



PREMIERS REGARDS COMPARATISTES SUR LE NOUVEAU DROIT OHADA EN MATIERE D'ARBITRAGE ET DE MEDIATION

Colloque des sections « Droit de l'OHADA » et « Droit de l'arbitrage » de la Société de législation comparée (jeudi 24 mai 2018)

Institut de droit comparé, Amphithéâtre 1^{er} étage

28 rue Saint-Guillaume, 75007 Paris

Professeur François-Xavier TRAIN, Synthèse des travaux, transcription enregistrement audio :

Bonsoir à tous,

Tout d'abord, je remercie infiniment Béatrice Castellane et Parfait Diédhiou de m'avoir invité à participer à cette manifestation, en remplacement il est vrai de Claire Debourg, qui est en Martinique et ne pouvait revenir à Paris. Je ne regrette pas, tout au contraire, d'avoir assisté à cette conférence qui a donné lieu à de riches interventions.

Ensuite, un *disclaimer* : je vais présenter un rapport de synthèse d'une forme totalement inédite, pour vous comme pour moi : en effet, je n'avais jamais fait, jusqu'à ce jour, de synthèse sans avoir eu le temps, précisément, de faire la synthèse de ce que j'ai entendu. Les derniers intervenants ayant cessé de parler il y a 5 minutes, il m'était difficile de tout reprendre, et c'est donc en direct que je vais tenter de réunir mes idées autour de quelques axes, en m'excusant par avance pour les oublis, redites et imprécisions éventuelles.

Après quelques mots d'introduction sur le contexte dans lequel interviennent ces trois nouveaux instruments, deux actes uniformes, un règlement d'arbitrage de la CCJA, j'aborderai les développements extrêmement riches qui ont été faits par les différents intervenants à travers deux prismes successifs. En essayant d'expliquer ou de montrer, c'est ce que j'ai perçu en vous écoutant, que l'arbitrage OHADA accède à une certaine maturité ; qu'il accède surtout à une certaine modernité, et même une modernité certaine. Il s'aligne sur les droits les plus efficaces du monde en matière d'arbitrage, et il a même tendance parfois à aller un peu plus loin, la question étant de savoir si en allant plus loin, il fait mieux ou moins bien. Sur ce point, mon avis sera partagé.

Quelques mots d'introduction

Il nous a été rappelé, d'une part, que le traité fondateur de 1993 mettait au cœur du système OHADA l'arbitrage en tant que mode principal ou privilégié de règlement des litiges en dehors des juridictions étatiques. Autrement dit, dès la genèse de l'OHADA, l'arbitrage était au cœur du dispositif. D'autre part, l'acte uniforme de 1999 avait déjà mis en place un système d'arbitrage extrêmement original, unique et relativement performant.

Originalité de l'arbitrage OHADA et consécration de la médiation

L'originalité du système OHADA peut être observé sous deux angles. D'une part, une caractéristique unique au monde doit être soulignée : l'arbitrage OHADA est le seul à connaître une forme

d'exequatur communautaire : une juridiction supranationale (la CCJA) donne aux sentences arbitrales un exequatur qui s'impose sur les territoires de 17 Etats Membres. Vous savez qu'en Europe, à l'occasion de la révision du règlement B1, certains Etats ont voulu faire « entrer » l'arbitrage dans le domaine du règlement, sans aller jusqu'à un exequatur communautaire, loin de là. Vous le savez, la France notamment, s'y est farouchement opposée, et on n'est pas près de parvenir à une telle solution en Europe. Est-ce un bien ou un mal ? En Europe, c'est un bien.

On nous a dit également que si l'arbitrage est au cœur du système de l'OHADA, la médiation était au cœur de la culture africaine. C'est Amandine qui nous l'a rappelé, la médiation est parfaitement en harmonie avec la culture africaine, avec les modes de résolution des conflits et de « régulation » des rapports sociaux en Afrique. Madame Vaugon nous a quant à elle révélé que des chefs togolais en boubou lui avaient appris la médiation et que l'on avait donc beaucoup à apprendre, sans doute plus que ce que l'on imagine, de nos collègues et praticiens africains.

Madame Vaugon nous a aussi expliqué que nous ne pourrions plus échapper encore longtemps à la vague de médiation. Elle vient des Etats-Unis et des pays anglo-saxons et se transformera bientôt en tsunami. Une preuve concrète ? Une jurisprudence a été évoquée, selon laquelle un avocat qui n'avait pas conseillé la médiation à son client avait vu sa responsabilité engagée. On voit bien que la médiation est en train de devenir un autre mode « normal » de résolution des litiges, jusqu'à devenir sans doute à l'avenir le mode prioritaire. Ici, l'OHADA s'aligne et s'inscrit parfaitement dans cette tendance.

Maturité du droit OHADA

Deux très brèves remarques pour commencer. D'une part, des études de faisabilité ont été faites pour l'Acte Uniforme de médiation, ce qui montre le soin apporté à cette nouvelle législation. D'autre part, la rédaction des deux actes est de très bonne qualité. Pour un professeur français, la lecture de l'acte sur l'arbitrage notamment est fluide et fort agréable car il y retrouve une bonne partie de la substance du droit français, et même certaines formules des dispositions issues du décret de 2011.

Sur le fond, cela permet à l'arbitrage OHADA de s'appuyer, en cas de besoin, sur le droit français et sa très riche jurisprudence.

