbitrage dont elle est devenue une garantie (II).

I.- L'arbitrage, instrument de la lutte contre la corruption

Les progrès de la lutte contre la corruption internationale ont conduit à ce que les parties invoquent régulièrement l'annulation de contrats internationaux en arguant de faits de corruption. Il arrive donc qu'à l'occasion d'une instance arbitrale, les parties se reprochent des faits de corruption.

L'arbitrage devient alors un instrument de la lutte contre la corruption. La corruption peut en effet être invoquée devant la juridiction arbitrale et devant l'autorité chargée de la contrôler. L'arbitrage est donc un acteur de la lutte contre la corruption, tant du point de vue du rôle de l'arbitre (A) que de celui de l'autorité ou du juge en charge du contrôle du contentieux arbitral (B).

A.- L'arbitre, acteur de la lutte contre la corruption

Quelle que soit la forme de son intervention, l'arbitre est amené à examiner des contrats à propos desquels il est de plus en plus soutenu qu'ils permettent la participation à une opération de corruption internationale.

Or, les nombreux instruments internationaux de lutte contre la corruption rappellent régulièrement que cette lutte relève de l'ordre public international. L'état du droit a considérablement évolué ces dernières années. Jusqu'aux années 2010, le droit pénal et le droit fiscal d'importants systèmes juridiques révélaient de graves insuffisances quant à la lutte contre les pratiques de corruption. Par exemple, le droit français et le droit allemand permettaient la déductibilité fiscale des commissions versées à l'occasion d'opérations occultes du

commerce international. De même, le droit pénal français n'incriminait pas la corruption d'agents publics étrangers. Les choses ont changé.

Le droit international a multiplié les instruments de lutte contre la corruption. Ils ont été adoptés dans le cadre du droit international général par des organisations internationales générales dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies[1] soit dans le cadre du Fonds monétaire international[2] ou de la Banque Mondiale[3].

Ce dispositif a été complété par l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE)[4], par le G20[5] et par de nombreux dispositifs régionaux[6] ou nationaux de lutte contre la corruption[7].

---

[1] Ont ainsi été adoptés :
- la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale du 15 novembre 2000 mais surtout la convention des Nations Unies contre la corruption (convention de Mérida) du 31 octobre 2003 et l'office des Nations Unies contre le crime et la drogue chargé de les mettre en œuvre
- Le Pacte mondial des Nations Unies du 26 juillet 2000 (dont le principe n°10 prévoit la lutte contre la corruption sous toutes ses formes) et la commission sur le progrès (COP), instrument de soft law visant à certifier que les entreprises qui y adhèrent respectent des valeurs fondamentales contenues dans le pacte mondial.
- et la COP 21 (ensemble de principes complémentaires à ceux de la COP dont les principes 12, 13 et 14 prévoient la lutte contre la corruption).

[2] Le Fonds monétaire international (FMI) a adopté des codes de bonne conduite ou de bonnes pratiques, en particulier dans le domaine de la transparence de la gouvernance économique, de la transparence des finances publiques ou du guide de la transparence pour la gestion des ressources naturelles.

[3] La Banque mondiale a adopté des instruments de *soft law* analogues à ceux du FMI (codes de bonnes conduites et de bonnes pratiques de gouvernance).

[4] L'OCDE a adopté la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales le 17 décembre 1997, des recommandations en 1996 (Cf. recommandation des 6 et 7 mai 1996 relative au financement de marchés internationaux et aux clauses anti-corruption), 2006 (Recommandation du Conseil du 14 décembre 2006 sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public) et 2009 (recommandation du Conseil du 25 mai 2009 portant interdiction de la déductibilité fiscale des pots-de-vin et recommandation du Conseil du 26 novembre 2009 renforçant le dispositif conventionnel de lutte contre la corruption) ainsi que des principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales qui ont été adoptés en outre par 12 pays non membres de l'OCDE.

[5] Le G20 a adopté un plan anti-corruption en 2010 et a constitué un groupe de travail spécifique chargé de faciliter la lutte contre la corruption,

[6] Par exemple, sur le continent européen, le conseil de l'Europe a adopté un arsenal conventionnel (une convention pénale adoptée le 27 janvier 1999 et complétée par un protocole additionnel du 15 mai 2003 et une convention civile du 4 novembre 1999) complété par des instruments de coopération (le GRECO, groupe d'Etat contre la corruption assure un suivi des conventions) ainsi qu'une recommandation sur les codes de conduite pour agents publics du 11 mai 2000).
L'Union européenne n'est pas en reste. Elle a adopté en particulier : la convention sur la Protection des Intérêts Financiers des communautés européennes (PIF) du 26 juillet 1995, la convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, une décision cadre n°2003/568/JAI du Conseil du 22 janvier 2003 relative à la lutte contre la corruption active et passive dans le secteur privé. Depuis 2014, les directives marchés publics prévoient l'exclusion des soumissionnaires et la résiliation des marchés publics en présence de corruption. Enfin, l'Union européenne a créé l'Office européen de Lutte Anti Fraude (l'OLAF) et des réseaux européens de lutte contre la corruption.

La reconnaissance de l'appartenance de la lutte contre la corruption à cet ordre public international a conduit, déjà depuis plusieurs années, à exclure l'arbitrabilité de la corruption. L'arbitre peut refuser de reconnaître l'exécution de la convention prévoyant la distribution de commissions illicites. En pareille hypothèse, il peut même annuler le contrat qui lui est déféré[8]. Il peut même arriver que l'arbitre se déclare incompétent en considérant que sa mission est contraire à l'impératif d'ordre public de lutte contre la corruption. L'inverse pourrait même conduire à le rendre complice de l'activité illicite… L'interprétation de l'ordre public de lutte contre la corruption a toutefois des contours différents en fonction des États. Certains vont ainsi jusqu'à interdire le recours à des intermédiaires pour la passation de marchés publics avec des ressortissants étrangers[9] ou à en contrôler l'activité[10].

Par ailleurs, le droit international a conduit à reconnaître un régime juridique d'annulation des contrats de « pots de vin » en droit de l'arbitrage. Le tribunal arbitral du CIRDI a même jugé que la corruption est une composante de l'ordre public de la plupart, pour ne pas dire tous les États concernés. Pour le tribunal arbitral, cela se justifie même si le secteur concerné ou l'État concerné connait de fréquentes pratiques de corruption au point que la conclusion d'un contrat ne soit pratiquement pas possible sans corruption[11]. Déjà en 2006, la décision du CIRDI faisait référence à la multiplication des instruments de lutte contre la corruption. Dix ans après cette décision, la lutte contre la corruption est encore plus ancrée dans le système juridique international au moins qu'elle est devenue une composante d'un ordre public encore plus universel, voire d'une règle de *jus cogens*… En tout état de cause, elle s'impose évidemment à l'arbitre. Par une sorte d'effet de contamination, elle va aussi s'imposer au juge chargé de contrôler ou d'assurer l'exécution de la sentence arbitrale.

B.- Le juge du contentieux de l'annulation ou de l'exécution de la sentence arbitrale, acteur de la lutte contre la corruption

Sauf si les parties y ont renoncé, la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une action en annulation dans des cas limitativement énumérés. Le juge du contrôle du contentieux arbitral n'est alors pas un juge d'appel. Il n'est, en principe pas

---

[7] Par exemple, le droit américain, le droit anglais, le droit italien et le droit japonais prévoient l'application extraterritoriale de leurs lois anticorruption. Sans aller aussi loin, le droit français s'est engagé dans cette voie en organisant le statut juridique des lanceurs d'alerte (notamment par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière) et en retenant la compétence du droit pénal français pour sanctionner la corruption des agents publics étrangers dès lors que l'entreprise qui en bénéficie est implantée sur le territoire français.

[8] *Cf.* CA Paris 10 septembre 1993, citée *in* C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, coll. Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso, 2013, page 550.

[9] C'est le cas, par exemple, de l'Algérie ou de la Chine.

[10] C'est l'Etat du droit des Etats du golfe persique.

[11] CIRDI, 25 septembre 2006, aff. World Duty Free Company LTD, ARB/00/7

compétent pour connaître du fond du litige. Par exemple, l'article 52 de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (CIRDI) prévoit une procédure d'annulation des sentences arbitrales pour l'un des motifs suivants : vice dans la constitution du tribunal, excès de pouvoir manifeste du tribunal, corruption d'un membre du tribunal, inobservation grave d'une règle fondamentale de la procédure ou défaut de motifs.

De même, le juge de l'exequatur dispose de compétences limitées et doit se borner à vérifier la compétence de l'arbitre, le respect de l'ordre public international et l'absence de fraude à la loi. Il n'est pas, en principe, un juge du fond de l'arbitrage et n'a donc ni la compétence d'un juge d'appel, ni celle d'un juge de cassation.

Ces principes reçoivent toutefois une inflexion en matière de lutte contre la corruption.

Ainsi, à l'occasion d'une instance en annulation de sentence arbitrale du CIRDI, le comité *ad hoc* laissait entendre que l'invocation de la corruption devant le juge de la validité de la sentence était susceptible d'être recevable au titre de l'ordre public international[12].

Le CIRDI considère donc que la corruption peut être invoquée à l'encontre non seulement du contrat qui la contient, mais aussi de la sentence qui a été rendue sur son fondement.

En l'espèce, la République arabe d'Égypte reproche au tribunal arbitral d'avoir excédé ses pouvoirs en permettant d'une part un conflit d'intérêts et, d'autre part, une opération de corruption. Ce que la demanderesse soutient, c'est que le contrat conclu entre Wena et un individu membre de l'administration égyptienne relevait du conflit d'intérêts et de la corruption. Dans un premier temps, la République arabe d'Égypte avait sollicité la mise en œuvre du droit égyptien devant le tribunal arbitral. Celui-ci ne lui ayant pas donné raison, la République arabe d'Égypte avait sollicité l'annulation de la sentence arbitrale qui n'avait, selon elle, pas appliqué le droit interne égyptien applicable au litige.

Le comité *ad hoc* ne déclare pas le moyen irrecevable. Il le rejette au motif que la République arabe d'Égypte ne rapporte pas la preuve de la corruption alléguée.

Ce mouvement a ensuite été amplifié sous la pression de la multiplication des instruments internationaux relatifs à la lutte contre la corruption.

---

[12] *Cf* point n° 47 de la décision. Traduite et reproduite in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2004, pages 689 et suivantes (V° Wena / Egypte (annulation), décision du 5 février 2002).

Ainsi, plus récemment, en droit français, la cour d'appel de Paris a considéré en 2014 dans plusieurs espèces qu'en présence d'une allégation de corruption, le juge de l'annulation devait rechercher en fait et en droit si la corruption alléguée était établie[13]. Soucieuse de ne pas transformer l'instance d'annulation en appel de la sentence, la Cour de cassation a limité ce contrôle à la violation de l'ordre public international à condition que cette violation soit flagrante, effective et concrète[14].

Or, la cour d'appel de Paris n'a pas infléchi sa jurisprudence. Au contraire, au moyen d'un revirement de sa propre jurisprudence[15], elle s'est mise à appliquer une solution analogue à la procédure d'exequatur en considérant que lorsque des faits de corruption sont invoqués à l'occasion d'une instance en exequatur, la juridiction saisie doit rechercher tous les éléments en droit et en fait « *permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de la convention et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière effective et concrète l'ordre public international* »[16].

Parmi les composantes de l'ordre public international reconnu par le droit français, la place de la lutte contre la corruption est donc originale, puisqu'elle peut être invoquée comme moyen susceptible de justifier l'annulation de la sentence ou le refus de son exequatur.

L'explication de cette place particulière reconnue à la lutte contre la corruption divise la doctrine la plus autorisée. Certains considèrent que c'est la gravité du comportement qui justifie cette jurisprudence[17]. D'autres retiennent que c'est la notion même d'ordre public qui justifie la jurisprudence de la cour d'appel de Paris[18]. En conséquence, si la violation de l'ordre public est « effective et concrète », la sentence a violé l'ordre public et mérite elle-même d'être annulée, alors que lorsque c'est seulement le contrat qui est contraire à l'ordre public, sans que la sentence ne le contrarie, l'annulation n'est pas encourue et l'exequatur ne doit pas être refusé.

Une autre explication pourrait être trouvée dans l'évolution du droit international de la lutte contre la corruption. En multipliant les instruments internationaux de lutte contre la corruption, le droit moderne a peut-être fait passer

---

[13] *Cf.* T. CLAY « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », Dalloz, 2014 page 2541.

[14] *Cf.* Cass Civ. 1re, 12 févr. 2014, aff. n° 10-17.076, *M. Schneider*, D. 2014. 490, et 1967, obs. S. BOLLÉE ; *Dalloz actualité*, 19 févr. 2014, obs. X. DELPECH ; *JCP* 2014. 474, note D. MOURALIS ; Journ. Intern. Arb. 2014. 585, note L.-C. DELANNOY ; Rev. arb. 2014. 389, note D. VIDAL ; Procédures 2014. 107, note L. WEILLER ; *Gaz. Pal*. 27-28 juin 2014, p. 15, obs. D. BENSAUDE.

[15] CA Paris, Paris, 18 nov. 2004, citée in E. Loquin RTD Com 2005, page 263.

[16] CA Paris, pôle 1, Ch. 1, 4 novembre 2014, *SAS MAN DIESEL et Turbo France / Société Al Maimana Trading General Company Ltd*, commenté *in* E. LOQUIN, « Le contrôle en fait et en droit par le juge de l'annulation de la sentence dont il est prétendu qu'elle donne effet à un contrat obtenu par corruption, *RTD com.* 2015, p. 67.

[17] *Cf.* T. CLAY, *Arbitrage et mode alternatif de règlement des litiges*, Dalloz 2014, page 2555.

[18] *Cf.* E. LOQUIN, article précité à la *RTD Com* 2015

la lutte contre la corruption dans une catégorie spécifique de l'ordre public international. Cette catégorie spécifique est parfois qualifiée d'ordre public « transnational »[19], « universel »[20], « réellement international »[21] ou « véritablement international »[22]. Quelle qu'en soit l'explication, cette reconnaissance de la lutte contre la corruption comme un élément d'un ordre public international renforcé a comme conséquence de l'abstraire des contingences de l'ordre public des États pour la faire entrer dans les principes « les principes fondamentaux du droit qui s'imposent sans égard aux liens du litige avec un pays déterminé »[23].

À la lumière de cette dernière interprétation, la jurisprudence de la cour d'appel de Paris pourrait se comprendre comme une reconnaissance de la lutte contre la corruption comme relevante d'un ordre public international universel s'imposant non seulement aux arbitres, mais aussi aux juges. Même si cette conception peut être critiquée, elle a le mérite de rendre compte de l'évolution du droit international dans le domaine de la lutte contre la corruption.

Toutefois, cette évolution ne se limite pas à transformer les arbitres et leurs juges en instruments de la lutte contre la corruption. Elle s'impose aussi à eux dans leur activité. Comme le juge, l'arbitre est aujourd'hui un objet de la lutte contre la corruption.

II.- L'arbitrage objet de la lutte contre la corruption

L'expérience montre que les arbitres sont exposés à la corruption. La lutte contre la corruption doit donc être mise en œuvre à l'occasion de la procédure arbitrale. Cette lutte suppose que la preuve de la corruption soit rapportée (A) pour que la sanction de la corruption puisse intervenir (B).

---

[19] P. LALIVE « Ordre public transnational [ou réellement international] et arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 329 et (du même auteur) « Ordre public transnational et arbitrage », Nuovi strumenti del dirrito internationale privato, new instruments of private international law, nouveaux instruments de droit international privé, Liber fausto Pocar, Giuffré Editore, p. 599.

[20] L'expression a été retenue par le tribunal fédéral suisse le 19 avril 1994 dans l'affaire *Emirats arabes Unis / Westland Helicopters* (citée in E. GAILLARD, L'ordre juridique arbitral, Mc Gill Law Journal, 2010 (vol. 55), p. 903.

[21] Cf. (entre autres) A. S. El Kosheri et P. Leboulanger « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence *», Revue de l'arbitrage*, 1984, page 3 ou I. Fadlallah, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *RCADI*, Tome 371, (1994).

[22] Cf. C. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, coll. Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso, 2013, p. 896.

[23] L'expression n'est pas sans liens avec la définition des principes généraux comme source du droit par l'airtlce 38 du statut de la Cour internationale de Justice, voire au droit naturel.

A.- Les difficultés de la preuve de la corruption intervenue à l'occasion d'un arbitrage

Les hypothèses avérées de corruption d'arbitres sont extrêmement rares[24]. Cela peut s'expliquer par deux paramètres opposés. Les mécanismes de prévention de la corruption sont efficaces, les hypothèses de corruption des arbitres sont donc rares. En outre, la corruption est très difficile à établir. Cela permet donc à des comportements illicites d'échapper à la sanction.

Pour établir qu'un arbitre est corrompu, il faut établir qu'il s'est vu proposer un avantage pour favoriser l'une des parties à l'arbitrage ou qu'il a sollicité cet arbitrage. Cette preuve est très difficile à rapporter : les formes de la corruption sont très variées. De nombreux contrats peuvent être utilisés pour la cacher (contrat de commission, d'agence, de courtage, de conseil…). Il est donc souvent difficile d'établir l'existence d'une opération de corruption ou d'un contrat de « pots-de-vin ».

Or, les arbitres ont une obligation d'indépendance et d'impartialité. Ils doivent se montrer dignes de la confiance qui leur est témoignée par les parties. L'indépendance et l'impartialité reconnues à l'arbitre ont un caractère absolu. Évidemment, dans l'hypothèse où l'arbitre serait corrompu, il ne serait ni indépendant, ni impartial. Au surplus, le principe fondamental d'égalité des parties à l'occasion de l'instance arbitrale serait bafoué.

Le droit de l'arbitrage prévoit deux moyens d'assurer l'efficacité de ces obligations : l'obligation de révélation et le recours en annulation contre la sentence arbitrale.

À le supposer corrompu, l'arbitre aurait un jugement qui serait au moins susceptible de dépendance et de partialité à l'égard de celui qui l'a corrompu. Le fait de corruption étant susceptible d'affecter le jugement de l'arbitre devrait donc être déclaré aux parties dès la constitution de la juridiction arbitrale. Il est en revanche évidemment illusoire d'imaginer qu'un arbitre déclare qu'il est corrompu. De même s'il s'avère *a posteriori* que l'arbitre a été corrompu, l'annulation de la sentence ne sera probablement pas prononcée pour violation de l'obligation de révélation.

La violation de l'obligation de révélation n'est, pourtant pas dépourvue d'intérêt pour établir la corruption. Elle peut prendre de nombreuses formes et intervenir dans des contextes très variables. Dans certaines hypothèses, l'obligation de révélation de l'arbitre peut révéler un contexte révélant une limite à son indépendance ou des risques d'impartialité. Même si la victime n'arrive pas prouver l'existence de faits de corruption, la violation de l'obligation de révélation sera alors un instrument efficace pour faire annuler la sentence.

[24] Sur cette question, voir T. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, Dalloz, 2001, p. 712 et suivantes.

De même, l'existence d'une inégalité de traitement entre les parties, une absence d'indépendance, une absence d'impartialité de l'arbitre ou une violation grave des droits de la défense qui sont les conséquences de la corruption, pourraient suffire à faire annuler la sentence, même si les faits de corruption ne sont pas établis dans tous leurs aspects.

En revanche, si la corruption est établie, c'est sur le fondement de la violation de l'ordre public que la sentence pourra être annulée. Il faudra alors prouver le fait matériel de corruption, qui constitue une violation de l'ordre public international. Les sanctions susceptibles d'être prononcées à l'égard de l'arbitre seront alors plus importantes.

B.- La sanction de la corruption intervenue à l'occasion d'un arbitrage

La corruption intervenue à l'occasion d'une procédure arbitrale peut donner lieu à des sanctions pénales ou civiles.

En pratique, jusqu'à une époque récente, le risque de sanction pénale était très réduit pour la corruption commise à l'occasion d'un arbitrage international. Souvent seuls les juges étaient cités par les textes d'incrimination. Les arbitres et les experts ne pouvaient donc pas être poursuivis, faute d'élément légal. Au surplus, l'application de la loi pénale était le plus souvent écartée pour la corruption d'agents étrangers, en raison de leur fort rattachement à l'État dont ils étaient ressortissants.

La situation s'est inversée.

D'une part de nombreux États reconnaissent une application extraterritoriale des lois anticorruptions. Or ces textes ont une très large portée. Ils permettent donc de condamner des arbitres, dans des hypothèses où des faits de corruption seraient établis.

Par exemple, le droit américain, au travers des lois Sarbanes Oxley[25] complétées en particulier par le *Dodd-Frank Act*[26], le droit anglais[27], le droit japonais[28] ou le droit italien[29] appliquent des sanctions aux pratiques de corruption par les arbitres. Dans ces premiers cas, c'est le caractère général des sanctions de la corruption qui rejaillit sur la responsabilité pénale de l'arbitre.

Les autres États occidentaux n'ont pas retenu d'application extraterritoriale de leur droit. Ils ont toutefois été incités par l'OCDE pour modifier les textes d'incriminations liées à la corruption ou au trafic d'influence pour définir des

[25] Du 31 juillet 2002.
[26] Du 21 juillet 2010.
[27] *Cf UK Bribery Act* en date du 8 avril 2010
[28] *Cf Financial instrument and Exchange Act* souvent qualifié de Japanese SOX, du 6 juin 2006.
[29] Loi n° 190 du 6 novembre 2012.

infractions spécifiquement appliquées aux arbitres. Ainsi, le droit français a par exemple incriminé comme acte de corruption passive le fait, notamment pour tout arbitre de solliciter ou d'agréer sans droit à tout moment directement ou indirectement des offres, promesses ou avantages quelconques pour lui-même ou pour autrui, en vue de l'accomplissement ou de l'abstention d'un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction[30]. De même, la corruption active est elle aussi incriminée par le droit français lorsqu'elle vise un arbitre. Elle concerne le fait pour toute personne de solliciter ou céder, pour lui-même ou pour autrui, des offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques pour que cette personne accomplisse ou s'abstienne d'accomplir des actes permis ou facilités par sa fonction[31].

À titre complémentaire, le droit pénal français incrimine le trafic d'influence international en particulier lorsqu'il est commis à l'encontre d'un arbitre. Le trafic d'influence passif est constitué par le fait de solliciter ou d'agréer à tout moment des offres des promesses, des présents, des dons ou des avantages quelconques pour abuser ou avoir abusé de l'influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir une décision favorable. Quant au trafic d'influence actif, il est constitué par l'acceptation par une personne d'offres, promesses, présents ou avantages quelconques en vue d'abuser de son influence réelle ou supposée afin d'obtenir une décision de justice favorable[32].

Outre les sanctions pénales, le droit de l'arbitrage n'exclut pas que des sanctions civiles puissent être prononcées pour des faits de corruption.

Dans l'hypothèse où l'infraction pénale est établie et poursuivie, la qualité d'arbitre ne permet aucune immunité. La responsabilité civile de l'arbitre peut donc être engagée pour des faits de corruption. Elle peut même l'être si la corruption n'est pas établie dès lors qu'un défaut d'indépendance ou d'impartialité est révélé. En dehors de ces hypothèses, elle ne peut pas être engagée. Les arbitres disposent, en effet d'une immunité pour leur activité juridictionnelle. Cette immunité est le gage de leur indépendance. Elle est d'autant plus légitime que, sauf dans des cas très exceptionnels, ils ne sont pas corrompus !

[30] Article 435-7 du code pénal.
[31] Cf. article 435-9 du code pénal
[32] Article 435-8 du code pénal.

ARBITRAGE

La Charte confiance du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM)

Me Gérard RAMANGAHARIVONY
Avocat, juriste du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM)

Résumé :

Les litiges font partie intégrante du monde des affaires. Les gérer efficacement constitue un défi majeur pour le maintien de la paix sociale et l'accroissement du business.

Dans sa mission de sensibilisation aux Marl, le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM) a élaboré et proposé une Charte confiance de règlement des litiges.

Cette Charte a pour objectif la continuité des affaires, le respect de la loi et un marché sain et prospère.

Une bonne gestion du règlement des litiges permet la continuité des affaires**.** Les litiges font partie intégrante du monde des affaires. Les gérer efficacement constitue un défi majeur pour le maintien de la paix sociale et l'accroissement du business.

Les litiges peuvent être résolus en empruntant d'autres voies que la voie judiciaire. De fait, les MARL peuvent présenter des avantages sûrs pour les parties aux conflits d'ordre commercial. On peut même avancer que les MARL constituent un levier innovant pour le développement des entreprises.

L'arbitrage a été institué à Madagascar par la loi du 2 décembre 1998 et inséré dans le Livre IV du Code de procédure civile intitulé « De l'arbitrage ». Madagascar détient ainsi un dispositif complet en la matière.

Le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM) est un établissement privé qui s'adresse à des personnes privées, mais il prend en charge une mission d'intérêt public. Créé en 2001, puis adossé à la CCI A depuis 2012, le CAMM offre aux entreprises ses services pour les accompagner dans la gestion de leurs conflits, les aider à déterminer le meilleur moyen de les régler rapidement et durablement et ainsi, assurer la sécurité de leurs investissements et le maintien de la continuité des affaires.

Les dirigeants d'entreprises ne peuvent pas nier l'éventualité de l'existence de litiges entre eux impliquant deux ou plusieurs sociétés qui gèrent leurs relations d'affaires à travers des contrats.

Adhérer à une charte confiance de règlement de litiges permet aux entreprises d'afficher leurs principes en matière d'éthique en affaires et d'affirmer leur volonté de régler en toute bonne foi leurs litiges.

En cas de mésententes, d'incompréhension sur l'interprétation ou l'exécution d'un contrat, faut-il aller directement au procès ?

I.- Pourquoi une Charte de confiance ?

Dans sa mission de sensibilisation aux Marl, le CAMM a élaboré et proposé une Charte confiance de règlement des litiges. Cette Charte a pour objectif la continuité des affaires, le respect de la loi et un marché sain et prospère.

Elle a été formalisée avec le concours de la Chambre de commerce et d'industrie d'Antananarivo (CCI A), du groupement du patronat *malagasy* (Fivmpama), du groupement des entreprises de Madagascar (GEM), de l'ordre des experts comptables et financiers de Madagascar (Oecfm) et le barreau de Madagascar (ordre des avocats).

Les dirigeants de ces organisations professionnelles ont décidé « d'agir loyalement et de gérer en toute bonne foi les litiges qu'ils auront à connaître » et de signer et faire connaître à leurs adhérents la Charte.

La Charte réunit l'ensemble des valeurs morales d'un groupe (les signataires). C'est une construction culturelle fondée sur l'éthique.

L'éthique est en effet dans le « faire » et non dans le « dire » et, de plus, elle est évolutive.

La Charte CAMM a voulu faire un pas de plus en proposant une ligne de conduite commune à tous.

Tout se sait dans un monde où chacun connaît les autres ; de la sorte, la Charte doit être considérée comme une autorégulation nécessaire au développement des MARL. Il s'agit de construire l'avenir des MARL.

La Charte CAMM ne porte pas sur les procédures d'arbitrage et de médiation. Elle n'est pas non plus un code de déontologie.

La Charte a pour ambition principale de prévenir et gérer les litiges pouvant mettre à mal le bon fonctionnement de l'entreprise et permet d'éviter de long

procès avec le risque, au-delà des coûts internes et externes importants, de perdre une relation commerciale précieuse.

En effet, les affaires économiques et commerciales supposent une durée certaine et une finance importante. Elles nécessitent par conséquent une continuité.

Et la continuité des affaires, ce n'est pas nier l'existence de litige ni l'absence de problème, mais c'est pouvoir les régler quand ils se présentent. C'est la sécurisation des affaires par l'existence d'un système de règlement de litiges fiable, efficace et diligent.

C'est ce que le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM) propose par l'arbitrage et la médiation.

Mais la charte confiance CAMM est aussi un outil destiné à permettre aux entreprises d'avoir le réflexe MARL.

La charte confiance CAMM est :

- un engagement moral sur le respect de la loi, de la parole donnée et un refus de la corruption ;
- une initiative préventive pour gérer les conflits ;
- l'instauration de relations professionnelles responsables entre les entreprises.

Son contenu affirme des intentions fermes portant sur dix points en vue de tout mettre en œuvre pour résoudre les litiges (conciliation, règlement amiable, recours aux MARL, clause compromissoire, respect des décisions prises…).

Extraits :

« Nous, entreprises et organisations professionnelles signataires de la présente charte, soucieuses de la continuité des affaires et attachées au respect de la loi et d'un marché sain et prospère.

En partenariat avec le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar, lequel a pour mission la sécurisation juridique des contrats et les règlements des litiges y afférents.

Convaincues que :

- il est de l'intérêt des affaires de respecter l'esprit des lois et les paroles données, et d'éviter toute forme de corruption ;
- il est de l'intérêt de l'ensemble des entreprises de prévenir les contentieux et de résoudre les litiges à l'amiable plutôt que par la voie contentieuse ;

- il existe des modes alternatifs de règlement de litiges prévus par la loi, comme l'arbitrage et la médiation, efficaces, rapides, confidentiels et aux coûts maîtrisés,

- la médiation permet de trouver des solutions amiables, même après l'échec d'une négociation et l'introduction d'une procédure contentieuse. »

Par ailleurs :

« Décidons d'agir loyalement et de régler en toute bonne foi les litiges que nous aurons à connaître et déclarons nos intentions :

1. de nous interdire toute forme de corruption dans les règlements de nos litiges ;

2. d'examiner si le recours à un processus de résolution amiable du litige est possible et souhaitable, lorsque nous nous trouverons dans une situation pouvant mener à un contentieux ou que nous sommes attraites dans une procédure contentieuse ;

3. de proposer le cas échéant un mode amiable aux autres parties en leur donnant, en cas de besoin, toute information utile à ce sujet ;

4. de faire cet examen, le cas échéant, en cours de procédure contentieuse lorsqu'il n'aura pas été possible d'en prévenir l'introduction ;

5. de recourir, le cas échéant, à l'arbitrage, un mode de règlement de litiges rapide, efficace, confidentiel et aux coûts maîtrisés ;

6. d'exécuter de bonne foi les décisions issues des modes alternatives de règlement de litiges ;

7. d'introduire des clauses de règlement alternatif dans nos contrats, chaque fois que cela est possible et souhaitable ;

8. de mettre en place des formations internes pour que les modes alternatifs de règlement des litiges soient connus de toutes les personnes susceptibles de rencontrer des situations conflictuelles ;

9. de communiquer au sujet de notre adhésion à cette charte ;

10. de porter la présente charte à la connaissance des avocats et à nos conseils qui nous assistent et nous conseillent habituellement.

II.- Quels avantages pour les signataires ?

Les signataires sont en partenariat avec le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar, lequel a pour mission la sécurisation juridique des contrats et les règlements des litiges y afférents.

Le CAMM s'engage à sensibiliser les entreprises sur l'intérêt des modes alternatifs de règlement de litiges au travers de leurs outils/supports de communication habituels.

En cas de sollicitation par une entreprise confrontée à un problème susceptible d'être réglé par le biais d'une médiation ou d'un arbitrage, le CAMM s'engage également à apporter les premières informations sur le déroulement d'une procédure de médiation ou d'arbitrage, puis à désigner ou faire désigner les médiateurs ou arbitres conformément aux règles définies par son règlement intérieur.

Le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM) publie une liste des signataires de la Charte sur son site web.

Les avantages d'une signature peuvent être résumés comme suit :

- partenariat avec le CAMM : outils et procédures prévisibles
- mode de gestion moderne et adapté aux litiges
- « étiquette » valorisante dans les communications (entreprise de confiance)
- engagement, respect mutuel.

ARBITRAGE

L'État dans l'arbitrage d'investissement

Me Hery Frédéric RANJEVA
Avocat au barreau de Paris
Avocat associé du cabinet Foley Hoag

Ces dernières années, les États sont de plus en plus nombreux à arriver à la conclusion que l'arbitrage d'investissement est devenu un mécanisme déséquilibré en faveur des investisseurs étrangers. C'est ainsi que plusieurs d'entre eux se sont mis à réexaminer les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements (« TBI ») auxquels ils sont parties, voire à dénoncer le traité de Washington, du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (« convention de Washington de 1965 ») créant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« CIRDI »)[1].

Les critiques contre le système de l'arbitrage d'investissement dépassent le clivage États d'accueil-pays en voie de développement et États d'envoi-pays développés[2]. Dans cette seconde catégorie, elles commencent très souvent au sein des organisations de la société civile, avant d'atteindre péniblement les bureaux des services diplomatiques.

Bien entendu, d'aucuns contesteront l'existence de ce déséquilibre en invoquant le fait qu'il arrive que les États d'accueil soient satisfaits des résultats d'une procédure arbitrale. Ils peuvent voir les demandes indemnitaires formées contre eux rejetées entièrement ou partiellement. À cela, on peut rétorquer qu'il est fort possible de gagner une rencontre, quand bien même le terrain de jeu serait déséquilibré.

Mais, dans les faits, le problème dépasse la question de savoir s'il existe ou non un déséquilibre effectif. Il dépasse cette question parce qu'il porte sur un mécanisme juridictionnel de règlement de litiges impliquant des fonds et des

[1] http://icsid.worldbank.org.
[2] G. KAHALE, III, *A Problem in Investor/State Arbitration*, TDM, vol. 6, n°1, 2009; G. Kahale, III, *Is Investor/State Arbitration Broken ?*, TDM, vol. 9, n°7, 2012

intérêts d'un État souverain. Et, en matière de mécanisme juridictionnel, il ne suffit pas de ne pas être déséquilibré ; encore faut-il être au-dessus de tout soupçon.

C'est la perception qui importe plus que la réalité.

C'est cette perception qui a fait qu'aujourd'hui, le mécanisme traditionnel de règlements des litiges d'investissement, à savoir l'arbitrage transnational, commence à perdre de sa superbe.

Ce déséquilibre se fait sentir tant au niveau du fond, qu'au niveau de la procédure.

I.- Les critiques sur le fond

Sur le fond, l'essentiel des critiques tient au fait que l'interprétation, par les tribunaux arbitraux, des dispositions protectrices des investissements, telles que stipulées dans les TBI, a étendu, de manière exponentielle, la portée de ces dispositions. Cette extension n'a rien à voir avec les termes tels qu'envisagés par les rédacteurs de ces TBI.

Il faut, en effet, garder à l'esprit les conditions dans lesquelles ces TBI sont conclus. Généralement, ils ont été établis dans le seul but de créer un évènement officiel justifiant une visite de hauts responsables étatiques.

C'était, notamment, le cas du TBI entre la France et Madagascar[3]. Il a été signé à Saint-Denis de La Réunion, lors d'une visite du président de la République de Madagascar, dans ce territoire, en juillet 2003. Ce TBI avait pour finalité de montrer la bonne volonté de Madagascar vis-à-vis des entreprises françaises. Madagascar avait donc son agenda. Pourtant, à lire les articles de ce TBI, il est évident qu'il ne s'agissait là que d'une reprise quasi intégrale du modèle français de TBI. Les apports propres de Madagascar étaient, pour ainsi dire, inexistants.

Madagascar n'est pas un cas particulier à cet égard. C'est le lot de quasiment tous les États d'Afrique. Les accords internationaux ont tendance à n'être que des copier-coller serviles d'instruments juridiques existant par ailleurs. Or, ces instruments servant de modèles répondent à des besoins particuliers et visent des finalités qui sont parfois différentes de celles recherchées par celui qui les copie.

[3] Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Madagasca sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Saint-Denis-de-La-Réunion le 25 juillet 2003, entré en vigueur le 17 avril 2005

Ces instruments-modèles sont, surtout, manipulés par des fonctionnaires qui ne seront pas impliqués, ni dans la mise en œuvre du TBI signé, ni dans les litiges qui s'y rapportent.

Pour ne rien arranger, ces instruments-modèles sont ensuite interprétés par des arbitres, des personnes qui ont une vision différente de celle qu'avaient leurs auteurs. Dans la plupart des cas, un litige sur un TBI n'arrive en arbitrage que plusieurs années après l'entrée en vigueur dudit TBI.

C'est ainsi qu'un TBI, par définition bilatéral, pourra servir à protéger un investisseur qui ne sera pas ressortissant de l'un ou de l'autre des deux États signataires.

Une définition trop large de la notion d'investisseur profitera à d'autres.

Un investisseur qui veut investir dans un État donné a tout intérêt à bénéficier de la possibilité d'attraire cet État à l'arbitrage international en cas de litige. Or, s'il est ressortissant d'un État qui n'a pas conclu de TBI avec l'État hôte un TBI, il ne pourra pas le faire. Dans ce cas, la meilleure solution est de prendre la nationalité d'un autre État, partie à un TBI avec l'État sur le territoire duquel il veut investisseur.

Dans plusieurs États, la nationalité d'une personne morale est fonction de son siège social. Une personne morale a la nationalité du pays sur le territoire duquel se trouve son siège social. Dès lors, il est simple de créer et de faire siéger dans un État donné une personne morale qui sera la maison-mère de la société qui investira effectivement dans un autre État.

C'est le cas, par exemple, des Pays-Bas où siègent de nombreuses maisons-mères de sociétés, contrôlées par des investisseurs d'autres nationalités, qui vont investir dans les pays avec lesquels ce royaume a conclu ses multiples TBI.

C'est aussi le cas prévu par le TBI entre la France et Madagascar. L'article 1 (3) de ce TBI définit les « sociétés » comme « toute [s] personne [s] morale [s] constituée [s] sur le territoire de l'une des Parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci, y possédant [leur] siège social, ou contrôlée [s] directement ou indirectement par des nationaux de l'une des Parties contractantes, ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le territoire de l'une des Parties contractantes et constituées conformément à la législation de celle-ci ».

En application de cette stipulation, des Russes, qui voudraient investir à Madagascar et souhaitant bénéficier de la possibilité d'aller à l'arbitrage international, pourraient se contenter de créer une personne morale en France, qui serait la maison-mère de la filiale opérant à Madagascar.

Ce « *treaty-shopping* », qui contredit on ne peut plus clairement les exigences d'une nationalité effective, conduit à ce que, sans le savoir, les deux

États signataires ont créé des mesures protectrices qui vont servir à d'autres personnes que leurs ressortissants respectifs.

La clause dite de la nation la plus favorisée est une autre voie d'extension de la portée des stipulations des TBI. Tous les TBI contiennent cette clause dite de la nation la plus favorisée. Elle garantit que les parties à un traité octroient un traitement non moins favorable que celui qu'elles accordent en vertu d'autres traités identiques. Elle assure qu'un investisseur ressortissant d'une partie à TBI ou son investissement seront traités par l'autre partie « *dans des conditions non moins favorables* » qu'un investisseur ou un investissement d'un autre pays avec lequel l'État hôte a conclu un autre TBI[4].

Plusieurs tribunaux arbitraux ont jugé qu'une clause de la nation la plus favorisée contenue dans un TBI permet à plaideur, investisseur privé, de bénéficier de l'acceptation à l'arbitrage CIRDI contenue dans un autre TBI conclu entre l'État défendeur et un État tiers. En d'autres termes, un État peut accepter l'arbitrage pour les ressortissants d'un État donné et le refuser pour ceux d'un autre ; mais, s'il existe une clause de la nation la plus favorisée dans les deux TBI, alors son refus n'a plus la moindre valeur.

À se demander alors pourquoi il n'a pas exprimé son refus de l'arbitrage. Le fait est qu'au moment de rédiger ces TBI, leurs rédacteurs n'avaient aucune idée de la façon dont les tribunaux arbitraux allaient les interpréter.

II.- Les critiques sur la procédure

Les critiques qui s'adressent à l'arbitrage transnational, dans le domaine procédural, sont nombreuses. Elles portent sur la quasi-impossibilité pour l'État défendeur de déposer des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé qui l'attrait à l'arbitrage. Elles portent aussi sur l'admission des tiers financeurs, ces organismes privés qui financent l'arbitrage d'un investisseur privé et qui, ensuite, sont payés par prélèvement d'une partie de la sentence rendue[5].

Néanmoins, pour éviter une dispersion des idées, nous allons nous en tenir essentiellement à la négation de la nature polymorphe et composite de l'État.

Un État, fut-il le mieux organisé et le plus démocratique, n'est pas un bloc monolithe. C'est un assemblage de plusieurs administrations, ayant chacune son personnel, sa culture et son agenda. Et rien n'est plus égoïste, ni plus jaloux de ses prérogatives, qu'une administration. Il suffit qu'un litige concerne les actions de

[4] OECD (2004), "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, OECD Publishing.
[5] R. Goodman, *A Tilted Procedural Playing Field: The Arena of Investor-State Arbitration* in Liber Amirocum William Laurence Craig, LexisNexis, Paris, 2016, p. 83-110.

plus d'une administration pour que la défense des intérêts de l'État devienne très compliquée.

Or, quasiment tous les règlements d'arbitrage appliquent aux États les mêmes délais que ceux prévus pour les personnes physiques et les sociétés commerciales.

Il faut, pourtant, savoir qu'une réclamation contre un État n'est jamais simple ou limitée. Prenons l'exemple d'une réclamation formée par l'opérateur d'une mine, à la suite d'une expropriation ou d'un refus de permis. Ce litige va porter sur un projet vieux de plusieurs dizaines d'années, avec des milliers d'actes intervenus par plusieurs autorités administratives successives. Ces actes ont été émis par des services de ministères différents.

La société privée demanderesse va patiemment préparer sa réclamation, puis la notifier au gouvernement. Il faut du temps pour que cette notification soit prise en considération à sa juste valeur. Il faut encore que son récipiendaire sache ce que c'est, puis identifie quels sont les ministères responsables et quelles sont les personnes qui peuvent connaître l'historique du litige. Parfois, s'agissant d'une mine, il faut se renseigner auprès des agences environnementales et auprès des autorités décentralisées. Ensuite, une fois qu'on arrive à avoir une idée plus ou moins précise de la situation, il faut choisir les conseils qui vont assumer la défense.

Or, une notification d'arbitrage est déposée entre les mains du président de la République, du premier ministre ou des ministres des Affaires étrangères, de la Justice ou des Finances.

Les centres d'arbitrages prévoient, dans leur règlement, que la notification d'arbitrage déclenche le délai dans lequel le défendeur devra déposer une réponse à la demande. Par exemple, le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale prévoit un mois pour une réponse. Ce délai d'un mois est tout simplement absurde pour un État défendeur. Il est intenable[6].

Bien entendu, les règlements d'arbitrage autorisent généralement une extension du délai pour répondre. Mais, s'agissant d'un État défendeur, le délai de réaction se compte en mois, pas en semaines, encore moins en jours.

Le plus difficile à accepter est que, dans le cas encore une fois de la Chambre de commerce internationale, la demande d'extension du délai de réponse doit s'accompagner, pour être recevable, des commentaires sur le nombre des arbitres et leurs choix, ainsi que de la désignation des arbitres. Faute de quoi, les arbitres seront nommés d'office par la cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Cela signifie que, pratiquement, l'État

[6] Article 5 (2) du Règlement d'arbitrage de la CCI.

défendeur ne pourra pas désigner celui qu'il voudra voir siéger dans le tribunal arbitral.

La récusation d'un arbitre désigné est aussi limitée dans le temps. La récusation est recevable dans les trente jours de la nomination de l'arbitre contesté ou de la connaissance des faits justifiants la demande. Ce délai de trente jours est, une fois de plus, extrêmement court et pratiquement intenable pour un État défendeur.

Or, en matière d'arbitrage, la constitution du tribunal arbitral est la clef de voûte d'une défense réussie. Ne pas pouvoir participer à la constitution du tribunal arbitral revient à être privé de l'essentiel de sa défense.

Les mêmes contraintes temporelles, avec les conséquences identiques, existent aussi, à quelques changements près, dans le règlement d'arbitrage de la CNUDCI[7], celui qui sert pour l'immense majorité des arbitres *ad hoc*. Le seul règlement d'arbitrage qui tienne compte des contraintes de l'État défendeur pour organiser sa défense est celui du CIRDI. L'État défendeur dispose de quatre-vingt-dix jours, à compter du dépôt de la demande d'arbitrage, ce qui est un plus raisonnable[8].

Outre les règlements des centres d'arbitrage, il faut aussi reconnaître que les arbitres siégeant dans les tribunaux arbitraux sont assez peu perméables aux contraintes temporelles des États. Très souvent, on voit des délais de procédure qui sont trop courts, obligeant les parties à solliciter régulièrement des prorogations.

III.- Les réactions étatiques contre les dérives du mécanisme de règlement des litiges transnationaux

Les réactions des États contre le système de l'arbitrage d'investissement, tel qu'il s'est développé ou qu'il a dérivé ces dernières décennies, ont mis du temps à se faire jour. La prise de conscience n'est pas arrivée du jour au lendemain.

Les premières critiques étatiques sont venues des États du Sud, en particulier de ceux de l'Amérique latine. Ils ont vécu les premières sentences condamnant les États à de gros montants d'indemnisation. Dans les États du Nord, ceux dont sont ressortissants les investisseurs, les critiques étatiques ont mis du temps à émerger. Dans un premier temps, ces critiques étaient limitées dans les sphères universitaires et autres tenants des pensées altermondialistes. Puis, en particulier, lorsque l'Allemagne a connu le traumatisme de l'affaire Vattenfall[9], les

[7] Articles 7(1), 9(2) et 13(1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.
[8] Article 38 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.
[9] Le groupe suédois Vattenfall, opérant dans l'industrie énergétique, a attrait l'Allemagne à l'arbitrage CIRDI, pour contester la décision de sortir du nucléaire. La demande de Vattenfall se montait à plus

autorités étatiques ont pris conscience de l'exposition des États au risque d'une réclamation privée qui va critiquer leurs choix politiques.

Désormais, les nouveaux modèles de TBI intègrent les leçons durement apprises ces dernières années. Les clauses sont mieux rédigées, de façon à limiter les extensions. Les définitions des notions d'investisseur et d'investissement, notions qui font permettre ou non l'invocation du TBI par une personne privée, sont plus restreintes. De même, de nos jours, les clauses dites de la nation la plus favorisée cessent peu à peu d'être des portes grandes ouvertes pour ignorer les choix des États.

Cependant, ces changements intervenus dans les TBI restent limités. Pour modifier un traité bilatéral, il faut que les deux États signataires soient d'accord. Il faut donc trouver un point d'entente entre les deux qui sont de statures inégales, avec des objectifs différents. C'est loin d'être une simple formalité.

De manière plus radicale, les réactions étatiques se font aussi jour dans les accords d'investissement multilatéraux. Les projets de traités de protection d'investissement entre le Canada et les pays de l'Union européenne, ainsi qu'entre les États-Unis d'Amérique et les pays de l'Union européenne, proposent un schéma nouveau de règlement des litiges entre État d'accueil et investisseur privé. Le différend sera soumis à l'arbitrage, mais ce dernier rendu par des arbitres issus d'un corps fonctionnarisé et préconstitué[10]. Dans le même ordre d'idées, ces dernières années, l'Union africaine prépare un code panafricain des investissements qui vise à adopter des normes d'inspiration africaine[11]. Ce projet de code propose notamment qu'en face des normes de protection des investissements figurent les obligations des investisseurs et que les différends soient résolus par l'arbitrage africain.

Les réactions étatiques sont les bienvenues au vu des dérives constatées. Elles sont aussi attendues dans la simple mesure où le mécanisme de l'arbitrage d'investissement a été voulu par les États. Dès lors qu'il cessait de les satisfaire, une correction ne peut qu'intervenir. Cependant, aussi bénéfiques soient ces corrections, il reste encore plusieurs milliers de TBI, conçus sur les modèles en vogue dans les années 1990-2010. Ceux-là seront encore là pour un bout de temps encore.

---

de 4 milliards d'euros. La décision de l'Allemagne, une décision politique, était prise au lendemain de la catastrophe de Fukushima qui avait mis en exergue la dangerosité du nucléaire.

[10] L'accord économique et commercial global (AEGC) ou Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) est un traité international de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada, signé le 30 octobre 2016

[11] African Union / Economic Commission for Africa, document *E/ECA/COE/35/18. AU/STC/ FMEPI/EXP/18(II). Distr.:General*. 26 March 2016.

ARBITRAGE

Arbitrage et sécurisation juridique des investissements

L'arbitrage comme moyen de sécurisation des investissements à Madagascar »

M. Raphaël JAKOBA

Manager associé du cabinet juridique MCI, ancien conseiller spécial à la CCI Paris

Ancien secrétaire général du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM)

Enseignant en droit du commerce international et investissements internationaux à l'UCM, à l'IEP et au CEDS

Résumé :

Madagascar s'est doté d'un arsenal juridique cohérent et attractif relatif aux investissements. La panoplie de mesures est étoffée allant d'une loi spécifique sur les investissements (loi 2007-036 sur les investissements à Madagascar), à un cadre institutionnel tel que l'EDBM, et enfin des engagements internationaux (adhésion à la convention de Washington de 1965, ratification de plusieurs APPI (Accords pour la promotion et la protection réciproques des investissements) avec la France, le Benelux... À la lumière de cet arsenal en faveur des investissements, il est permis de dire que l'arbitrage, mode de règlement des différends pour les investissements, est placé au cœur d'une politique d'attraction et de sécurisation des investissements. Toutefois, la pratique malgache de l'arbitrage international tant commercial qu'en investissement révèle un certain nombre de dysfonctionnements et de défaillances qui impactent sur l'environnement des affaires.

Summary:

Madagascar has developed a coherent and attractive legal arsenal for investment. The range of measures was refined ranging from a specific investment law (Law 2007-036 on investments in Madagascar) to an institutional framework such as the EDBM, and international commitments (accession to the Washington convention of 1965, Ratification of several APPI [Agreements for the Promotion and reciprocal Protection of Investments] with France, the Benelux...). In the light of this arsenal in favor of investments, it can be said that arbitration, the method of settlement of Investment Disputes, is at the center of a policy of attracting and securing investments. However, the malagasy practice of international arbitration, either for commercial or investment arbitration reveals a number of dysfunctions and failures, impacting significantly the investment climate.

Malgré le retour à l'ordre constitutionnel, Madagascar affiche difficilement des progrès en matière de compétitivité économique. Selon le résultat du

classement annuel de l'organisation *World Economic Forum* dans le rapport de compétitivité mondiale (2016), Madagascar est l'un des dix derniers pays au monde où les investisseurs viendront faire des affaires. Le pays se trouve à la 128éme place sur cent trente-huit économies comparées au monde dans la période 2016-2017.

Cependant, Madagascar affiche plus que jamais le besoin d'attirer les investissements tant nationaux qu'internationaux pour stimuler la croissance économique. Il faut reconnaître qu'en dépit des grands investissements miniers comme le projet Ambatovy (environ 5 milliards de dollars d'investissements), le pays a toujours été une destination marginale des investissements.

Faut-il rappeler que le taux d'investissement moyen en Afrique (publics et privés confondus) est de 25 % quand celui de Madagascar atteint à peine 15 % du PIB malgache en 2016? [1]

En outre, l'État aurait besoin d'environ 504 millions de dollars pour financer la mise en œuvre du Plan national de développement PND (2015-2019) qui est le document-cadre élaboré par le Gouvernement déterminant les grandes orientations et les axes stratégiques pour le développement de Madagascar sur cinq ans. Force est de constater que Madagascar a besoin d'investissements nationaux et étrangers. Pour assurer cette politique volontariste adoptée par l'État *malagasy*, il est nécessaire de mettre en place un véritable État de droit qui a pour corollaire la mise en place d'un climat des affaires attractif et sécurisant pour les investisseurs.

Parmi les outils de sécurisation des investissements figure l'arbitrage. Les raisons en sont multiples notamment le caractère flexible que l'arbitrage présente tant dans le choix de l'institution d'arbitrage que celui du droit applicable, ainsi que le choix des arbitres, de la procédure et des règles applicables. En matière d'investissements internationaux, nul doute que l'investisseur se sentira plus en sécurité si un litige auquel il est partie est soumis à un *forum* arbitral indépendant, impartial et neutre. Ce qui les épargne du risque de nationalisme juridique souvent redouté, à tort ou à raison, devant la justice étatique.

L'arbitrage est au cœur de l'arsenal juridique malgache des investissements. Toutefois, la question qui se pose est de savoir si l'arbitrage, tel que pratiqué à Madagascar, répond à cette attente de sécurisation des investissements.

[1] Ministère des Finances et du Budget, « Document de performance - Annexe au projet de loi n°024/2016 portant loi de finances rectificatives pour 2016 », p. 9, Rapport, 2016.

I.- L'arbitrage : au cœur de l'arsenal juridique malgache des investissements

Madagascar dispose d'un arsenal juridique étoffé et cohérent en matière d'investissements. Sur le plan légal, institutionnel et conventionnel, le pays dispose d'un éventail de textes qui lui permet d'offrir les garanties nécessaires aux investissements. L'analyse de ces textes met en exergue le rôle primordial que joue l'arbitrage en matière de sécurisation. Indéniablement, l'État montre une volonté politique pour attribuer à l'arbitrage une place privilégiée dans le règlement des litiges entre État et investisseurs.

A.- Sur le plan légal

Madagascar a adopté en 2007 une loi sur les investissements en l'occurrence la loi 2007-036 du 14 janvier 2008 sur les investissements à Madagascar qui garantit pleinement la sécurité juridique des investisseurs. Cette loi énonce tous les principes reconnus par le droit international économique notamment le traitement juste et équitable ou le traitement national. La loi reconnaît, en son article 21, le droit des investisseurs étrangers de régler les différends qui les opposent à l'État à l'arbitrage par la mise en jeu des dispositions prévues par les APPI et la convention internationale pour le règlement des différends relatifs aux investissements de 1965[2].

Outre cette loi-cadre, Madagascar dispose également de lois sectorielles sur les investissements telles que la loi établissant un régime spécial pour les grands investissements dans le secteur minier *malagasy* ou LGIM[3] qui reconnaît l'arbitrage international comme moyen de règlement des litiges qui pourront s'élever entre l'État *malagasy* et les investisseurs éligibles en ses articles 136 à 141.

La loi n° 2007-037 du 14 janvier 2008 sur les zones et entreprises franches à Madagascar prévoit en son article 10 le droit des investisseurs de recourir à une procédure d'arbitrage prévue par les APPI ou la convention de Washington de 1965.

Enfin, la toute récente loi n° 2015-039 du 3 février 2016 sur le partenariat public-privé prévoit en son article 49 la possibilité de recourir à une procédure d'arbitrage nationale ou internationale.

---

[2] Convention signée à Washington en 1965 et ratifiée par l'Etat malagasy en vertu de la loi n° 66-011 de juillet 1966.

[3] Loi n° 2005-022 du 17 octobre 2005 portant modification de certaines dispositions de la loi n° 2001-031 du 8 octobre 2002 établissant un régime spécial pour Les Grands Investissements dans le secteur minier malagasy (LGIM).

B.- Sur le plan institutionnel

Pour assurer la facilitation et la promotion des investissements, une structure dénommée *Economic Developement Board of Madagascar* (EDBM) a été mise en place par le décret 2006-282 du 31 mai 2006, modifié et complété par le décret n° 2014-1822 du 4 décembre 2014 portant création et statuts de l'*Economic Developement Board of Madagascar* (EDBM). Indépendamment de l'efficacité de ce guichet unique à l'investissement notamment en matière de procédure de création d'entreprises[4], on peut s'interroger quant au rôle de l'EDBM dans le règlement des différends entre l'État et les investisseurs. En effet, il est fait mention dans le décret n° 2006-282 du 31 mai 2006 portant création des statuts de l'EDBM en son article 3 que l'EDBM pourrait assurer la médiation des différends dans les affaires. Pourquoi une telle disposition alors que l'arbitrage est prévu comme la cheville ouvrière de mode de règlement de litiges des investissements tant sur le plan légal que conventionnel ?

C.- Sur le plan conventionnel

Madagascar est bien doté tant en ce qui concerne les accords bilatéraux que multilatéraux.

Sur le plan bilatéral, Madagascar a conclu des accords pour la promotion et la protection réciproque des investissements (APPI), tels que l'accord entre la Confédération suisse et la République de Madagascar en 1964 et celui entre Madagascar et les États-Unis en mars 1998. Madagascar a signé huit accords bilatéraux de protection et de promotion des investissements entre 1962 et 2008 notamment avec la France (juillet 2003), Maurice (avril 2004), le fonds de l'OPEP (septembre 2004), l'Union européenne belgo-luxembourgeoise (septembre 2005), la Chine (novembre 2005), la Suisse (novembre 2008). Ces APPI prévoient les clauses traditionnelles et incontournables telles que la clause de traitement juste et équitable, la clause de traitement national de la nation la plus favorisée, l'indemnisation contre expropriation et une clause de règlement des différends qui donne la possibilité aux investisseurs étrangers de saisir un organe d'arbitrage tel que le CIRDI.

En ce qui concerne les accords multilatéraux, Madagascar est aussi bien doté étant donné que le Gouvernement a ratifié d'importantes conventions qui présentent des enjeux considérables pour la sécurité juridique des investisseurs notamment la convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[5] et la convention pour le règlement des différends relatifs aux

[4] Le classement Doing Business Report 2016 montre que Madagascar a amélioré sa position à savoir 167e sur 190 économies.
[5] Convention de New York de 1958 ratifiée par Madagascar le 16 juillet 1962.

investissements entre États et ressortissants d'autres États portant création du CIRDI[6].

En outre, Madagascar est également signataire de la convention de Séoul de 1985 portant création de la MIGA prévoyant une assurance pour faire face aux risques non commerciaux[7].

À l'aune de ce dispositif complet et cohérent sur le mode de règlement de litige entre l'État et les investissements, la question qui se pose est de savoir si Madagascar est pleinement conscient de la portée de ces conventions internationales qui reflètent les normes internationales de protection des investissements internationaux dont la violation engage sa responsabilité devant un *forum* arbitral ?

Par ailleurs, une autre interrogation est soulevée : l'arbitrage tel que pratiqué à Madagascar répond-il à cette attente de sécurisation ? En d'autres termes, il convient de voir si la place de l'arbitrage en tant qu'outil de sécurisation est effective ou non.

II.- Les défaillances constatées quant à la perception et la pratique de l'arbitrage

Force est de constater que l'arbitrage a été conçu par les autorités politiques de ce pays comme un outil d'attraction des investissements internationaux sans que les mesures d'accompagnement aient été mises en œuvre telles que la formation des différents acteurs potentiels (acteurs économiques, juges, conseils, etc.). S'il faut reconnaître que le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM)[8] mène des actions pour encourager le recours à l'arbitrage commercial, la CNUCED a toutefois souligné les carences de l'arbitrage à Madagascar en mettant l'accent sur la nécessité d'envisager une systématisation des campagnes d'informations des milieux d'affaires et des magistrats sur l'intérêt de l'arbitrage commercial et ses mécanismes[9].

A.- Sur les questions de procédure

À la lumière de certaines affaires, il y a lieu de constater qu'il y a des incompréhensions et des défaillances tant de la part de l'appareil judiciaire que celle de l'administration publique. Un certain nombre de décisions prises par les

[6] Convention de Washington de 1965 ratifiée par Madagascar le 06 septembre 1966.
[7] Convention MIGA ratifiée par Madagascar le 8 juin 1988.
[8] Centre d'arbitrage et de Médiation de Madagascar.
[9] *In* Examen de la politique d'Investissement Madagascar, CNUCED, Octobre 2015, p. 54.

juges malgaches sont inquiétantes, en tous les cas surprenantes quant à la question essentielle de l'autonomie de l'arbitrage.

On en prendra pour exemple l'affaire *Exatrade Commodities (Afrique du Sud) c/ Tranombarotra Mitsinjo*. Les parties avaient conclu des contrats d'achat de marchandises dans lesquels des clauses compromissoires étaient prévues. Lesdites clauses attribuaient la compétence à l'institution arbitrale *The Sugar Association of London* en cas de litige ayant trait à l'exécution des contrats. Ainsi, à la survenance d'un litige, les deux parties ont procédé à l'arbitrage pour la résolution dudit litige. *The Sugar Association of London* avait rendu une sentence arbitrale en date du 2 mars 2001. La société Tranombarotra Mitsinjo a introduit une demande d'exequatur auprès de la cour d'appel d'Antananarivo. Cependant, la société Exatrade Commodities avait introduit une demande de sursis à statuer auprès de la même juridiction. En effet, elle avait saisi le tribunal de première instance de Toamasina pour trancher le même litige ayant déjà fait l'objet d'une procédure arbitrale. Par la suite, la cour d'appel d'Antananarivo a accordé la demande d'exequatur par l'arrêt rendu le 23 octobre 2003 ayant constaté que la demande de la société Exatrade Commodities s'avérait sans objet.

Bien que cet arrêt constitue une avancée notable dans le domaine de l'arbitrage à Madagascar, étant donné qu'une sentence arbitrale étrangère a pu être reconnue et exécutée par les juridictions étatiques pour la première fois, il suscite toutefois des interrogations quant à la procédure relative à la décision d'exequatur. Étant donné que la saisine du juge pour l'exequatur est opérée par voie de requête adressée à la cour d'appel d'Antananarivo s'agissant d'une sentence arbitrale étrangère, si l'on se référait par exemple à la pratique française, l'exequatur devait être accordé ou refusé sans qu'intervienne un débat contradictoire entre les parties[10]. Le juge ne doit en aucun cas revoir l'affaire sur le fond ou modifier la sentence arbitrale. C'est ainsi que la demande d'exequatur sans débat contradictoire entre les parties est un gage pour limiter les risques pour le juge d'outrepasser ses pouvoirs[11].

Néanmoins, dans cette affaire, les juges semblaient s'orienter de manière différente en ayant convoqué les parties à l'audience pour un véritable débat contradictoire[12]. Le juge aurait-il voulu examiner attentivement l'affaire étant donné qu'aucune voie de recours n'est prévue en cas de refus de l'exequatur ? Cela pourrait également s'expliquer par le fait que la juridiction avait appliqué pour la première fois les règles relatives à une sentence arbitrale étrangère.

---

[10] R. JAKOBA, « Droit et pratique de l'arbitrage à Madagascar », *Revue de l'arbitrage*, 2003, n° 2, p. 387.

[11] L. RAMARIMBAHOAKA, Arrêt de la Cour d'appel d'Antananarivo du 23 octobre 2003, *Exatrade Commodities (Afrique du Sud) c/ Tranombarotra Mitsinjo* (Madagascar) : « La cour d'appel accorde l'*exequatur* d'une sentence arbitrale étrangère », Bulletin juridique et fiscale MCI, n° 3.

[12] R. JAKOBA, préc., p. 387.

B.- Sur le concept d'engagement de l'État en matière d'arbitrage

En outre, les analyses effectuées à la lumière de la jurisprudence malgache ont mis en exergue l'existence de failles réelles en ce qui concerne la perception de l'arbitrage. Au vu d'un certain nombre d'affaires, il est permis de se demander si l'État est conscient des engagements pris à l'égard des investisseurs en ce qui concerne l'arbitrage.

1) En premier lieu, il arrive que l'administration remette en cause sa volonté de recourir à l'arbitrage en tant que mode de règlement de différends. Un litige s'est élevé entre un établissement public (EPIC) et une société étrangère concernant la résiliation unilatérale d'un contrat BOT qui liait les deux parties. La résiliation était à l'initiative de l'EPIC en raison des défaillances constatées de la société étrangère, lesquelles remettaient en cause ses compétences réelles à mener à bien sa mission. Le contrat litigieux comportait des dispositions relatives au recours à l'arbitrage international en cas de différend relatif à la résiliation du contrat. Toutefois, la partie publique a remis en cause l'arbitrabilité du litige considérant qu'un contrat de nature administrative ne pourrait faire l'objet d'un arbitrage. Le Conseil d'État a rendu un avis en date du 13 mai 2011 dont la teneur suscite des interrogations. Conformément à cet avis, le contrat conclu entre les parties était effectivement un contrat administratif. Il a cependant été souligné dans cet avis que le Code de procédure civile en son article 453.1 reconnaît la capacité de l'État et les établissements publics à compromettre dans les litiges découlant de rapports internationaux d'ordre économique, commercial ou financier. Néanmoins, le Conseil d'État a conclu que le recours à l'arbitrage international était une faculté et n'était pas obligatoire.

À la lumière d'une analyse comparative internationale, il s'avère qu'en France, une partie de la doctrine plaide pour l'introduction de l'arbitrage en droit administratif. C'est en ce sens qu'en 2009, M. Jean-Marc Sauvé, alors vice-président du Conseil d'État a énoncé que « *l'arbitrage fait partie de ces fruits que le droit administratif doit faire naître chez soi* ». Mais encore en 1993, le Conseil d'État proposait l'extension du champ de l'arbitrage à l'ensemble des marchés publics –étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 4 février 1993 intitulée « Régler autrement les conflits ».

Par ailleurs, la question suscitée par cette affaire sur l'arbitrabilité des contrats BOT est résolue à l'heure actuelle. La récente loi n° 2015-039 sur le partenariat public privé, qui régit les contrats BOT, prévoit en son article 49 alinéas 2 et 3 l'arbitrabilité des litiges découlant des contrats PPP.

2) En deuxième lieu, la violation des normes relatives à la protection des investissements par l'État démontre qu'il ne mesure pas la portée de l'engagement pris dans le cadre des traités bilatéraux. En effet, l'État ne semble pas prendre en considération qu'une telle violation engage leur responsabilité devant un *forum*

arbitral international étant donné que ces traités préconisent le recours à l'arbitrage international.

Ainsi, dans l'affaire *POLO GARMENT c/ la République de Madagascar*, la société belge POLO GARMENT MAHAJANGA (PGM) avait souscrit une assurance multirisque auprès de la compagnie d'assurance NY HAVANA. Le 27 janvier 2009, des actes de pillage suivis d'un incendie sont survenus dans les locaux de la PGM qui voulait obtenir l'indemnisation du sinistre. Dès lors, un conflit s'est élevé entre la PGM et la compagnie d'assurance étant donné que la compagnie d'assurance a rejeté sa responsabilité en considérant que le sinistre était causé par des événements politiques et tombait sous le coup de l'exclusion de garantie de la police d'assurance. Les dirigeants de la PGM avaient intenté une action en justice contre la compagnie d'assurance et ont eu gain de cause devant le TPI de Mahajanga et la cour d'appel. Les deux instances ont déclaré que les dommages subis par la PGM n'étaient pas causés par un mouvement politique, mais social. Cependant, l'arrêt de la cour d'appel a été frappé d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi (PIL) pour suspendre son exécution à l'initiative du procureur général de la cour d'appel de Mahajanga. Le PIL, prévu par l'article 38 et 87 de la loi n° 2004-036 du 1er octobre 2004[13], est une procédure d'application exceptionnelle qui est généralement appliquée pour la sauvegarde de l'ordre public économique ou social. La PGM a déposé une demande d'arbitrage dirigée contre la République de Madagascar sur le fondement du traité bilatéral de protection des investissements conclu entre Madagascar et l'Union économique belgo-luxembourgeoise conclu le 29 septembre 2005. À l'issue de la procédure arbitrale, l'arbitre unique a rendu une sentence en faveur de la PGM et a condamné la République de Madagascar à l'indemnisation de la société belge. Toutefois, la cour d'appel de Paris a annulé la sentence rendue entre les parties en raison de vice au niveau de la procédure arbitrale[14].

La question de fond qui se pose est de savoir si le recours du PIL par l'État malgache est justifié ou respecte à tout le moins les garanties d'un procès juste et équitable auxquelles a droit l'investisseur selon les règles de droit international. Conformément à l'article 87[15] de la loi 2004-036 prévoit que le PIL peut être ouvert en cas de violation des préceptes généraux de justice et des principes équitables. Dans ce cas d'espèce, le PIL ne répondait pas à ces conditions énoncées par la loi en ayant été prises pour suspendre une décision qui était défavorable à une compagnie malgache.

---

[13] Loi 2004-036 sur du 1er octobre 2004 relative à l'organisation, aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour suprême et les trois Cours la composant

[14] Affaire *République de Madagascar c/ SARL Polo Garments Majunga*, arrêt, CA de Paris, 15 mars 2016.

[15] Article 87: « *Constitue un cas d'ouverture à cassation dans l'intérêt de la loi la violation des préceptes généraux de justice et notamment des principes équitables que comporte nécessairement la disposition légale servant de justification objective à la décision incriminée. Un tel pourvoi suspend l'exécution de la décision attaquée* ».

Ainsi, il est permis de douter de la sincérité de l'État *malagasy* pour respecter ses engagements internationaux lorsque ses intérêts sont en jeu.

Conclusion

L'examen de la politique d'investissement réalisé par la CNUCED en octobre 2015 a permis de dénoncer plusieurs entraves qui impactent négativement l'environnement des affaires à Madagascar. Sont particulièrement visées les dérives en matière de gouvernance et de corruption.[16] Face à ce constat, les interrogations sont récurrentes : quel investisseur pourrait investir dans un pays où les concepts d'« État fragile »[17] sont réunis et où le retour à l'ordre constitutionnel n'a pas permis de raffermir les bases d'un climat sain pour investir ?

Ainsi, il convient de se poser la question : que peut faire l'arbitrage face aux éléments d'insécurité juridique qui caractérisent le climat des affaires à Madagascar ?

Malgré le fait que l'arbitrage se trouve au cœur de l'arsenal juridique de l'investissement à Madagascar, il ne peut pas, à lui seul, sécuriser les investissements où tant de paramètres sont au rouge. Parmi les facteurs impactant significativement le climat des affaires, il faut citer l'instabilité politique qui constitue un fléau pour Madagascar. Le pays est tristement connu pour ses crises politiques cycliques et a connu sa cinquième crise politique (en 2009) depuis l'indépendance. Il est indéniable que l'instabilité politique constitue un facteur qui diminue les flux d'investissements directs étrangers. En conséquence, le rôle de sécurisation des investissements attribué à l'arbitrage ne peut avoir d'impact significatif tant que les autres problématiques touchant le climat des affaires ne sont pas résolues.

---

[16] A l'heure actuelle, Madagascar est placé à la 33e réalisé sur 54 pays par la Fondation Mo Ibrahim avec un recul de 7,6 points. Publié chaque année depuis 2007, l'Indice Ibrahim de la gouvernance en Afrique (IIAG) est un indice composite qui propose une mesure statistique de la performance de gouvernance des pays africains Parmi les facteurs pris en considération par l'indice Ibrahim figurent les indicateurs relatifs à l'Etat de droit tels que l'indépendance de la justice ; la transparence et la corruption dans le secteur public ; la corruption au niveau du gouvernement et des agents publics etc. La corruption, qui se manifeste sous forme de harcèlement exercé par les agents de l'administration (dans le domaine fiscal) entrave considérablement les activités des entreprises. Elle constitue l'un des obstacles majeurs identifiés par les investisseurs à Madagascar. Selon le classement de Transparency International, Madagascar se trouve à la 123e place sur 168 pays en 2015.

[17] Pour la Banque mondiale, le concept d'État fragile est utilisé pour désigner un État faible caractérisé par une gouvernance défaillante et une incapacité à maintenir l'État de droit. Cette situation entraîne des résultats défavorables en matière de lutte contre la pauvreté et d'atteinte des objectifs du Millénaire pour le développement (OMD), sans que cela soit nécessairement lié à une situation de conflit ou de crise ouverte. (*Yves Ficatier (AFD) et le Groupe de recherche et d'échanges technologiques (Gret), « Intervenir dans les Etats fragiles, Leçons d'expériences », Notes de synthèse Expost,* n° 9, août 2010, p.2.

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 affaires[1].

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*[ses] *de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels* ».

[1] Crée 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 Etats : 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 affaires[3] 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 1er : « *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 international[5] 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 souligné[6] 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 Etats 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 autonome[8], elle peut être prouvée par tout moyen, elle a un effet obligatoire et sa validité sera appréciée au regard de la commune volonté des parties[9]. Le principe de compétence-compétence est également posé[10]. 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 impératif[11] 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 internationales[12], 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 1er 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 Cameroun[14], la Côte d'Ivoire[15] et très récemment le Sénégal[16]. 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 quiez 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 compromissoires, 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.

ARBITRAGE

Le règlement par voie d'arbitrage des litiges relatifs aux investissements dans l'espace OHADA

Gaston KENFACK
Président de la 49e Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international

L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)[1] a été instituée par le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port-Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993 et modifié à Québec (Canada) le 17 octobre 2008.

L'arbitrage se trouve inclus dans le champ matériel de l'OHADA[2] ; à cet égard, il ne semble pas superflu de relever que les signataires du Traité OHADA ont, dans le préambule dudit Traité, fait état de leur volonté de promouvoir l'arbitrage pour le règlement des différends d'ordre contractuel dans l'espace OHADA.

Par ailleurs, outre le titre IV du Traité OHADA, qui fixe les grandes lignes de l'une des composantes de l'arbitrage OHADA qu'est l'arbitrage CCJA[3], le Conseil des ministres de l'OHADA a, en date du 11 mars 1999, adopté l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et le règlement d'arbitrage CCJA.

Ce dispositif arbitral témoigne de la réalité et de l'effectivité de l'institution arbitrale dans l'espace OHADA, tout comme la jurisprudence arbitrale de la CCJA

[1] L'OHADA est actuellement composé de 17 pays suivants : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo Brazzaville, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée Conakry, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, République Démocratique du Congo, Sénégal, Tchad et Togo.
[2] L'article 2 du Traité OHADA, qui définit le champ matériel de l'OHADA, s'énonce comme suit : « *Pour l'application du présent Traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécutions, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après* ».
[3] G. KENFACK DOUAJNI *in L'arbitrage OHADA PUPPA* février 2014 n° 7 à 9.

confirme la pratique effective de l'arbitrage *ad hoc* et institutionnel dans ledit espace.

Les textes OHADA relatifs à l'arbitrage étant *a priori* consacrés à l'arbitrage commercial, l'on peut légitimement s'interroger sur l'aptitude desdits textes à servir de fondement pour le règlement des litiges relatifs aux investissements.

Tout en précisant que les arbitrages localisés dans l'espace OHADA ne sont pas nécessairement ou exclusivement régis par les textes OHADA relatifs à l'arbitrage[4], il y a lieu de relever que la présente étude se focalisera sur le règlement des litiges relatifs aux investissements conformément au dispositif arbitral OHADA indiqué plus haut.

Ces litiges sont susceptibles d'être réglés tant sur la base d'un fondement contractuel (I) que sur celui d'un instrument relatif aux investissements (II).

I.- Le fondement contractuel du règlement des litiges relatifs aux investissements

L'hypothèse envisagée est celle dans laquelle le contrat en cause ayant pour objet un investissement est ou doit être exécuté, totalement ou partiellement dans l'espace OHADA, l'une des parties au moins au contrat ayant sa résidence habituelle ou son domicile dans ledit espace.

Lorsqu'un tel contrat comporte une clause compromissoire renvoyant expressément (A) ou non (B) à l'arbitrage CCJA, les litiges y relatifs pourront être réglés par voie d'arbitrage CCJA.

A.- Le contrat litigieux fait expressément référence à l'arbitrage CCJA

Dans une telle éventualité, l'arbitrage CCJA sera mis en œuvre conformément au règlement d'arbitrage CCJA, dont l'article 10 alinéa 1er énonce que « *lorsque les parties sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage de la Cour, elles se soumettent […] 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…* ».

[4] En effet, les parties peuvent soumettre à tout texte de leur choix, l'arbitrage qu'elles veulent localiser dans l'espace OHADA ; c'est ainsi que les parties engagées dans un arbitrage *ad hoc* peuvent soumettre celui-ci au règlement d'arbitrage de la CNUDCI alors même que le siège de l'arbitrage se trouve situé dans l'espace OHADA ; pareillement, si les parties optent plutôt pour l'arbitrage institutionnel, elles peuvent nous soumettre à tout système d'arbitrage institutionnel de leur choix (CCI, CCJA, CACI, GICAM).

La CCJA a déjà eu à régler un tel litige arbitral dans une affaire opposant la *Commercial Bank Guinea Equatorial* (CBGE) à la République de Guinée équatoriale.

Dans ladite affaire, le groupe camerounais Fotso envisageait de créer un établissement bancaire en Guinée Équatoriale, dont la dénomination devait être « Commercial Bank Guinea Equatorial-CBGE » et qui devait être filiale de la « Commercial Bank of Cameroon-CBC ». Le groupe Fotso s'était rapproché des autorités publiques de Guinée Équatoriale et une convention d'établissement avait été signée à cet effet par les parties le 18 décembre 2003 ; la CBGE avait effectué des investissements conséquents en Guinée Équatoriale.

En effet, en application de la convention d'établissement mentionnée plus haut, la CBGE avait entrepris des travaux immobiliers pour abriter ses activités dans des bâtiments fonctionnels et sécurisés ; elle avait en outre acquis des équipements informatiques à la pointe de la technologie et avait entrepris la formation du personnel équato-guinéen, qui, pour les besoins de la cause, avait été dans son ensemble, expatriée au Cameroun, précisément à la CBC, pour un stage pendant plusieurs semaines ; elle avait également passé des conventions de partenariat avec des établissements financiers de renom.

La CBGE élabora également, après étude, son règlement intérieur et le statut du personnel qu'elle a soumis à l'approbation du ministre du Travail de Guinée équatoriale et a fait divers autres frais de premier établissement, en attendant que l'Autorité monétaire de la Guinée équatoriale autorise ses dirigeants et elle-même à exercer la profession bancaire, en conformité avec l'avis de la Commission bancaire d'Afrique Centrale (COBAC), lequel lie l'Autorité monétaire.

La convention d'établissement mentionnée plus haut contenait une clause compromissoire (article 13) renvoyant à l'arbitrage CCJA pour le règlement des litiges y relatifs et précisant que « *la sentence […] aura un caractère définitif […] s'imposera aux parties et sera immédiatement exécutoire* ».

Un litige étant survenu entre les parties suite au refus de délivrance de l'agrément à la CBGE par l'Autorité monétaire de la République de Guinée équatoriale malgré l'avis conforme y relatif de la COBAC, la CBGE mit en œuvre ladite clause compromissoire.

Le tribunal arbitral constitué en application du règlement d'arbitrage CCJA rendit sa sentence le 24 mai 2009 à Libreville (Gabon), condamnant la République de Guinée équatoriale à verser, à titre d'indemnisation à la CBGE, diverses sommes d'un montant global d'environ 50 milliards de FCFA.

La CBGE ayant sollicité l'exequatur de cette sentence devant la CCJA, la République de Guinée équatoriale fit échec à cette demande d'exequatur en

saisissant ladite juridiction d'un recours en contestation de validité de la sentence en question.

Parallèlement à la demande d'exequatur devant la CCJA, la CBGE avait également saisi le président du tribunal de grande instance de Paris d'une demande d'exequatur de la sentence du 24 mai 2009 ; le juge délégué par ladite Juridiction de Paris accorda l'exequatur à la sentence du 24 mai 2009 par ordonnance du 15 juillet 2009.

Suite à l'appel de la République de Guinée équatoriale, la cour d'appel de Paris par arrêt du 18 novembre 2010 confirma l'ordonnance d'exequatur de la sentence arbitrale du 24 mai 2009.

Il ne semble pas superflu de préciser qu'entre temps, la CCJA déclara recevable le recours en contestation de validité de la sentence introduit par la République de Guinée équatoriale, qui s'était, dans le même temps, engagée dans un processus d'exécution amiable de la sentence arbitrale CCJA du 24 mai 2009, suite à la saisie en France, courant 2012, d'un aéronef lui appartenant.

Il résulte des développements qui précèdent qu'un contrat ayant pour objet un investissement dans un pays de l'espace OHADA, contrat conclu par un investisseur et un pays de l'espace OHADA, quelle qu'en soit la dénomination, peut donner lieu à une procédure arbitrale CCJA, dès lors que ledit contrat comporte une clause compromissoire renvoyant à l'arbitrage CCJA pour les litiges y relatifs.

Cela étant, l'arbitrage CCJA peut également permettre de régler des litiges relatifs aux investissements même lorsque le contrat litigieux ne fait pas expressément référence à l'arbitrage CCJA.

B.- Le contrat litigieux ne fait pas expressément référence à l'arbitrage CCJA

Si l'on est en présence d'un contrat ayant pour objet un investissement dans un État partie à l'OHADA, l'investisseur, fût-il d'une nationalité étrangère à l'espace OHADA ou non, et le contrat en cause ne contenant pas de clause compromissoire ou dont la clause compromissoire ne fait pas expressément référence à l'arbitrage CCJA, les parties demeurent libres, dans une telle hypothèse, de saisir conjointement la CCJA d'une demande d'arbitrage après avoir conclu un compromis à cet effet.

De même, si le contrat ayant pour objet un investissement contient une clause d'arbitrage *ad hoc* ou d'arbitrage institutionnel, mais non CCJA, il est loisible aux parties de s'accorder pour soumettre le règlement de leurs différends à l'arbitrage.

L'accord des parties peut résulter de ce que l'une d'elles saisisse la CCJA d'une demande d'arbitrage en se fondant sur une clause compromissoire renvoyant à l'arbitrage *ad hoc* ou à un autre système d'arbitrage institutionnel que celui de la CCJA, et l'autre partie ne décline pas la compétence arbitrale de la CCJA.

Il en irait de même lorsque l'une des parties au contrat litigieux saisit la CCJA d'une demande d'arbitrage alors que ledit contrat ne contient pas de clause compromissoire et l'autre partie ne décline pas la compétence de la CCJA.

Dans ces différentes éventualités, le litige opposant les parties sera également réglé par voie d'arbitrage CCJA.

L'arbitrage CCJA est aussi approprié pour le règlement des différends relatifs aux investissements fondés sur un instrument relatif aux investissements.

II.- L'instrument relatif aux investissements comme fondement du règlement des litiges relatifs aux investissements

L'instrument relatif à l'investissement qui sert de fondement à l'arbitrage dans ce contexte est, soit une loi relative à l'encouragement ou à la protection des investissements unilatéralement adoptée par un État, soit un traité bilatéral ou multilatéral d'encouragement ou de protection des investissements auquel cet État est partie.

L'hypothèse visée ici est celle dans laquelle la demande d'arbitrage est fondée, non pas sur une convention d'arbitrage contenue dans un contrat conclu entre l'investisseur et l'État d'accueil des investissements, mais sur une loi ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements. Dans ce cas précis, le contrat source de l'investissement litigieux pourrait même n'avoir pas été conclu avec l'État hôte desdits investissements ; mais, c'est l'agissement de cet État ou un acte légal ou même légitime pris par cet État qui peut enclencher son attrait en arbitrage sur le fondement d'un instrument relatif aux investissements.

Ces instruments offrent à l'investisseur la faculté de régler par voie d'arbitrage international le différend l'opposant à l'État[5].

En effet, dans ledit instrument, un État accepte à l'avance que tout investisseur étranger (ou ressortissant d'un État contractant si la source de l'engagement étatique est un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements) « *soumette à un arbitrage international toute réclamation fondée*

[5] E. Gaillard, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. Arb.,* 203, n° 3, p. 854.

sur la violation, par l'État défendeur, de ses obligations légales ou internationales quant au traitement de cet investissement. L'État autorise donc à l'avance des investisseurs étrangers indéterminés et avec lesquels il n'a aucun lien contractuel à l'attraire dans une procédure arbitrale s'ils estiment être victimes d'un mauvais traitement »[6].

Dans ce contexte, l'arbitrage contre l'État est mis en œuvre selon la technique dite de « l'arbitrage sur consentement dissocié » encore qualifié d'« arbitrage without privicy »[7], technique sur la base de laquelle le CIRDI est de plus en plus saisi de demandes d'arbitrage contre les États[8].

La technique de l'arbitrage sur consentement dissociée peut être utilisée tant sur le fondement de la loi relative aux investissements (A) que sur celui d'un traité de protection des investissements (B).

A.- La demande d'arbitrage est fondée sur une loi nationale relative aux investissements

On passera en revue, à titre d'exemple, la loi malienne n° 2012/016 du 27 février 2012 portant Code des investissements[9] et la loi camerounaise n° 2013/004 du 18 avril 2013 fixant les incitations à l'investissement privé en République du Cameroun[10] dont l'article 18 renvoi à la loi n° 2002/004 du 19 avril 2002 relative à la Charte des investissements, modifiée par la loi n° 2004/020 du 22 juillet 2004.

La loi malienne précise en son article 1er qu'elle vise à promouvoir les investissements au Mali. L'article 29 de ladite loi, consacré au règlement des différends s'énonce comme suit : « *Tout différend entre les personnes physiques ou morales étrangères et la République du Mali relatif à l'interprétation du présent Code fera au préalable l'objet d'un règlement à l'amiable entre les parties.*

À défaut, le différend est réglé par les juridictions maliennes compétentes conformément aux lois et règlements en vigueur, ou par voie d'arbitrage. Le recours à l'arbitrage se fera suivant l'une des procédures ci-après :

---

[6] P. FOUCHARD « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international » *in Mélanges en l'honneur* de P. KAHN, « Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle », Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, n°20, p.107 et 108.

[7] J. PAULSON, « Arbitration without privicy », *ICSID Review*, 1995, vol. 10, n° 2, p. 232.

[8] E. GAILLARD affirme ainsi que les instruments de protection des investissements ont donné lieu à une saisine de plus en plus fréquente du CIRDI tandis que le nombre d'arbitrages introduits sur le fondement d'une convention d'arbitrage classique est resté relativement stable. E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Ed. A. *Pedone*, Paris, 2004, p. 2 et 3.

[9] Loi malienne n° 2012/016 du 27 février 2012 portant code des investissements, Voir Annexe 1 loi-Règlement- Traité.

[10] Loi camerounaise n° 2013/004 du 18 avril 2013 fixant les incitations à l'investissement privé en République du Cameroun –Voir Annexe 2 Lois-Règlement-Traités.

- la procédure de conciliation et d'arbitrage découlant soit d'un commun accord entre les parties, soit d'accords bilatéraux conclus entre la République du Mali et l'État dont l'investisseur est ressortissant ;

- les dispositions de la convention du 18 mars 1965 créant le Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (CIRDI) établi sous l'égide de la Banque Mondiale et ratifié par la République du Mali le 3 janvier 1978 ;

- l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999 par l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) ;

- la convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) ».

Il résulte de ce texte que seul l'investisseur étranger ayant investi au Mali peut attraire ce pays en arbitrage. Comment concilier l'énonciation du paragraphe premier de l'article 29 ci-dessus cité avec l'article 4 de la même loi malienne, qui vise non seulement l'investisseur étranger, mais l'investisseur de manière générale en ces termes, « *Les personnes physiques ou morales quelle que soit leur nationalité, régulièrement établies au Mali, qui exercent ou désirent exercer une activité entrant dans le champ d'application défini à l'article 3 ci-dessus, sont assurées des garanties générales et avantages énoncées dans le présent Code* ».

En mentionnant « les personnes physiques ou morales quelle que soit leur nationalité, régulièrement établies au Mali… », l'article 4 de la loi malienne suscitée inclut indiscutablement les investisseurs maliens.

À cet égard, on relèvera utilement que, dans l'article 2 du même texte consacré aux définitions, l'investisseur est défini comme, « *toute personne, physique ou morale de nationalité malienne ou étrangère, réalisant dans les conditions définies dans le cadre du présent Code, des opérations d'investissement sur le territoire de la République du Mali* ».

Dès lors, comment comprendre qu'à l'article 29 de la même loi, seul l'investisseur étranger soit autorisé à pouvoir attraire l'État du Mali en arbitrage dans le but de protéger les investissements qu'il aura effectués au Mali, alors que l'article 4 dudit texte consacre une égalité entre l'investisseur étranger et l'investisseur malien, les deux étant réputés assurés des garanties générales et avantages énoncés dans le Code malien des investissements ?

Il apparaît que le texte malien est muet sur les recours dont disposerait l'investisseur malien qui souhaiterait attraire le Mali en arbitrage relativement aux investissements couverts par le Code malien des investissements.

Quoi qu'il en soit, l'article 29 de la loi malienne spécifie les divers systèmes d'arbitrage auxquels l'investisseur étranger peut recourir contre l'État malien, le cas échéant (voir le texte cité *supra*).

En tout état de cause, la discrimination opérée par ce texte malien entre l'investisseur étranger et l'investisseur malien peut se comprendre au regard de la convention CIRDI, qui est expressément dédiée aux litiges relatifs aux investissements entre investisseurs étrangers et les États d'accueil des investissements effectués par ces derniers.

En revanche, vis-à-vis de l'arbitrage OHADA, cette discrimination est malaisée, d'autant que l'on verra plus loin que la Charte CEMAC relative aux investissements habilite même les investisseurs nationaux des pays de l'espace CEMAC à attraire leurs propres États en arbitrage OHADA le cas échéant[11].

Parlant de l'arbitrage OHADA, il ne semble pas superflu de relever que cette expression renvoie à la fois à l'arbitrage de droit commun porté par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (qui régit l'arbitrage *ad hoc* et celui administré par les centres d'arbitrage opérant dans l'espace OHADA) et à l'arbitrage institutionnel CCJA.

Or, le texte malien ne mentionne que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ; ce qui signifie qu'un investisseur étranger qui désire attraire l'État malien en arbitrage OHADA ne pourra le faire que dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc* sur le fondement de l'Acte uniforme susmentionné ou bien sur celui du règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage de Bamako.

Cet investisseur ne pourra donc pas, *a priori* attraire l'État malien en arbitrage CCJA au regard de la loi malienne portant Code des investissements sauf accord formel de l'investisseur étranger et de l'État malien à cet effet.

En règle générale, les lois nationales relatives aux investissements expriment simplement le consentement de l'État considéré à être attrait à un système d'arbitrage au choix de l'investisseur, en vue d'inciter les investisseurs tant locaux qu'étrangers à investir sur leur territoire.

Il en est ainsi au Cameroun, dont l'article 26 de la loi n° 2013/004 du 18 avril 2013 fixant les incitations à l'investissement privé en République du Cameroun énonce que lorsque les investisseurs bénéficiaires des incitations prévues dans ladite loi n'ont pas pu régler à l'amiable les différends relatifs aux investissements par eux effectués au Cameroun, ils peuvent porter ces différends devant une instance d'arbitrage reconnue par l'État du Cameroun.

[11] On rappellera utilement que les Etats membres de la CEMAC sont également tous Etats membres de l'OHADA.

Cette loi camerounaise renvoyant à la Charte camerounaise des investissements, il importe de préciser que l'article 11 de ladite Charte énonce que l'État est partie… au Traité OHADA et « *dispose, grâce à son appartenance à l'espace OHADA, d'un mécanisme d'arbitrage tant ad hoc qu'institutionnel, s'inspirant des instruments internationaux les plus performants tels la loi type CNUDCI et le règlement d'arbitrage CCI…* ».

La lecture combinée de ces textes camerounais permet d'affirmer que sur la base de la technique de l'arbitrage sur consentement dissocié, l'État camerounais peut être attrait en arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCJA ou l'article 10 de l'AUA.

On mentionnera, à toutes fins utiles, qu'avant la Charte camerounaise des investissements, la Charte gabonaise des investissements, objet de la loi n° 15/98 du 28 juillet 1998, offrait déjà aux investisseurs étrangers la possibilité d'attraire l'État gabonais en arbitrage pour les différents relatifs à leurs investissements au Gabon.

En effet, l'article 10 de ladite Charte prévoit que lorsqu'un différend relatif à son application ou à son interprétation et opposant l'investisseur étranger à l'État gabonais n'a pas pu être résolu à l'amiable, « *les parties peuvent recourir à l'arbitrage ad hoc conformément au règlement d'arbitrage CNUDCI ou à tout autre règlement d'arbitrage ad hoc de leur choix* ».

Le même texte mentionne, d'une part, que les parties peuvent également recourir à l'arbitrage conformément à la convention CIRDI, au règlement d'arbitrage CCJA ou au règlement d'arbitrage de toute autre institution d'arbitrage de leur choix et, d'autre part, qu'à défaut d'accord des parties sur le siège et la langue de l'arbitrage, ceux-ci seront déterminés par l'institution d'arbitrage, en cas d'arbitrage institutionnel, et par le tribunal arbitral ou le juge compétent en cas d'arbitrage *ad hoc*.

Enfin, le texte précise que la décision relative à la détermination du siège ou de la langue de l'arbitrage n'est pas susceptible de recours.

Ce texte gabonais mérite d'être salué tant pour sa clarté que pour la possibilité qu'il offre de mettre en œuvre l'arbitrage *ad hoc* sur le fondement de l'AUA, car il indique que les parties peuvent recourir à l'arbitrage *ad hoc* conformément à tout règlement d'arbitrage de leur choix.

En outre, le texte est conforme à la célérité qui doit caractériser l'arbitrage lorsqu'il ferme toute possibilité de recours contre les décisions du centre d'arbitrage, du tribunal *ad hoc* ou juge étatique compétent relatives à la détermination du siège ou de la langue de l'arbitrage.

Comme indiqué plus haut, le consentement des parties à l'arbitrage est ici réputé dissocié, car l'État d'accueil des investissements sources du différend aura

exprimé son consentement par avance dans sa loi nationale relative aux investissements, tandis que le consentement de l'investisseur résulte de sa demande d'arbitrage soumise au CIRDI, pour le cas de l'arbitrage CIRDI, ou à la CCJA, pour le cas de l'arbitrage CCJA.

Il ne semble pas superflu de repréciser que, comme le montrent les textes gabonais et camerounais suscités, la technique de l'arbitrage sur consentement dissocié peut également permettre de mettre en œuvre un arbitrage international *ad hoc* fondé sur le règlement d'arbitrage CNUDCI ou encore sur l'acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage. Il suffit, à cet égard, que l'État en cause vise dans sa loi nationale relative aux investissements l'arbitrage CNUDCI ou l'arbitrage OHADA, sachant que cette expression renvoie tant à l'arbitrage de droit commun régi par l'AUA qu'à l'arbitrage CCJA[12].

Pour la mise en œuvre de l'arbitrage sur le fondement de l'AUA, il suffira à l'investisseur de saisir un arbitre d'une demande d'arbitrage contre un État en cause, en visant l'arbitrage OHADA conformément à l'article 10 de l'AUA. Il résulte, en effet, de ce texte que « … *l'instance arbitrale est liée dès le moment où l'une des parties saisit le ou les arbitres conformément à la convention d'arbitrage ou, à défaut d'une telle désignation, dès que l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral* ».

Quoi qu'il en soit, dans le cadre de l'arbitrage sur consentement dissocié, et contrairement à la situation relevée plus haut où l'État et l'investisseur sont liés par une convention d'arbitrage spécifique, ce n'est pas dans le contrat source de l'investissement ayant donné lieu au différend ou matérialisant ledit investissement que doit nécessairement être recherché le consentement à l'arbitrage de l'État d'accueil dudit investissement, mais dans l'instrument relatif aux investissements invoqués par l'investisseur.

Le consentement de l'investisseur à l'arbitrage CCJA résultera de la demande d'arbitrage dont il aura saisi la CCJA, pour le cas de l'arbitrage CCJA, ou de la saisine d'un arbitre sur le fondement de l'article 10 de l'AUA, de la saisine d'un centre d'arbitrage autre que celui de la CCJA, mais opérant dans l'espace OHADA, pour le cas de l'arbitrage fondé sur l'AUA.

Outre les lois nationales relatives aux investissements adoptées par les États parties à l'OHADA, lesquelles mentionnent l'arbitrage CCJA ou, plus généralement, l'arbitrage OHADA au nombre des éléments de protection des investissements effectués sur leurs territoires, certains instruments bilatéraux ou multilatéraux de protection des investissements auxquels ces États sont parties mentionnent aussi la possibilité de mettre en œuvre contre eux l'arbitrage CCJA ou OHADA.

[12] G. KENFACK DOUAJNI, « L'arbitrage CCJA comme modèle pour l'élaboration d'un instrument universel en vue d'une meilleure circulation internationale des sentences », *JDI*, n° 4, Octobre 2013, var. 5.

B.- La demande d'arbitrage est fondée sur un traité de protection des investissements

Le traité de protection des investissements dont il s'agit peut-être multilatéral ou bilatéral.

Comme **instrument multilatéral** de protection des investissements, on mentionnera la Charte CEMAC relative aux investissements[13].

En effet, conçu dans le souci de « *promouvoir le développement d'un secteur privé dynamique et d'attirer des capitaux nationaux et internationaux* », le règlement CEMAC relatif aux investissements affirme dès son préambule que les États membres de la CEMAC « *adhèrent aux principaux dispositifs internationaux de garantie des investissements, y compris ceux relatifs aux procédures des cours arbitrales internationales, à la reconnaissance et l'exécution de leurs sentences* ».

Par ailleurs, l'article 4 alinéa 2 de ce règlement CEMAC stipule que les États membres de la CEMAC adhèrent au Traité OHADA, l'article 5 alinéa 2 dudit règlement précisant que les États membres de la CEMAC encouragent le recours à la procédure d'arbitrage et garantissent l'application des sentences arbitrales.

Dans la mesure où ce règlement CEMAC qui vise à attirer des capitaux nationaux et internationaux énonce que les États membres de la CEMAC adhèrent au Traité OHADA, les investisseurs nationaux[14] ou internationaux ayant effectué des investissements dans un pays membre de la CEMAC peuvent attraire celui-ci en arbitrage OHADA, soit en saisissant un arbitre d'une demande d'arbitrage à l'encontre dudit État sur le fondement de l'article 10 de l'Acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage[15], soit en saisissant la CCJA ou même tout autre centre d'arbitrage opérant dans l'espace OHADA, d'une demande d'arbitrage à l'encontre dudit État.

Il importe de préciser à ce sujet que la référence au Traité OHADA dans un instrument de protection des investissements habilite l'investisseur national ou

[13] Le Règlement CEMAC relatif aux investissements a été adopté par le Conseil des Ministres de la CEMAC et a un caractère obligatoire dans tous les Etats CEMAC également parties à l'OHADA que sont : le Cameroun, la Centrafrique, le Congo-Brazzaville, le Gabon, la Guinée-Equatoriale et le Tchad. Voir annexe 3, Lois - Règlements -Traités.

[14] Le fait que les investisseurs nationaux soient visés ici prouve que contrairement au système CIRDI, dans lequel seuls les investisseurs étrangers à l'Etat d'accueil des investissements litigieux ont qualité pour saisir le CIRDI (article 25 Convention CIRDI), ici, même les investisseurs nationaux ont la possibilité d'attraire en arbitrage leur propre Etat pour les litiges découlant des investissements qu'ils ont effectués dans ledit Etat. Du reste, on a déjà eu à signaler qu'un investisseur local peut attraire en arbitrage, sur la base de la technique de l'arbitrage sur consentement dissocié, l'Etat membre de l'OHADA dans lequel il a effectué des investissements, G. KENFACK DOUAJNI, *L'arbitrage dans le système OHADA*, *Th*, Paris 1, 29 mars 2005, p. 65-66.

[15] Il résulte de l'article 10 de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage que «... *L'instance arbitrale est liée dès le moment où l'une des parties saisit le ou les arbitres conformément à la convention d'arbitrage ou, à défaut d'une telle désignation, dès que l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral* ».

étranger à mettre en œuvre l'arbitrage OHADA contre l'État OHADA dans lequel l'investissement litigieux a été effectué.

En effet, l'arbitrage OHADA s'entendant à la fois de celui mis en œuvre sur le fondement de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage[16] et de l'arbitrage CCJA[17], l'investisseur qui s'appuie sur un instrument relatif aux investissements mentionnant le Traité OHADA ou l'arbitrage OHADA au nombre des modes de règlement des différends relatifs aux investissements visés dans ledit instrument peut, à son choix, mettre en œuvre contre l'État OHADA en cause, soit l'arbitrage *ad hoc* prévu par l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage, soit l'arbitrage CCJA prévu par le titre IV du Traité OHADA et par le règlement d'arbitrage CCJA.

À cet égard, s'agissant de la mise en œuvre de l'arbitrage sur le fondement de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, il faut que l'investisseur local ou étranger à l'espace OHADA ait la maîtrise de ses droits litigieux[18], que le siège de l'arbitrage soit localisé dans l'espace OHADA[19] et que le différend soit d'ordre contractuel, l'une des parties au moins audit contrat ayant son domicile ou sa résidence dans l'espace OHADA et le contrat en cause ayant été exécuté ou étant à exécuter, en tout ou partie, sur le territoire de l'un ou de plusieurs membres de l'OHADA[20].

Il importe de préciser que le contrat visé ici ne doit pas nécessairement avoir été conclu entre l'investisseur et l'État en cause. En effet, ce contrat doit seulement être la source de l'investissement objet du litige.

S'agissant de la mise en œuvre de l'arbitrage CCJA par la technique de l'arbitrage sur consentement dissocié, il importe, d'une part, que le contrat litigieux ait avec l'espace OHADA les liens spécifiés tant par l'article 21 du Traité OHADA[21] que par l'article 2.1 du règlement d'arbitrage CCJA[22] et, d'autre part, que l'investisseur invoque dans sa demande d'arbitrage, soit la loi nationale

[16] Le Traité OHADA mentionne en son article 2 le droit de l'arbitrage au nombre des matières faisant partie du champ matériel de l'OHADA ; or, outre le titre IV du Traité OHADA, qui fixe les grands traits de l'arbitrage CCJA, un Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage a été adopté par le Conseil des Ministres de l'OHADA. Il importe de ne pas perdre de vue que l'AUA régit non seulement l'arbitrage *ad hoc* dans l'espace OHADA, mais aussi l'arbitrage institutionnel, y compris de la CCJA, opérant dans l'espace OHADA, dont il complète les Règlements.

[17] Comme indiqué ci-dessus, le titre IV du Traité OHADA fixe les grandes lignes de l'arbitrage CCJA, réglementé dans le détail par le Règlement d'arbitrage CCJA adopté par le Conseil des Ministres de l'OHADA en mars 1999, en même temps que l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage.

[18] Article 2 alinéa 1 dudit acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

[19] Article 1 de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

[20] Le traité OHADA et partant l'AUA vise les différends d'ordre contractuels découlant de contrats ayant avec l'espace OHADA des caractéristiques spécifiées dans l'article 21 du Traité.

[21] L'article 21 du Traité OHADA vise « ... *Toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats parties…* ».

[22] L'article 2.1 du Règlement d'arbitrage CCJA mentionne « …Toute partie à un contrat, soit que *l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats parties* ».

relative aux investissements de l'État en cause, loi qui mentionne l'adhésion dudit État au Traité OHADA, à l'arbitrage OHADA ou carrément à l'arbitrage CCJA, soit le Traité bilatéral ou multilatéral de protection des investissements auquel ledit État est partie et qui vise le Traité OHADA, l'arbitrage OHADA ou l'arbitrage CCJA comme l'un des éléments garantissant la protection des investissements prévue par lesdits instruments.

Enfin, ici également comme dans le cadre de l'arbitrage CIRDI, la convention d'arbitrage doit être faite par écrit[23]. Le consentement des parties à l'arbitrage étant dissocié ici, l'écrit visé sera nécessairement celui qui sert de support à l'instrument relatif aux investissements invoqué par l'investisseur et celui sur lequel l'investisseur a formulé sa demande ou requête d'arbitrage.

En tout état de cause, outre le règlement CEMAC relatif aux investissements, on mentionnera également un certain nombre de Traités bilatéraux relatifs aux investissements signés par des États OHADA entre eux ou avec la France et la Belgique.

Au titre des **traités bilatéraux** signés par des États OHADA entre eux, on mentionnera l'accord entre le Gouvernement du Burkina Faso et le Gouvernement de la République du Bénin[24] concernant la promotion et la protection réciproque des investissements et l'accord entre le Gouvernement de la République du Bénin et le Gouvernement de la République du Tchad[25] ayant le même objet, ces deux accords ayant été signés à Bruxelles (Belgique) le 18 mai 2001.

Les États signataires expriment dans le Préambule de ces deux accords leur désir « d'intensifier leur coopération économique en créant des conditions favorables à la réalisation des investissements par les investisseurs de l'une des Parties contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante », considèrent « l'influence bénéfique que pourra exercer un tel accord pour améliorer les contacts d'affaires et renforcer la confiance dans le domaine des investissements » et reconnaissent « la nécessité d'envisager et de protéger les investissements étrangers en vue de stimuler l'activité économique privée et de promouvoir la prospérité économique » des États contractants.

Ayant pour objet d'arrêter les principes généraux de coopération entre les pays signataires dans le domaine de la promotion et de la protection des investissements, ces accords comportent une disposition relative au règlement des différends relatifs aux investissements, qui s'énonce comme suit, dans l'accord entre la République du Bénin et la République du Tchad :

« Article 10. Règlement des différends relatifs aux investissements.

[23] Article 3 de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage.
[24] Voir Annexe 4, Lois-Règlements-Traités Bilatéraux.
[25] Voir Annexe 5 Lois-Règlements-Traités Bilatéraux.

1. Tout différend relatif aux investissements entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante sera réglé, autant que possible, à l'amiable, par consultation et négociations entre les parties au différend.

2. À défaut de règlement à l'amiable par arrangement direct entre les parties au différend dans un délai de six mois, à compter de la date de sa notification écrite, le différend est soumis, au choix de l'investisseur :

a) soit au tribunal compétent de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement est effectué ;

b) soit à arbitrage par la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'OHADA ;

c) soit à arbitrage au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), créé par la « convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États », ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965 ;

d) soit au tribunal ad hoc qui, à défaut d'autre arrangement entre les parties au différend, sera constitué conformément aux règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

À cette fin, chacune des parties contractantes donne son consentement irrévocable à ce que tout différend relatif aux investissements soit soumis à l'une des procédures d'arbitrage ci-dessus indiquées.

3. Aucune des parties contractantes, partie à un différend, ne peut soulever d'objection, à aucun stade de la procédure d'arbitrage ou de l'exécution d'une sentence arbitrale, du fait que l'investisseur, partie adverse au différend ait perçu une indemnité couvrant tout ou partie de ses pertes en vertu d'une police d'assurance.

4. Le tribunal arbitral statuera sur la base du droit national de la partie contractante, partie au différend, sur le territoire de laquelle l'investissement est situé, y compris les règles relatives aux conflits de lois, les dispositions du présent accord, les termes des accords particuliers qui sont conclus au sujet de l'investissement ainsi que les principes du droit international.

5. Les sentences arbitrales sont définitives et obligatoires pour les parties au différend. Chaque partie contractante s'engage à exécuter ces sentences arbitrales ».

Dans l'accord similaire conclu le même jour par le Burkina Faso et la République du Bénin, la disposition qui régit le règlement des différends relatifs

aux investissements se trouve plutôt à l'article 9, mais a un contenu pratiquement identique à celui de l'article 10 de l'accord entre le Bénin et le Tchad ci-dessus repris.

Il apparaît que cette disposition dans les deux accords met l'accent sur le consentement des États contractants à être attraits en arbitrage, soit au centre d'arbitrage de la CCJA, soit à celui du CIRDI, soit encore à un arbitrage *ad hoc* conformément aux règles d'arbitrage de la CNUDCI.

Ainsi, les litiges relatifs aux investissements couverts par ces accords sont arbitrables également par voie d'arbitrage CCJA. On relèvera que ces accords auraient aussi pu prévoir, à côté de l'arbitrage *ad hoc* conformément aux règles d'arbitrage de la CNUDCI, un arbitrage *ad hoc* conformément à l'acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage.

Quoi qu'il en soit, ces accords constituent l'illustration indiscutable de ce que l'arbitrage OHADA, en général, et CCJA, en particulier, est approprié, au même titre que l'arbitrage CIRDI, pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

À cet égard, en ce qui concerne le droit applicable au fond du litige, ces accords bilatéraux mentionnent le droit national de la partie contractante, partie au différend, sur le territoire de laquelle l'investissement est situé, y compris les règles relatives aux conflits de lois, des dispositions desdits accords, des termes des accords particuliers qui seraient conclus au sujet de l'investissement ainsi que des principes du droit international[26].

Ces énonciations des deux accords sont tout à fait conformes à l'article 17 du règlement d'arbitrage CCJA, qui indique que les parties à l'arbitrage CCJA sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige et précise que dans tous les cas, ledit arbitre tiendra compte des stipulations du contrat[27] et des usages du commerce.

Par ailleurs, les arbitres appliqueront le règlement d'arbitrage CCJA à la procédure lorsque l'arbitrage CCJA sera mis en œuvre sur le fondement d'un instrument relatif aux investissements[28].

En outre, les accords en question mentionnent le caractère définitif et obligatoire, pour les parties au différend, des sentences arbitrales qui seront rendues par les tribunaux arbitraux mis en place conformément auxdits accords et sur l'engagement des parties contractantes à exécuter ces sentences arbitrales ; ce

[26] Articles 10.4 de l'accord entre le Bénin et le Tchad et 9.4 de l'accord entre le Burkina Faso et le Bénin.

[27] Il s'agit nécessairement du contrat litigieux, dont les stipulations ne peuvent être ignorées dans le règlement des litiges y relatifs.

[28] La généralité des termes des articles 10.4 et 9.4 des accords commentés autorise cette affirmation.

qui peut faciliter l'octroi de l'exequatur à ces sentences en vue de leur exécution forcée, le cas échéant, voire prémunir la sentence intervenue d'un recours éventuel en annulation[29].

On ne perdra pas de vue, toutefois, qu'en ce qui concerne l'exécution forcée des sentences arbitrales CCJA dans l'espace OHADA, le dispositif arbitral CCJA prévoit un exequatur communautaire exclusivement octroyé aux sentences arbitrales CCJA par le président de la CCJA ou le juge qu'il délègue à cet effet[30].

De la sorte, la sentence arbitrale CCJA rendue sur le fondement d'une convention d'arbitrage classique renvoyant à l'arbitrage CCJA ou sur le fondement d'un instrument relatif aux investissements visant l'arbitrage CCJA (loi nationale relative aux investissements de l'État d'accueil des investissements partie défenderesse, traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements auquel ledit État est partie) est dotée d'une efficacité indiscutable, d'autant que son exécution dans l'espace OHADA est facilitée par les aménagements précisés plus haut et qu'en dehors de l'espace OHADA, ces sentences CCJA seront considérées comme des sentences arbitrales étrangères et feront l'objet d'une exécution forcée, le cas échéant, sur le fondement de la convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution forcée des sentences arbitrales étrangères[31].

Outre la signature des accords ci-dessus indiqués, signés par des États OHADA entre eux, on mentionnera également l'accord signé à Dakar (Sénégal) sur la promotion et la protection réciproques des investissements, le 26 juin 2007, par le gouvernement de la République française et celui de la République du Sénégal[32], de même que l'accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Lomé (Togo) le 6 juin 2009, par le Royaume de Belgique (Union Économique Belgo-Luxembourgeoise) et la République togolaise[33].

Ces deux derniers accords visent à encourager et à protéger les investissements effectués par les investisseurs ressortissants de l'un des États parties sur le territoire de l'autre État partie.

L'accord franco-sénégalais du 26 juin 2007 comporte à son article 8 une clause relative au règlement des différends entre un investisseur et une partie contractante conçu ainsi qu'il suit :

---

[29] Arrêt CCJA n° 012/2011 du 29 novembre 2011 *RGE et CEMAC c/ CBGE* dans lequel la CCJA a déclaré irrecevable un recours en contestation de validité de la sentence intervenue, la convention d'arbitrage conclue par les parties ayant prévu que la sentence arbitrale à intervenir sera obligatoire et définitive pour les parties.

[30] Article 30.1 du Règlement d'arbitrage CCJA.

[31] G. KENFACK DOUAJNI, « L'internationalité de l'arbitrage OHADA », *European Journal of Law Reform,* vol. 13, 2011 issues 3-4, p. 406.

[32] Voir Annexe 6, Lois-Règlements-Traités.

[33] Voir Annexe 7, Lois-Règlements-Traités.

« Article 8. Règlement des différends entre un investisseur et une Partie contractante.

Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est réglé à l'amiable entre les deux parties concernées.

Si un tel différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle un règlement amiable a été demandé par l'une ou l'autre des parties au différend, il est soumis à la demande de l'investisseur concerné à l'arbitrage :

a) d'un tribunal arbitral ad hoc constitué selon les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), ou ;

b) du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), créé par la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, signée à Washington le 18 mars 1965, ou ;

c) de la Cour commune de justice et d'arbitrage créée par le Traité de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique du 17 octobre 1993 (OHADA), lorsque les parties au différend relèvent de ce Traité.

Dans le cas où le différend est de nature à engager la responsabilité pour les actions ou omissions de collectivités publiques ou d'organismes dépendants de l'une ou des deux Parties contractantes, au sens de l'article 2 du présent accord, ladite collectivité publique ou ledit organisme sont tenus de donner leur consentement de manière inconditionnelle au recours à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), au sens de l'article 25 de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, signée à Washington le 18 mars 1965 ».

Le paragraphe c) de cet article prévoit une condition qui rend impossible la mise en œuvre de l'arbitrage CCJA sur le fondement de ce traité franco-sénégalais. En effet, outre que le contrat litigieux doit avoir avec l'espace OHADA les liens justifiant la mise en œuvre de l'arbitrage CCJA, l'exigence que les deux parties au différend relèvent du Traité OHADA est difficile à comprendre, lorsqu'on sait qu'en général, dans les litiges relatifs aux investissements, l'investisseur doit être ressortissant d'un État différent de celui qui est partie au même instrument juridique et qui est mis en cause.

Or, si le Sénégal est partie au Traité OHADA, la France ne l'est pas, tout au moins en l'état[34] ; dès lors, il sera difficile, voire impossible, pour un investisseur de nationalité française de mettre en œuvre l'arbitrage CCJA contre l'État du Sénégal sur le fondement du Traité franco-sénégalais.

Ledit Traité aurait dû viser uniquement les investissements réalisés au Sénégal par des investisseurs de nationalité française, au lieu d'exiger en plus que les deux parties au différend relèvent du Traité OHADA.

Cette exigence supplémentaire ferme toute possibilité pour un investisseur français ayant investi au Sénégal de mettre en œuvre la responsabilité internationale de l'État du Sénégal par voie d'arbitrage CCJA sur la base de ce Traité franco-sénégalais.

L'inconvénient ainsi relevé dans le Traité franco-sénégalais n'existe pas, fort heureusement, dans l'accord belgo-togolais du 6 juin 2009, dont l'article 12 intitulé « règlement des différends relatifs aux investissements » s'énonce comme suit :

« Article 12. Règlement des différends relatifs aux investissements.

1. Tout différend relatif aux investissements survenant entre un investisseur de l'une des Parties contractantes et l'autre Partie contractante fera l'objet d'une notification écrite, accompagnée d'un aide-mémoire suffisamment détaillé, de la part de la partie la plus diligente.

Dans la mesure du possible, les parties tenteront de régler le différend par la négociation, en faisant éventuellement appel à l'avis spécialisé d'un tiers, ou par la conciliation entre les Parties contractantes par la voie diplomatique.

2. À défaut de règlement amiable par arrangement direct entre les parties au différend ou par conciliation par la voie diplomatique dans les six mois à compter de sa notification, le différend sera soumis, au choix de l'investisseur, soit à la juridiction compétente de l'État où l'investissement a été réalisé, soit à l'arbitrage international.

À cette fin, chacune des Parties contractantes donne son consentement anticipé et irrévocable à ce que tout différend soit soumis à cet arbitrage. Ce consentement implique qu'elles renoncent à exiger l'épuisement des recours administratifs ou judiciaires internes.

3. En cas de recours à l'arbitrage international, le différend sera soumis à l'un des organismes d'arbitrage désignés ci-après, au choix de l'investisseur :

[34] L'OHADA est une organisation internationale ouverte à l'adhésion même des États non africains pourvu que cette adhésion intervienne à l'unanimité des États membres de l'OHADA (article 53 du Traité OHADA).

- à un tribunal d'arbitrage ad hoc établi selon les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ;

- au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), créé par « la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États », ouverte à la signature à Washington, le 18 mars 1965, lorsque chaque État partie au présent accord sera membre de celle-ci ; aussi longtemps que cette condition n'est pas remplie, chacune des Parties contractantes consent à ce que le différend soit soumis conformément au règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI ;

- au tribunal d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, à Paris ;

- à la Cour commune de justice et d'arbitrage créée par le Traité de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires en Afrique (OHADA).

Si la procédure d'arbitrage a été introduite à l'initiative d'une Partie contractante[35], celle-ci invitera par écrit l'investisseur concerné à exprimer son choix quant à l'organisme d'arbitrage qui devra être saisi du différend.

4. Aucune des Parties contractantes, partie à un différend, ne soulèvera d'objection, à aucun stade de la procédure d'arbitrage ni de l'exécution d'une sentence d'arbitrage, du fait que l'investisseur, partie adverse au différend, aurait perçu une indemnité couvrant tout ou partie de ses pertes en exécution d'une police d'assurance ou de la garantie prévue à l'article 9 du présent accord.

5. Le tribunal arbitral statuera sur la base du droit interne de la Partie contractante partie au différend sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé, y compris les règles relatives aux conflits de lois, ainsi que sur la base des dispositions du présent accord, des termes de l'accord particulier éventuellement conclu au sujet de l'investissement et des principes de droit international.

6. Les sentences d'arbitrage seront définitives et obligatoires pour les parties au différend. Chaque partie contractante s'engage à exécuter les sentences en conformité avec sa législation nationale ».

L'arbitrage CCJA, lorsque le contrat litigieux aura avec l'espace OHADA les liens spécifiés plus haut, sera facilement mis en œuvre sur le fondement de ce Traité belgo-togolais.

[35] Ce qui prouve que l'Etat hôte peut lui-même attraire l'investisseur en arbitrage, mais le choix du centre d'arbitrage appartient à l'investisseur.

On mentionnera que ce dernier accord prévoit le recours à un tribunal *ad hoc* mis en place selon le règlement d'arbitrage CNUDCI ; ainsi qu'on l'a déjà mentionné pour les accords signés par les États OHADA entre eux, les signataires de ce dernier accord auraient pu également mentionner le recours à un tribunal *ad hoc* mis en place conformément à l'AUA. Cela dit, on relèvera quelques spécificités de l'accord belgo-togolais.

Il est expressément prévu dans cet accord que le recours à l'arbitrage n'est pas subordonné à l'épuisement des recours judiciaires ou administratifs devant les juridictions nationales de chacun des États contractants.

Et pour rassurer les investisseurs, cet accord prévoit, outre le consentement irrévocable des États contractants à être attraits en arbitrage par tout investisseur ressortissant de l'autre État, que la compensation éventuellement invoquée par l'un des États contractants ne fera pas échec à la poursuite de la procédure arbitrale, ni à celle de l'exécution de la sentence arbitrale initiée par l'investisseur contre ledit État.

En outre, le Traité en question prévoit que si la procédure arbitrale est initiée par l'État d'accueil des investissements litigieux, il appartiendra à l'investisseur de choisir le système d'arbitrage à mettre en œuvre parmi ceux prévus par ledit Traité.

Ces aménagements visent, non seulement à faciliter la mise en œuvre effective des arbitrages, y compris des arbitrages CCJA, pour les litiges relatifs aux investissements couverts par ce Traité, mais aussi à assurer l'exécution effective des sentences arbitrales intervenues contre les États concernés à l'issue des procédures arbitrales sus-évoquées.

Si l'on prend en compte la sophistication du système d'exécution des sentences arbitrales CCJA[36], il apparaît que la mention de l'arbitrage OHADA en général, et CCJA en particulier, dans les instruments relatifs aux investissements évoqués plus haut confère à l'arbitrage OHADA, ou CCJA plus spécifiquement, l'aptitude à régler les litiges relatifs aux investissements couverts par lesdits instruments.

[36] G. KENFACK DOUAJNI, *L'arbitrage dans le système* OHADA, *Th* précitée, p. 240-241 ; adde, S. BEBOHI EBONGO, *L'exécution des sentences arbitrales, étude comparée des dispositifs d'exécution forcée du CIRDI et de la CCJA*, Th. Université de Picardie Jules Verne, Amiens 2014.

ARBITRAGE

La pratique de l'arbitrage OHADA selon le règlement d'arbitrage CCJA*

Sylvie BEBOHI EBONGO
Docteure en droit
Chargée de recherches APAA

L'arbitrage OHADA repose sur un régime dual. Le régime dual de l'arbitrage OHADA est constitué, d'une part, par l'arbitrage de droit commun régi par l'acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage qui réglemente l'arbitrage de droit commun dans l'espace OHADA et, d'autre part, par l'arbitrage spécifique CCJA qui repose sur le titre IV du Traité OHADA et le règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage. Qu'est-ce qui caractérise dès lors l'arbitrage OHADA selon le règlement d'arbitrage CCJA et le distingue de l'arbitrage de droit commun de l'acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage ? Comment fonctionne l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCJA ? Pour mieux comprendre comment se pratique l'arbitrage OHADA selon le règlement d'arbitrage CCJA, il est nécessaire d'appréhender ses spécificités tant dans sa mise œuvre (I) qu'en matière d'exécution des sentences arbitrales qui en sont issues (II).

I.- Mise en œuvre de l'arbitrage OHADA selon le règlement d'arbitrage CCJA

L'arbitrage OHADA selon le règlement OHADA peut être mis en œuvre sur la base d'une convention d'arbitrage (A) ou d'un instrument de promotion de protection des investissements (B).

* Le style oral et sténotypé de la contribution a été conservé (*ndlr*).

A.- Mise en œuvre de l'arbitrage CCJA sur la base d'une convention d'arbitrage

Saisine classique :

- clause compromissoire insérée dans un contrat faisant expressément référence au règlement du litige sur le fondement du Titre IV du Traité OHADA et du règlement d'arbitrage CCJA ;
- compromis d'arbitrage.

Clause type renvoyant à l'arbitrage CCJA :

« *Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés directement suivant les dispositions du Titre IV du Traité du 17 octobre 1993 de Port-Louis relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique et le règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ces textes* ».

On constate cependant l'existence de nombreuses clauses pathologiques dans les contrats renvoyant simplement, soit à l'arbitrage OHADA tel qu'issu du Traité, soit à l'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage, soit à l'arbitrage OHADA.

Nécessité de les interpréter :

Hypothèse 1 : contrat ne contenant pas de clause compromissoire ou dont la clause compromissoire ne fait pas expressément référence à l'arbitrage CCJA : les parties demeurent libres, dans une telle hypothèse, de saisir conjointement la CCJA d'une demande d'arbitrage après avoir conclu un compromis à cet effet.

Hypothèse 2 : contrat ayant pour objet un investissement contenant une clause d'arbitrage *ad hoc* ou d'arbitrage institutionnel, mais non CCJA : il est loisible aux parties de s'accorder pour soumettre le règlement de leurs différends à l'arbitrage CCJA.

Hypothèse 3 : contrat ne contenant aucune clause d'arbitrage : l'une des parties saisit la CCJA et l'autre ne décline pas la compétence de la CCJA.

En tout état de cause, dans ces trois hypothèses, l'article 10.3 du RACCJA[1] dispose :

« *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,*

[1] Règlement d'arbitrage CCJA.

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 ».

En l'absence d'une convention d'arbitrage visant expressément l'arbitrage CCJA :

- ✓ la cour doit constater *prima facie* de l'existence ou non de cette convention sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé des moyens ;
- ✓ l'arbitre prendra toutes décisions sur sa propre compétence.

B.- Mise en œuvre sur la base d'un instrument de protection et de promotion des investissements

Hypothèse par laquelle l'État, par la seule signature de l'instrument de promotion ou de protection de l'investissement autorise à l'avance l'investisseur à recourir à l'arbitrage en cas de mauvais traitement dont il pourrait s'estimer victime. Le texte autorise donc l'investisseur à porter son différend devant un tribunal arbitral de son choix, alors qu'il n'a même pas de contrat direct avec l'État.

1/ Recours à l'arbitrage CCJA dans les instruments bilatéraux de promotion et de protection des investissements, TBI ou lois nationales relatives à la protection ou à la promotion des investissements

Dans ce cas de figure, le traité bilatéral de protection et de promotion des investissements ou la loi nationale font référence à l'arbitrage CCJA comme pouvant être choisi pour régler le différend. Le choix *in fine* de la CCJA par l'une des parties au différend entraîne la soumission au Traité OHADA et au règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage.

Quelques exemples de traités bilatéraux faisant référence à l'arbitrage CCJA :

- Accord bilatéral de promotion et de protection des investissements Burkina Bénin (article 9 - Règlement des différends relatifs aux investissements) :

À défaut de règlement à l'amiable par arrangement direct entre les parties au différend dans un délai de six mois, à compter de la date de sa notification écrite, le différend est soumis, au choix de l'investisseur :

a) soit au tribunal compétent de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué ;

b) soit pour arbitrage par la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'OHADA.

- Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise du 6.6.2009 et le Togo (article 12 - Règlement des différends) :

En cas de recours à l'arbitrage, le différend sera soumis à l'un des organismes désignés ci-après au choix de l'investisseur :

- À la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA créée par le Traité pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires.

On peut dans le même ordre d'idées mentionner (la liste n'étant pas exhaustive) : l'accord entre le Burkina Faso et la Guinée du 25.03.2003 (article 9 - règlement des différends), l'accord bilatéral de promotion et de protection des investissements Tchad-Benin du 10.05.2001 (article 10 Règlement des différends relatifs aux investissements), l'accord entre la Guinée équatoriale et l'Espagne du 22.11.2003 (article 11 - controversas entre une parte contrantante e inversores de la otra parte contratante), l'accord entre la République Française et la République du Sénégal sur la promotion et la protection réciproque des investissements du 26.07.2007 (article 8 - Règlement des différends entre un investisseur et une partie contractante[2].

On constate que ces TBI sont conclus aussi bien entre États parties à l'OHADA qu'avec des États tiers.

2/ Les instruments multilatéraux de promotion et de protection des investissements contiennent prévoient le recours à l'arbitrage

On peut mentionner la Charte CEMAC relative aux investissements.

Cette charte fait une référence indirecte au recours à l'arbitrage CCJA.

Article 4. 2 :

« *Ils [les États membres de la CEMAC] adhèrent au Traité de l'OHADA [l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique]. Ils garantissent l'application des procédures et des arrêts de la Cour commune de*

[2] Il faut néanmoins mentionner que l'article 8 de ce traité comporte une disposition très ambiguë qui mettra sa mise en œuvre difficile, voire impossible « *Tout différend relatif aux investissements entre l'une des parties contractantes et un investisseur de l'autre partie contractante est réglé à l'amiable entre les deux parties concernées.*
Si un tel différend n'a pas pu être réglé dans le délai de six mois à partir de la date à laquelle un règlement amiable a été demandé par l'une ou l'autre partie au différend, il est soumis à la demande de l'investisseur concerné à l'arbitrage :
c) de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage créée par le Traité OHADA du 17 octobre 1993, lorsque les parties au différend relèvent de cet Traité ».

justice et d'arbitrage de cette institution régionale. Ils adaptent leur droit national et leur politique judiciaire aux règles et dispositions de l'OHADA ».

Article 5.2 :

« *Les États encouragent le recours à la procédure d'arbitrage et garantissent l'application des sentences arbitrales* ».

Une saisine de la CCJA sur la base de cette charte n'est donc pas inenvisageable.

Comme cela a pu être souligné, « *dans la mesure où le règlement CEMAC qui vise à attirer des capitaux nationaux et internationaux énonce que les États membres de la CEMAC adhèrent au Traité OHADA, les investisseurs nationaux ou internationaux ayant effectué des investissements dans un pays membre de la CEMAC peuvent attraire celui-ci en arbitrage OHADA, soit en saisissant un arbitre d'une demande d'arbitrage à l'encontre dudit État sur le fondement de l'article 10 de l'Acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage*[3]*, soit en saisissant la CCJA ou même tout autre centre d'arbitrage opérant dans l'espace OHADA, d'une demande d'arbitrage à l'encontre dudit État* »[4].

II.- Exécution des sentences arbitrales rendues selon le Règlement d'arbitrage CCJA

L'exécution des sentences arbitrales rendues sur la base du règlement d'arbitrage CCJA peut se faire dans l'espace OHADA (A) ou en dehors de l'espace OHADA (B).

A.- Exécution dans l'espace OHADA : exclusivité des dispositions du Traité et du règlement d'arbitrage CCJA

La cour a l'exclusivité pour accorder l'exequatur aux sentences arbitrales issues d'un arbitrage CCJA. Toute juridiction nationale saisie d'une demande d'exequatur d'une sentence arbitrale doit se déclarer incompétente, car les États OHADA ont effectué un transfert de souveraineté judiciaire vers la Cour commune de justice et d'arbitrage qui a la compétence exclusive pour accorder l'exequatur aux sentences rendues sous l'égide du Centre d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage.

[3] Il résulte de l'article 10 de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage que «... *L'instance arbitrale est liée dès le moment où l'une des parties saisit le ou les arbitres conformément à la convention d'arbitrage ou, à défaut d'une telle désignation, dès que l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral* ».

[4] G.K. DOUAJNI, « L'arbitrage CCJA et les litiges relatifs aux investissements », *in L'arbitrage commercial et des investissements en Afrique*, colloque APAA 2013.

Article 25 du Traité OHADA :

« *Les sentences arbitrales rendues conformément aux stipulations du présent titre ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État Partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'État.*

Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur.

La Cour commune de justice et d'arbitrage a seule compétence pour rendre une telle décision.

L'exequatur ne peut être refusé que dans les cas suivants :

1 °) si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;

2 °) si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;

3 °) lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;

4 °) si la sentence est contraire à l'ordre public international ».

Article 30 - Règlement d'arbitrage CCJA :

« *30.1. L'exequatur est demandé par une requête adressée à la Cour.*

30.2 L'exequatur est accordé par une ordonnance du président de la cour ou du juge délégué à cet effet et confère ***à la sentence un caractère exécutoire dans tous les États parties****. Cette procédure n'est pas contradictoire* ».

L'exequatur accordé à une sentence arbitrale CCJA a un caractère communautaire, c'est-à-dire qu'il n'est pas besoin de rechercher un autre exequatur dans un État partie à l'OHADA pour faire exécuter la même sentence dans plusieurs États parties. La formule de l'exequatur unique est un avantage comparatif significatif en matière d'exécution des sentences arbitrales en l'état actuel du droit international.

Si l'*exequatur* est communautaire, la formule exécutoire reste néanmoins nationale.

Article 31 - Formule exécutoire :

« *31.2. Au vu de la copie conforme de la sentence revêtue de l'attestation du secrétaire général de la Cour, l'autorité nationale désignée par l'État pour lequel l'exequatur a été demandé, appose la formule exécutoire telle qu'elle est en vigueur dans ledit État* ».

Ce texte introduit une ambiguïté, car l'exequatur n'est pas demandé pour un État particulier. Le président de la cour accorde l'exequatur à la sentence et cet exequatur confère la sentence un caractère exécutoire dans tous les États parties. Il s'agit donc ici d'une maladresse de rédaction corrigée par la pratique, laquelle sera encore mieux corrigée lors de la révision des textes OHADA en cours.

B.- Exécution en dehors de l'espace OHADA : application du droit national de lieu d'exécution

Possibilité d'exécuter les sentences arbitrales CCJA en dehors de l'espace OHADA.

Dans cette hypothèse, elles sont soumises à la législation nationale applicable en matière d'exécution des sentences arbitrales étrangères ou internationales.

La cour d'appel de Paris a accordé l'exequatur à plusieurs sentences arbitrales CCJA dont l'exequatur était demandé en France. La cour d'appel a considéré la sentence CCJA comme internationale et affirmé :

« *Mais considérant que, quelle que soit la compétence de la cour d'appel d'Abidjan pour connaître d'un recours dirigé contre une sentence rendue sous les auspices du règlement d'arbitrage de la CCJA qui, ainsi que le soulignent les intimés, prévoit la procédure et les conditions pour en contester la validité devant cette même Cour, la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, comme celle rendue dans le contexte du traité de l'OHADA, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées* »[5].

On mentionnera dans le même sens les demandes d'*exequatur* devant la CA de Paris dans les affaires ci- après :

- *République de Guinée équatoriale c/ SA Commercial Bank Guinea Ecuatorial*, CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 18 novembre 2011 ;

- *SA Planor Afrique c/ SA Atlantique Telecom*, CA Paris, Pôle 1, Ch 1, 4 décembre 2012.

Plusieurs demandes d'exequatur ont été faites devant la cour d'appel de Paris.

[5] CA Paris, 1re Ch. Sect. C, 31 janvier 2008, *Société Ivoirienne de Raffinage c/ Société Teekay Shipping Norway*.

À mentionner également l'affaire *GETMA c/ La République de Guinée* dont la demande d'exequatur a été refusée aux États-Unis[6].

L'arbitrage spécifique de la CCJA pratiquée sur la base du Traité, mais surtout du règlement d'arbitrage CCJA fait son bout de chemin, sans pour autant être à l'abri des critiques les plus acerbes, même si elles ne sont pas toujours justifiées. L'affaire *GETMA c/ la République de Guinée* en est un exemple. Beaucoup reste encore à faire, notamment au plan textuel (articulation claire des règles du règlement d'arbitrage CCJA avec l'acte uniforme, atténuation de certaines lourdeurs procédurales), fonctionnel (séparation nette du Centre d'arbitrage avec la cour pour diminuer les soupçons de mélange de genres), de la formation (prévoir davantage de spécialistes de l'arbitrage au service du système, promotion par des séminaires plus axés sur la pratique, les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre des dispositions, etc.)

La révision prochaine des textes OHADA en matière d'arbitrage très attendue, apportera sans doute un plus à ce système d'arbitrage qui a néanmoins le mérite d'exister et de constituer un espoir réel pour la pratique de l'arbitrage en Afrique du fait notamment de certaines solutions avant-gardistes qu'il renferme.

[6] United District Court for the District of Columbia 9/00/2016.

ARBITRAGE

Règlement alternatif des litiges commerciaux et économiques dans la zone francophone

Johary RAVALOSON
Docteur en droit
Secrétaire général du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar

À la clôture du colloque international sur l'arbitrage qu'a organisé le CAMM en octobre 2016, un atelier a été organisé sur l'avenir de l'arbitrage, dans le cadre institutionnel existant ou par d'autres biais, notamment vu de Madagascar, idéalement situé à l'intersection des pays membres de l'OHADA, de l'Afrique Australe, du sous-continent indien et du monde francophone.

Le représentant du Forum francophone des affaires (FFA), après avoir présenté ce regroupement du milieu d'affaires et réseau d'entreprises francophones, a soulevé le problème de la sécurisation juridique des échanges et des investissements dans le monde francophone, notamment concernant le règlement des litiges.

Dans le cadre des échanges et les investissements croisés, le règlement des litiges est un réel enjeu qui peut influencer leur développement voire même leur existence. En effet, un conflit quel qu'il soit, fragilise les relations d'affaires et pèse sur les résultats et les performances.

Ce problème se double dans les échanges internationaux par la difficulté de trouver un interlocuteur valable pour servir d'interface de médiation ou trancher le litige. Chaque État a son propre système juridique et souvent, également, son propre système de règlement alternatif de litiges (Centre alternatif de règlement de litiges ou CARL comme le CAMM).

Ces systèmes nationaux peuvent tous avoir vocation à intervenir. Cependant l'absence de confiance d'une partie extérieure au système peut en limiter le recours et, par conséquent, les échanges commerciaux et économiques.

Il est en effet avéré que la confiance est primordiale aux échanges économiques. Pouvoir régler rapidement les problèmes favorise la bonne

continuité des affaires. La sécurisation des affaires n'empêchera pas l'apparition de problèmes, mais permettra de les régler quand ils se présentent.

Il existe bien, en dehors des centres locaux, de grands centres internationaux comme ceux de la Chambre de commerce internationale ou le CIRDI ou encore les centres anglo-saxons. Recourir à ces centres exige cependant des avances de fonds importantes qui ne sont pas toujours proportionnelles aux enjeux des litiges. De surcroît, à ces coûts conséquents peut s'ajouter l'inconfort de l'éloignement entre les intérêts en jeu et le siège de l'institution organisant le règlement des litiges (par médiation ou arbitrage).

L'existence d'un système de règlement de litiges fiable, efficace et proche des opérateurs mettrait de l'huile au moteur du développement des échanges et des investissements francophones. Par ailleurs, un tel développement renforcerait la coopération économique dans la zone francophone, notamment entre les PME.

Deux pistes de réflexion peuvent être étudiées :

- la mise en place d'un Centre international francophone de règlement de litiges relatifs à des enjeux internationaux notamment de moyenne ampleur ;

- la mise en place d'une Plateforme internationale francophone de règlement de litiges, résultant de la mise en réseau des Centres alternatifs de règlement de litiges (CARL) existants ; ce dernier système est expérimenté avec un début prometteur au sein de la région des îles de l'océan Indien (*cf. Business Bridge OI*) et pourrait être étendu à toute la zone francophone. L'implication de tous favorisera la vulgarisation de l'arbitrage et de la médiation et l'application des pratiques respectant les normes (usages de contrats, insertion de clauses de règlement de litiges, institutionnalisation des règlements de litiges) et ainsi la sécurisation juridique des investissements et des échanges dans la zone francophone.

Par ailleurs, en complément, et pour les deux pistes de solution, la mise en place d'un mécanisme francophone de certification des médiateurs et des arbitres sur la base d'une reconnaissance, suite à l'acquisition d'un socle commun de formation, est nécessaire. En effet, les arbitres du monde anglophone sont plus connus sur la scène de l'arbitrage international parce que presque tous en dehors de leurs diplômes et de leur profession, bénéficient d'une accréditation par un organisme internationalement reconnu (*cf.* CIARB). Il faut faire exister un équivalent dans le monde francophone.

Ces propositions de système de règlement de litiges répondent au besoin de renforcement de l'environnement entrepreneurial pour développer les échanges entre les pays francophones, impliquant notamment des PME. Elles sont soumises aux observations de toutes les parties prenantes. Il en sera également ainsi lors de la prochaine l'assemblée générale de la Conférence permanente des Chambres

consulaires africaines et francophones (CPCCAF), qui se tiendra à Antananarivo du 12 au 15 décembre 2016.

Quatre résolutions ont été retenues :

- La reprise de la suite du colloque l'année prochaine par le CMA Réunion dans le cadre d'une coopération *Business Bridge OI*.
- Une réflexion à mener au sein de *Business Bridge OI* pour étudier la perspective d'une harmonisation des règlements de nos Centres avec celui de l'OHADA.
- Des séances de formations et d'informations à dispenser aux TPE et PME. Les Centres locaux d'arbitrage ainsi que *Business Bridge OI* sont à la disposition des chambres consulaires pour organiser ces séances.
- Accueil de la demande du Forum francophone des affaires relative à la recherche d'une sécurisation juridique des échanges : proposition d'une étude par le CAMM de l'opportunité de mise en place d'une Plateforme internationale et francophone de règlement de litiges. De même, la mise en place d'un mécanisme francophone de certification des médiateurs et des arbitres sur la base d'une reconnaissance suite à l'acquisition d'un socle commun de formation sera étudiée. Les prémisses seront présentées au XVIe Sommet de la francophonie, en novembre à Antananarivo ainsi qu'à la Conférence permanente des Chambres consulaires africaines et francophones (CPCCAF) lors de l'assemblée générale d'Antananarivo de décembre 2016.

ARBITRAGE

Rapport général*

Johary RAVALOSON
Docteur en droit – Secrétaire général du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar
Lalaina CHUK HEN SHUN
Doctorant en droit de l'arbitrage à l'université Paris-Ouest Nanterre
ESM. Haja RAHARY
Juriste stagiaire du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM)

Ce colloque international sur l'arbitrage organisé, les 18, 19 et 20 octobre à la Chambre de commerce et d'industrie d'Antananarivo (Madagascar) par le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM), en partenariat avec l'université catholique de Madagascar, a pour objectif le développement du recours à l'arbitrage en vue d'améliorer l'environnement des affaires et le climat des investissements à Madagascar.

Cent-cinq participants (représentants d'institutions, cabinet d'avocats, professeurs et étudiants) ont pris part à ce colloque et provenaient de divers pays comme : la France, La Réunion, Maurice, la Tunisie, la Belgique, le Sénégal, le Cameroun, l'Allemagne, Madagascar. Nous remercions tous les participants, ainsi que les institutions sans la coopération desquelles le colloque n'aurait pas eu lieu, notamment :

- l'Agence universitaire francophone (AUF - bureau océan Indien) ;

- l'Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (APAA) ;

- le Centre de médiation et d'arbitrage de La Réunion (CMAR) ;

- le Forum francophone des affaires (FFA) ;

- le Programme d'appui à l'emploi et à l'intégration régionale (PROCOM - Union européenne) ;

- le Projet « Pôles intégré de croissance et corridors » (Projet PIC2) ;

* Le style oral de la contribution a été conservé (*ndlr*).

- le service de coopération et d'action culturelle (SCAC) de l'ambassade de France à Antananarivo ;

- et divers cabinets cités dans le rapport.

Trois axes de discussions ont été abordés :

- un axe comparatif (jour 1) ;

- un axe relatif à l'éthique (jour 2) ;

- un axe portant sur les litiges relatifs aux investissements, avec un *focus* international et régional, notamment un développement spécifique sur l'arbitrage OHADA (jour 3).

Les travaux ont également donné lieu à une conclusion sous forme d'ateliers sur l'avenir de l'arbitrage dans le cadre institutionnel existant ou par d'autres biais, notamment vu de Madagascar, idéalement situé à l'intersection des pays membres de l'OHADA, de l'Afrique Australe, du sous-continent indien et du monde francophone.

Madame Noro ANDRIAMAMONJIARISON, présidente de la CCIA et du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM), a ouvert le colloque en remerciant tous les partenaires et les participants. Elle a rappelé l'objectif attendu du colloque : un renforcement de capacité théorique et un transfert de bonnes pratiques en matière d'arbitrage commercial et des investissements, en comptant sur les experts nombreux venus de l'extérieur.

Par la suite, le coordonnateur du colloque a proposé pour son bon déroulement de privilégier une cordialité et un respect mutuel sans grand protocole, mais avec une grande ponctualité. Cette proposition a été respectée en général tout le long des trois jours. Chaque jour étant organisé en deux principales conférences (matinée/après-midi), le colloque a été extrêmement riche tant par la qualité des interventions que par les débats animés qu'elles ont suscités.

Le professeur Raymond RANJEVA, agrégé des facultés de droit, ancien vice-président de la Cour internationale de justice (CIJ), président de la Société africaine de droit international, arbitre du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM), qui présidait la première conférence, a ensuite présenté son discours inaugural. Il a déterminé, d'une part, le contexte des discussions et, d'autre part, les questions que cela soulève. Il a soulevé plusieurs points dont la tendance à l'uniformisation de l'arbitrage par un mimétisme législatif et institutionnel, les difficultés liées au contexte insulaire, amenant au constat que nos îles sont plus autonomes que solidaires. Selon le professeur RANJEVA, l'attractivité du mode alternatif de règlement des différends est liée à la plus-value ou l'intérêt qu'il offre aux parties litigantes par rapport au mode judiciaire ordinaire. La célérité ou le coût sont des facteurs secondaires par rapport à

l'expectative des parties concernées. Cette plus-value affecte aussi bien le mécanisme de l'arbitrage que l'éthique au fond de l'institution arbitrale.

La première question afférant au mécanisme porte moins sur l'uniformisation internationale des règles que sur la promotion intellectuelle et médiatique des modalités particulières du système malgache dans un souci de garantie de la sécurité juridique. À cette fin, la publication des statistiques les plus complètes et des performances en matière d'arbitrage représente le meilleur atout objectif pour mesurer l'attractivité d'un système à base consensuelle.

Le second facteur de l'attractivité s'articule autour des conditions intrinsèques de l'accomplissement de la fonction juridictionnelle arbitrale. Le recours à l'arbitrage n'a d'intérêt que si le mode alternatif peut s'articuler autour d'une institution judiciaire crédible et performante ! Par ailleurs, pas d'arbitrage crédible sans un État crédible et stable : cohérent, non par la composition de ses organes, mais par la continuité des objectifs et des actions, car accepté comme garant de la sécurité juridique.

La dimension éthique individuelle et institutionnelle représente également un facteur pour l'attractivité. Le succès des modes alternatifs de règlement des litiges repose sur l'engagement de tous pour une justice de confiance, de paix et de sécurité. La crédibilité de l'arbitrage relève en effet des praticiens : ainsi, la sécurité juridique attendue dépend non seulement de l'environnement juridique, mais surtout de la sécurisation méthodologique assurée et démontrée par les arbitres.

Par la suite, le professeur RANJEVA a introduit le thème de cette première journée qui portait sur les pratiques comparées et visait essentiellement à répondre à la question suivante : « Dix-sept années après l'adoption de la loi nationale n° 98-019 relative à l'arbitrage, *quid* de l'application de la procédure arbitrale ? Est-ce un succès ou un échec ? Pourquoi serait-ce un échec ou, au contraire, un succès ? Pourquoi, malgré la présence de textes très similaires relatifs à l'arbitrage, Madagascar, par rapport à l'île Maurice ou à la Tunisie, connaît des résultats différents ? Quelles sont les bonnes pratiques à diffuser ? »

Tout d'abord, le thème du rôle du juge judiciaire dans le développement de l'arbitrage a été développé dans deux exposés. Le premier a été présenté par Me Antoine LEROSIER, avocat associé chez Foley Hoag Paris (cas russe, français et européen) et le second par M. Lalaina CHUK HEN SHUN, doctorant en droit de l'arbitrage à l'université Paris-Ouest Nanterre (cas de Maurice, Madagascar et La Réunion). La procédure arbitrale se veut distincte et autonome de la procédure judiciaire. Cependant l'intervention du juge étatique n'est pas exclue en matière d'arbitrage, et il ne saurait y avoir d'arbitrage efficace sans un acteur judiciaire crédible et performant, lequel peut intervenir dans une procédure arbitrale de différentes manières : en tant que juge d'appui, juge de l'exécution, ou juge du contrôle.

Ainsi, ces interventions ont mis en valeur le rôle clé du juge judiciaire dans le développement de l'arbitrage, celui-ci étant l'ultime garant du bon fonctionnement de la procédure arbitrale. Néanmoins, il est à noter que certaines institutions arbitrales tentent d'élargir au maximum l'autonomie de l'arbitrage en s'appuyant sur des règlements techniques auxquels les parties déclarent adhérer dans les conventions ou clauses d'arbitrage.

Ainsi, Madame Diamana DIAWARA, conseillère à la cour internationale d'arbitrage de la CCI, dans un troisième exposé, a fait part du traitement des mesures conservatoires et provisoires dans l'arbitrage CCI, comme le recours à l'arbitre d'urgence, au juge des référés (référé préarbitral), aux procédures rapides qui permettent l'octroi de mesures provisoires devant un arbitre avant la constitution du tribunal arbitral : autant d'alternatives efficaces au recours au juge étatique.

La question principale qui a sollicité le plus grand débat lors de cette première partie était de situer le curseur de l'autonomie de l'arbitrage par rapport aux juridictions judiciaires.

Néanmoins, la procédure arbitrale repose de façon ultime sur la garantie d'exécution de ces juridictions étatiques. C'est l'objet du quatrième exposé lequel répond à la question : comment obtenir l'exequatur des sentences arbitrales devant les juges malgaches ?

Madame Bakolalao RAMANANDRAIBE, présidente honoraire de la Cour de cassation et arbitre du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM), met notamment en exergue la faveur à l'arbitrage posée par la loi malgache de 1998 par la limitation des recours et la facilitation de l'exécution. Sur le plan comparatif, l'exécution et la reconnaissance des sentences internationales obéissent à des règles spécifiques, même si la plupart des États sont liés par la convention de New York du 10 juin 1958. Cette conférence sur les pratiques comparées a souligné les efforts qui doivent être entrepris pour que le juge étatique prenne son rôle dans le développement de l'arbitrage. Ainsi le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM) depuis 2013 tente de combler les insuffisances, à travers l'organisation tous les ans des Journées « Modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) », durant lesquelles un échange avec les magistrats et une formation concernant les MARL à leur endroit sont assurés.

L'après-midi, la conférence sur les pratiques comparées continuait sous la présidence du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, agrégé des facultés de droit, de l'université catholique de Madagascar, avocat au barreau de Madagascar, membre du conseil d'administration du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM).

Une présentation et une comparaison des spécificités de l'arbitrage institutionnel mauricien et malgache ont fait l'objet d'un cinquième exposé

présenté par Me Dipna GUNNOO. La conseillère au sein du LCIA-MIAC en a profité pour présenter son institution au public. L'étude comparative entre ces deux pays a tout d'abord été basée sur la Loi type de la CNUDCI. Ensuite, les particularités de la loi mauricienne de 2008 portant sur l'arbitrage international ont été présentées (le juge d'appui, les mesures provisoires, la représentation, le panel de trois hauts magistrats choisis parmi les six juges désignés spécialisés en arbitrage international, le droit d'appel au *Privy Council*, les sociétés GBL) et sur la pratique juridictionnelle au travers de la sphère d'intervention, du code de procédure spécifique (règlement de la Cour suprême - demandes relatives à l'arbitrage international de 2013) et la jurisprudence. Son analyse met en exergue les similarités des deux droits et leurs différences et notamment les forces de l'île Maurice comme place de l'arbitrage.

M. Walid BEN HAMIDA, maître de conférences en droit à l'université d'Évry Val-d'Essonne, à Sciences Po Paris et à l'université catholique de Madagascar, dans son exposé, discute de l'emprunt et l'inspiration en droit de l'arbitrage commercial : Tunisie et Madagascar. Il se demande pourquoi ces deux pays n'ont pas le même développement en matière d'arbitrage alors que les textes sont quasiment identiques ? Il répond qu'il faut sortir du droit et réfléchir sur le contexte notamment d'adoption des lois. Ainsi, la loi tunisienne a été élaborée au bout de quinze années et uniquement par des Tunisiens. À Madagascar, c'est l'aide d'un cabinet américain qui a permis la préparation des textes, d'où la faible implication des fonctionnaires malgaches et la non-appropriation par les magistrats malgaches[1]. Il souligne que c'est la pratique qui nous fait défaut et qu'il faudrait briser le stéréotype arbitral en introduisant plus de métissage dans le choix des arbitres. Les parties doivent faire confiance aux arbitres africains pour qu'il acquière la culture arbitrale. De même, les États et les entreprises doivent imposer un « local content » dans le choix des conseils dans les procédures arbitrales. Rappelant la sécurité méthodologique exigée par le président RANJEVA, il met au centre de l'arbitrage la question de la confiance tant sur le plan de la compétence que de la probité, autant pour les arbitres que pour les juges d'appui. Si un arbitre ne doit pas être perçu comme un homme d'affaires, la question de confiance au juge local, ainsi que la limite de son intervention, entre dans l'attractivité d'une place d'arbitrage.

---

[1] Sur son site (http://www.checchiconsulting.com/index.php?option=com_projects&aoe_id=4&itemid=8), le cabinet Checchi and company consulting Inc. affirme que « *to reverse the downward spiral of its economy, Madagascar faced the imperative of creating a legal environment more conducive to private sector investment and development. Under this project, Checchi provided assistance to the process of business law reform and helped to create and implement alternative dispute resolution (ADR) mechanisms. The Project's Business Law Reform component focused on improving the legal framework for trade and investment, assisting the government of Madagascar in applying international best practices in redrafting and updating its property, company, financial and labor laws. In ADR, Checchi provided commentary on Madagascar's draft Arbitration Law, leading to the incorporation of UNCITRAL principles in the law as enacted by the National Assembly, helped establish the Madagascar Arbitration and Mediation Association, and worked to build arbitration and mediation capacity and demand* ».

Lors du débat qui s'en est suivi, Madame Bakolalao RAMANANDRAIBE a tenu à dire que les fonctionnaires malgaches et d'autres personnes de différents secteurs ont été impliqués dans l'élaboration de la loi et que le cabinet américain n'est venu apporter son appui aux formations qu'après la promulgation de la loi, et après l'organisation de la première formation sur le thème à l'école nationale de la magistrature (ENMG). Selon elle, en tout état de cause, la non-appropriation par les magistrats malgaches des textes sur l'arbitrage est une réalité, qui s'explique par plusieurs facteurs : les formations des magistrats sur l'arbitrage n'ont pas toujours été continues, et beaucoup de magistrats en fonction n'ont pas été formés sur cette matière ; et il y a aussi le problème de la corruption qui gangrène le système judiciaire, corruption que l'on masque parfois par l'incompétence. Mais depuis quelques années le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM) s'attelle à améliorer la compétence professionnelle des magistrats sur la matière de l'arbitrage, et un changement sensible est en train de s'opérer.

Enfin Me Patrick SAERENS, avocat au barreau de Bruxelles, chargé de cours en droit commercial international à l'Institut catholique des hautes études commerciales (ICHEC), à l'Institut des hautes études en communications sociales (IHECS), a exposé l'arbitrage à l'épreuve des nouvelles tendances et des technologies de l'information et de la communication (TIC). Il a mis en avant comment les TIC et les outils qu'il offre peuvent participer à l'évolution de l'arbitrage et comment l'arbitrage s'implique dans les échanges résultants du numérique.

Depuis, l'arbitrage en ligne se développe. Exemple pris : la loi belge qui tend vers l'international. Elle recommande la spécificité sectorielle des centres d'arbitrage, la formation d'alliances entre les centres locaux, l'implication des pouvoirs publics et la sensibilisation des entreprises (notamment par des mises à disposition de contrats-types gratuits contenant des clauses compromissoires).

Des praticiens dans la salle ont déjà pratiqué l'arbitrage par visioconférence et ont apprécié la rapidité des procédures *via* internet.

Le débat a également fait ressortir le rôle que devrait/pourrait jouer l'État dans le développement de l'arbitrage. L'exemple du *Mauritius international arbitration project*, un investissement important de la part de l'État mauricien pour développer l'arbitrage, interroge quant à l'opportunité et la nécessité de l'implication de l'État dans la promotion de l'arbitrage. Les discussions ont fait ressortir que, ce dont l'arbitrage à Madagascar a surtout besoin, c'est d'une intégration de l'arbitrage dans la société et dans l'économie, notamment dans tout le droit des affaires.

La matinée du deuxième jour fut consacrée à la conférence sur l'éthique et la lutte contre la corruption, présidée par Madame Bakolalao RAMANANDRAIBE, ancienne garde des Sceaux, ministre de la justice,

présidente honoraire de la Cour de cassation, arbitre du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM).

Le professeur Daniel TRICOT, ancien président de chambre à la Cour de cassation française, ouvre la conférence avec un exposé portant sur l'éthique, l'indépendance et le financement de l'arbitrage. Il précise que cela ne peut avoir lieu sans le soutien de l'État, l'appui du juge et l'éthique de l'arbitre (culture du juge-état d'esprit). Deux idées qui soulèveront un débat apparaissent : la première sur le fait que le conflit d'intérêts n'est pas à l'appréciation de l'arbitre (déclaration d'indépendance de l'arbitre) et la deuxième sur l'obligation de révélation (ainsi au Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM), l'obligation de transparence que doit respecter l'arbitre : révéler tout fait de nature à faire naître un doute raisonnable dans l'esprit d'une des parties ; dès que la question se pose, il faut la révéler).

Il a été discuté aussi du cas du financement de l'arbitrage par des organismes financiers dont la pratique, pour être soutenable, exige un renforcement de l'obligation de transparence ; de la nature de l'arbitrage, notamment de son caractère mixte, contractuelle et juridictionnelle à la fois, laquelle pose une question précise quant au *petita* : le tribunal arbitral peut-il soulever des arguments qui n'ont pas été invoqués par les parties ?

Me Romain DUPEYRE (avocat associé, BOPS, Paris) reprend le thème de l'éthique dans l'arbitrage. Dans un premier temps, il apporte une définition de la notion d'éthique, une science de la morale, l'art de diriger sa conduite. Cela se caractérise en matière d'arbitrage par l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Il fait également la remarque qu'il y a une émergence d'un très grand nombre de règles éthiques dans l'arbitrage et, en l'occurrence, des types de sanction différents : contractuel, disciplinaire, pénal, mais également une atteinte à la réputation.

L'exposé suivant a été fait par Me Fernande ANILHA, secrétaire générale du CMAR et Me Julien MAGAMOOTOO (SELARL Ali-Magamootoo Saint-Denis de La Réunion). Il avait pour intitulé « arbitrage et éthique : causes du mal, évolutions récentes et pistes d'amélioration. Regards sur le monde et sur l'océan Indien ». Cet exposé rejoint les précédents en ce sens que, sans éthique, l'avenir de l'arbitrage est voué à l'échec. Quatre piliers fondamentaux seront mis en exergue à savoir : l'indépendance, la neutralité, l'impartialité et la confidentialité. Pour le cas de l'océan Indien, l'arbitrage est caractérisé par sa petitesse, sa jeunesse et son isolement. Les deux conférenciers appellent à en faire des atouts, par la spécialisation, l'innovation et par le regroupement.

À la suite de cela, Me Nicolas LIGNEUL a exposé sa position sur l'arbitrage et la lutte contre la corruption. Selon lui, la corruption est un sujet qu'il faut confronter à la procédure arbitrale, tant du point de vue de l'arbitrabilité que de la procédure arbitrale elle-même. Par ailleurs, la corruption ne doit pas

gangrener la procédure arbitrale elle-même. L'arbitre doit manifester un sens de l'éthique plein et entier. Ainsi, le caractère irréprochable de l'arbitre est nécessaire pour ne pas mettre en péril l'arbitrage. Les centres d'arbitrage jouent un rôle dans cette quête de l'irréprochabilité, mais c'est surtout à l'arbitre qu'il incombe de lutter contre la corruption à la fois par les sentences qu'il rend et par sa fonction juridictionnelle nécessairement indépendante et impartiale.

Enfin pour clore la matinée de cette deuxième journée, Me Gérard RAMANGAHARIVONY, juriste du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM), a présenté « La charte confiance du CAMM » : son contexte, maintien de la paix sociale et accroissement du business et le pourquoi de la signature de cette charte, preuve d'un engagement moral et souhait d'une initiative préventive.

Les interventions ont souligné le fait que les arbitres deviennent un outil de la lutte contre la corruption. En l'occurrence, les questions relatives à l'éthique, à la déontologie et à la corruption dans l'arbitrage deviennent pertinentes de par les abus dans la pratique arbitrale.

L'après-midi a été consacré au droit des investissements et à l'arbitrage. La conférence a été présidée par le professeur RAMAROLANTO RATIARAY, de l'université d'Antananarivo, arbitre du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM).

Me Hery RANJEVA (avocat associé chez Foley Hoag Paris) a fait son exposé sur « l'État dans l'arbitrage d'investissement ». Selon lui, l'arbitrage d'investissement, que l'État croyait être un moyen d'attirer les investisseurs étrangers, n'a pas apporté la preuve de son efficacité en tant qu'outil de promotion, mais il s'est avéré être un « monstre » qui s'est retourné contre celui qui l'a adopté. Il fait plusieurs constats qui révèlent la faiblesse de l'État et l'insécurité juridique à laquelle ce dernier est confronté : les traités de promotion et de protection réciproques des investissements sont signés à la va-vite et rédigés par des fonctionnaires qui n'ont qu'une vague idée de leur mise en œuvre ; les arbitres donnent trop souvent une interprétation des traités d'investissement en défaveur de l'État (exemple de la « clause de la nation la plus favorisée ») ; le *treaty-shopping* fait qu'un État sera attrait à l'arbitrage contre son gré, par des ressortissants d'autres États avec qui il ne voulait pourtant pas de ce mode de règlement des litiges ; les délais de procédure sont trop serrés pour permettre à un État, par nature bureaucratique, de se défendre utilement ; les demandes reconventionnelles sont pratiquement interdites à l'État défendeur et la généralisation du financement de l'arbitrage de l'investisseur par des organismes tiers est une source de conflits d'intérêts et de déséquilibre entre les parties. La multiplication des dérives a entraîné des critiques de plus en plus vives contre l'arbitrage d'investissement, ainsi qu'un début de remise en question du système par ceux-là mêmes qui l'ont voulu : les États. Me Hery Ranjeva a ajouté que « Madagascar offre un bon exemple de l'inefficacité des traités bilatéraux de promotion et de protection des

investissements (TBI) en tant qu'outil de promotion, puisque tous les actionnaires des deux plus grands projets d'investissements en sont dépourvus et, malgré cette absence de protection, ils sont venus, ils sont encore bel et bien là et, surtout, ce sont des investisseurs sérieux et responsables ». Il faut néanmoins signaler que ces deux projets d'investissement bénéficient de clauses compromissoires faisant référence au CIRDI dans leurs conventions d'établissement.

Me Joachim KUCKENBURG (avocat associé, KAB Kuckenburg Buret Boineau & associés, Paris) poursuit avec un exposé sur l'évaluation du préjudice imputable à un État ou une personne morale du droit public. Tout en affirmant le principe, tant en droit international public qu'en droit du commerce international, de la réparation intégrale du préjudice, il met en exergue la différence fondamentale entre un État et ses émanations d'une part, et des sociétés commerciales d'autre part. Il confronte l'audience avec la thèse que le pouvoir d'appréciation dont jouissent les arbitres dans le cadre du droit applicable pour l'évaluation du préjudice doit se voir affecté par le fait que l'État n'est pas un acteur commercial par nature, ne cherchant pas le profit de ses associés ou investisseurs, mais agissant dans l'intérêt public. L'État n'ayant pas à sa disposition les mêmes outils financiers et juridiques tout en étant soumis à des contraintes autres que les sociétés commerciales, le pouvoir d'appréciation de l'évaluation du préjudice devrait être réduit en ce qui concerne notamment le pouvoir d'estimation, l'acceptation des dommages spéculatifs ou des pertes de chances.

Ces deux interventions soulèvent un débat concernant, d'une part, la nature d'un État et les difficultés que cela implique dans sa participation dans l'arbitrage et, d'autre part, l'égalité des parties devant l'arbitrage, principe fondamental, qui ne saurait connaître d'aménagement quand bien même il s'agirait d'un arbitrage impliquant un État. Il est à noter que ces questions sont de plus en plus débattues depuis l'affaire de l'abandon de l'énergie nucléaire par l'Allemagne et des traités transatlantiques sur les investissements. En effet, les pays en développement connaissent très bien la problématique du déséquilibre entre les États et les multinationales et les solutions préconisées tenant compte de la légalité (l'intérêt général) de la mesure pouvant porter préjudice et du principe de non-discrimination dans son application.

Enfin, pour clore la deuxième journée, M. Raphaël JAKOBA (manager associé, cabinet MCI ; enseignant chercheur à l'UCM et à l'IEP de Madagascar, ancien secrétaire général du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar, arbitre du CAMM), a fait un exposé sur « l'arbitrage et la sécurisation juridique des investissements pour le droit malgache ». Il met en avant l'existence d'un arsenal juridique malgache complet et d'un dispositif incitatif mis en place pour favoriser les investissements, notamment un bon dispositif législatif complet sur l'arbitrage, d'une loi sur les investissements et d'un outil institutionnel : l'EDBM. Un dispositif complet et moderne qui manque son objectif d'attrait des

investisseurs du fait d'un climat d'investissement délétère et d'une pratique déviante.

S'il est ressorti du débat qu'un environnement juridique sécurisant ne suffit pas à attraire les investisseurs (les critères économiques sont les plus décisifs), il est indéniable qu'un environnement insécurisant n'attire pas les investissements ou, pire, n'attire que des investissements douteux qui ne profitent pas à l'ensemble du pays, mais juste à une minorité corrompue ne respectant pas les lois, ce qui peut également devenir source d'insécurité et d'instabilité.

Parallèlement, l'arbitrage ne peut suffire comme solution alternative à un climat délétère. Si l'efficacité d'un arbitrage interne dépend de beaucoup de l'efficacité et de l'indépendance des juridictions d'appui, en matière internationale, cette efficacité est confortée par l'universalité de la convention de New York de 1958 et des disponibilités des biens des États hors de leurs territoires. Ceci pour dire que, souvent, les investissements étrangers sont davantage protégés que les investissements nationaux.

Lors de la troisième et dernière matinée, la conférence sur l'arbitrage OHADA a été présidée par M. Olivier RIBOT (du cabinet LEXEL juridique et fiscal). Il a commencé par une présentation générale du système OHADA dont la structure unificatrice est un exemple pour beaucoup de régions du monde.

Me Marie Andrée NGWE, présidente du comité permanent d'arbitrage du GICAM, expose par la suite la pratique des arbitrages OHADA, selon le Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 modifié à Québec le 17 octobre 2008 et l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage du 11 mars 1999. Elle informe l'audience que l'arbitrage devant la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) dont le siège est à Abidjan est régi par les dispositions du Traité de Port-Louis et son règlement d'arbitrage. L'arbitrage dit « classique » ou « de droit commun » est régi par l'Acte uniforme pour les arbitrages *ad hoc* et par le règlement d'arbitrage des centres pour les arbitrages institutionnels qui se déroulent devant les centres qui existent dans chacun des pays de l'espace OHADA. Le règlement d'arbitrage des centres et l'Acte uniforme OHADA sont complémentaires pour la conduite des arbitrages institutionnels. L'activité de la CCJA et celle des autres centres institutionnels visent à répondre aux besoins variés des opérateurs économiques en matière de règlement des différends. Elle fait un parallèle entre l'arbitrage CCJA et l'arbitrage classique notamment en matière d'exequatur et de recours en annulation. Elle présente ensuite le CAG, centre d'arbitrage du GICAM, qui est un des centres d'arbitrage institutionnel de l'espace OHADA et informe l'assistance de quelques axes possibles pour la réforme envisagée de l'Acte uniforme.

Le Dr. KENFACK DOUAJNI (président de l'APAA, président de la 49e Commission de la CNUDCI), en raison de la réunion de la Commission à New York, n'a pas pu présenter « le règlement par voie d'arbitrage des litiges relatifs

aux investissements dans l'espace OHADA ». Son article sera publié avec les actes du colloque, ainsi que celui de Madame Sylvie BEBOHI, également empêchée.

Le professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA, clôt la matinée avec sa « Synthèse des positions malgaches relatives à l'OHADA ». Pour lui, il faut plutôt se poser la question suivante : est-ce que Madagascar doit adhérer à l'OHADA ? Selon lui, rejoignant Mr Raphaël JAKOBA, la législation malgache sur l'arbitrage est considérée comme complète. Cependant, il faut également adopter un point de vue non plus législatif, mais utilitariste et politique. Les obstacles face à l'arbitrage à Madagascar sont : la préférence du judiciaire et la mauvaise foi (constitution du tribunal, l'abus d'utilisation des mesures conservatoires, blocage de la procédure arbitrale). Il conseille donc d'essayer de corriger le réflexe malgache de toujours aller vers le judiciaire à chaque litige en montrant que l'arbitrage peut être attractif et que les institutions comme le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM) doivent former leurs propres « clientèles » (*cf.* la « Charte confiance » du CAMM).

Ces interventions ont suscité un vif débat au sujet d'une éventuelle intégration malgache à l'OHADA. D'une part, plusieurs participants estiment qu'il s'agit d'une opportunité permettant d'assainir la pratique malgache, de bénéficier de la doctrine et d'une communauté large de réflexions qu'apporte l'organisation, et d'attirer les investisseurs qui auraient ainsi un droit qui leur est familier. À l'inverse, d'autres participants avancent que ce n'est pas à travers l'adhésion qu'on devrait assainir le milieu judiciaire malgache et que l'intégration serait une atteinte à la souveraineté du pays qui s'allierait à d'autres pays qui seraient trop éloignés de Madagascar culturellement et géographiquement. Il en est néanmoins ressorti que l'adhésion à l'OHADA est un gage de sécurité juridique, d'accès à l'information et à la simplicité.

Le colloque s'est clôturé par un atelier sur l'avenir de l'arbitrage international dans la région. Présidé par M. Éric MAGAMOOTOO, membre fondateur du Centre de médiation et d'arbitrage de La Réunion, ancien président de la CCI Réunion, l'atelier a permis de chercher les voies de développement de l'arbitrage. Plusieurs pistes sont étudiées telles que la mise en commun des forces des centres d'arbitrage, notamment dans la Plateforme coopérative de règlement de litiges *Business Bridge OI*, passant par la création de listes communes, des formations communes, la conception commune de nouveaux outils, mais également le renforcement de la confiance des utilisateurs à l'endroit des centres locaux à travers un marketing plus affirmé.

Par la suite, M. Jaona RAVALOSON, directeur général délégué de l'Agence malgache de développement économique et de promotion des entreprises (AMDP), associé d'Arborescence capital (Paris), arbitre du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM), Représentant du Forum francophone des affaires (FFA), après avoir présenté ce regroupement du milieu d'affaires et réseau

d'entreprises francophones, a soumis la demande du conseil d'administration du FFA de création d'un centre international francophone de médiation et d'arbitrage.

Lors de la discussion qui s'en est suivie, la prolifération des centres d'arbitrage a été dénoncée comme contre-productive. Néanmoins, on ne peut que tenir compte des demandes des milieux d'affaires. Des participants ont suggéré, en complément, la mise en place d'un mécanisme francophone de certification des médiateurs et des arbitres sur la base d'une reconnaissance suite à l'acquisition d'un socle commun de formation.

En clôture, les rapporteurs ont partagé leurs notes de synthèse.

On attendait de ce colloque :

- une évolution de la connaissance et de la pratique de l'arbitrage à Madagascar ;

- une consolidation comparative des compétences des praticiens, un partage des bonnes pratiques.

On peut dire que ces objectifs ont été atteints. La communication autour du colloque et la publication prochaine des actes du Colloque, notamment par la Revue juridique de l'océan Indien (RJOI, association LexOi) permettent d'espérer d'une part, la sensibilisation des autres acteurs (secteur privé, pouvoir public, société civile) et, d'autre part, l'augmentation des recours aux règlements alternatifs des litiges.

Madame Noro ANDRIAMAMONJIARISON, présidente de la CCIA et du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM), a enfin honoré l'audience de son discours de clôture.

REVUE JURIDIQUE DE L'OCÉAN INDIEN
Numéro 24 – 2017

TABLE DES MATIERES

COLLOQUE

Colloque international sur l'arbitrage
Colloque organisé par le Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar en partenariat avec l'université catholique de Madagascar
(18, 19 et 20 octobre 2016, Antananarivo – Madagascar)

Avant-propos 1
Pr. Raymond RANJEVA, *Agrégé des facultés de droit, Ancien vice-président de la Cour internationale de justice (CIJ), Président de la Société africaine de droit international, Arbitre du CAMM*

Le rôle du juge judiciaire dans le développement de l'arbitrage : pratiques comparées russes, françaises et européennes en général 3
Antoine LEROSIER, *Avocat au barreau de Paris, Foley Hoag LLP*

Juge judiciaire, acteur de l'essor de l'arbitrage (cas français, malgache et mauricien).... 9
Lalaina CHUK HEN ~~SU~~, *Doctorant université Paris Ouest Nanterre, Membre de la rédaction de Lexxika*

Analyse comparative entre Maurice et Madagascar sur les spécificités liées à l'arbitrage international et à l'arbitrage institutionnel..... 19
Me Dipna GUNNOO, *Avocate, Conseillère, LCIA-MIAC Arbitration Centre, admise aux barreaux de Paris et de Maurice*

Suggestions pour promouvoir la place de l'arbitrage en Afrique. Madagascar et la Tunisie comme illustration 39
Walid BEN HAMIDA, *Maître de conférences à l'université d'Évry Val d'Essonne*

La déontologie de l'arbitre 49
Me Romain DUPEYRE, *Avocat aux barreaux de Paris et New York*

Arbitrage et éthique : causes du mal, évolution récente et pistes d'amélioration – Regards sur le monde et sur l'océan Indien..... 55
Me Fernande ANILHA, *Ancien Bâtonnier du barreau de Saint-Denis de La Réunion, Secrétaire générale du CMAR (La Réunion)*
Me Julien MAGAMOOTOO, *Avocat au barreau de Saint-Denis de La Réunion*

L'arbitrage et la lutte contre la corruption..... 65
Me Nicolas LIGNEUL, *Maître de conférences à la Faculté de droit de l'université Paris Est, Avocat au barreau de Paris, Praticien de l'arbitrage*

La Charte confiance du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM) . 75
Me Gérard RAMANGAHARIVONY, *Avocat, juriste du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM)*

L'État dans l'arbitrage d'investissement..... 81
Me Hery Frédéric RANJEVA, *Avocat au barreau de Paris, Avocat associé du cabinet Foley Hoag*

Arbitrage et sécurisation juridique des investissements. « L'arbitrage comme moyen de sécurisation des investissements à Madagascar » 89
M. Raphaël JAKOBA, *Manager associé du cabinet juridique MCI, ancien conseiller spécial à la CCI Paris, ancien secrétaire général du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM) – Enseignant en droit du commerce International et investissements internationaux à l'UCM, à l'IEP et au CEDS*

L'arbitrage de droit commun régi par l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage 99
Me Marie-Andrée NGWE, *Avocate, Médiatrice, arbitre, Présidente du comité permanent du CAG*

Le règlement par voie d'arbitrage des litiges relatifs aux investissements dans l'espace OHADA 109
Gaston KENFACK, *Président de la 49e Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international*

La pratique de l'arbitrage OHADA selon le règlement d'arbitrage CCJA 129
Sylvie BEBOHI EBONGO, *Docteure en droit, Chargée de recherches APAA*

Règlement alternatif des litiges commerciaux et économiques dans la zone francophone 137
Johary RAVALOSON, *Docteur en droit, secrétaire général du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar*

Rapport général 141
Johary RAVALOSON, *Docteur en droit – Secrétaire général du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar*
Lalaina CHUK HEN SHUN, *Doctorant en droit de l'arbitrage à l'université Paris-Ouest Nanterre*
ESM. Haja RAHARY, *Juriste stagiaire du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar (CAMM)*

Achevé d'imprimer en septembre 2017
Reprographie de l'université de La Réunion
Dépôt légal : décembre 2017
N° ISSN 1630-6910