Pourquoi parler de maturité du droit OHADA ? D'abord parce qu'ont été corrigées des imperfections antérieures. Par exemple, une unification a été réalisée entre le droit de l'acte OHADA et le droit de l'arbitrage CCJA, notamment en ce qui concerne le recours en annulation. Maître Fénéon nous a expliqué que désormais les chefs de contrôle étaient les mêmes ; il n'existe donc plus de dualité de régime, qui était difficilement explicable. Il reste cependant des différences. Maître Agbayissah nous l'a expliqué à propos notamment du fait que dans le cadre CCJA, la cour n'a pas de « délai de rigueur » (v. ci-dessous) pour se prononcer sur le recours en annulation, alors que dans le droit de l'Acte uniforme, les juridictions qui se prononceront sur le recours en annulation devront le faire dans un délai maximal. Cette même différence entre le système CCJA et celui de l'Acte uniforme se retrouve d'ailleurs à propos des actions en reconnaissance et exécution des sentences.

Un autre signe de maturité : les deux actes, celui sur la médiation et celui sur l'arbitrage, se répondent l'un à l'autre. Ainsi, l'article 8.1 de l'acte sur l'arbitrage prévoit l'hypothèse dans laquelle la clause d'arbitrage prévoit elle-même une phase préalable. On entend une phase de conciliation préalable. Il est indiqué toute une série de solutions et de mesures, qui sont tout à fait conformes à celles du droit français, qui permet donc de consacrer ce qui est très répandu aujourd'hui, c'est-à-dire les clauses progressives de résolution des litiges, clauses combinées : médiation d'abord et, en cas d'échec, arbitrage. L'article 8.1 de l'Acte uniforme consacre ainsi explicitement cette articulation entre les deux modes extrajudiciaires majeurs de résolution des litiges économiques. De la même façon, l'article 1 al 2 de l'Acte uniforme sur la Médiation renvoie à l'hypothèse dans laquelle un tribunal arbitral pourrait ordonner une médiation ou surseoir à statuer en attendant qu'une médiation se poursuive. Ces

dispositions figurant dans les deux actes montrent l'intelligence et l'à propos du législateur OHADA qui réalise ainsi l'articulation des deux modes de résolutions des litiges extrajudiciaires principaux, qui, s'ils sont nettement différents en termes juridiques, ne s'en côtoient pas moins quotidiennement dans la pratique, les acteurs étant en outre, pour l'essentiel, les mêmes : entreprises, conseils, arbitres ou médiateurs.

Cette maturité n'est toutefois peut-être pas encore tout à fait accomplie. Le droit OHADA est un droit très jeune et des progrès restent certainement à faire, au stade de son implémentation. Notamment, un problème a été soulevé, qui a l'air assez important, me semble-t-il, en pratique, à savoir la question de la juridiction compétente dans un arbitrage fondé sur l'acte uniforme, un arbitrage ad hoc ou institutionnel non CCJA. Quel est le tribunal compétent ? Le TGI ? La cour ? Va-t-on pouvoir le déterminer ? Le législateur OHADA aurait pu s'inspirer des méthodes pratiquées en droit de l'Union européenne, à chaque fois qu'un règlement intervient. Les Etats sont invités à désigner explicitement et précisément quelle est la juridiction visée par le règlement européen.

A cet égard, un dernier point peut être évoqué. Cela peut paraître anecdotique mais en réalité, c'est important. Les chercheurs (universitaires notamment) sont expressément autorisés par l'Acte sur l'arbitrage à faire des recherches dans les sentences arbitrales. Je trouve que c'est une excellente disposition. L'analyse et la publication de sentences (anonymisées) participent à la diffusion de la culture de l'arbitrage, ce qui est essentiel car pour faire accepter l'arbitrage il faut le faire connaître, et pour cela, rien de tel que la diffusion des sentences arbitrales.

Modernité du droit OHADA

Le désir de modernité du droit OHADA, que ce soit pour la médiation ou l'arbitrage, est palpable : le droit OHADA souhaite s'aligner sur le plus haut standard international. On nous l'a montré pour les règlements d'arbitrage. Ainsi, Maître Fischer a expliqué que le règlement CCJA adoptait les 16 corner stones d'une procédure arbitrale moderne, habituelle, pratiquée à la CCI ou dans d'autres institutions, en Europe et dans le monde, cet alignement des pratiques favorisant aussi la diffusion de l'arbitrage dans l'espace OHADA, ainsi que la réception des arbitrages qui se déroulent dans l'espace OHADA en dehors de l'OHADA.

Maître Fénéon nous a également montré une tendance à l'alignement, en matière de recours en annulation, sur le droit français notamment ou d'autres droits modernes.

En matière d'innovation, la palme revient sans doute aux dispositions de l'acte OHADA sur l'arbitrage instaurant des délais préfixes afin de contraindre les juridictions chargées du contrôle des sentences à se prononcer le plus rapidement possible. C'est extrêmement original. Cela me paraît même un petit peu trop original. Je m'explique. Il faut distinguer deux cas. Je comprends de quoi il s'agit et l'intérêt que le dispositif peut présenter quand on reprend l'affaire, au terme du délai préfixe, à la juridiction qui ne l'a pas traitée, pour la confier à la CCJA ; on peut comprendre l'idée - faire pression sur la juridiction saisie et favoriser ainsi la rapidité du processus - et cela peut avoir en outre une vertu unificatrice de la jurisprudence, grâce à l'intervention subsidiaire de la CCJA. En revanche, le délai préfixe au terme duquel l'exequatur est accordé automatiquement est, quant à lui, beaucoup plus surprenant. Cela m'a rappelé quelque chose que j'ai bien connu lorsque j'étais vice-président du conseil d'administration de mon université à Nanterre, parce que j'ai été confronté, à ce moment-là, à la mise en place dans notre université du SVA. Le SVA, « silence vaut acceptation », s'impose désormais pratiquement à toutes les administrations françaises et les obligent à répondre à toute demande d'un usager dans un délai de trois mois, faute de quoi la demande est réputée acceptée (la solution était inverse auparavant). Potentiellement, à Nanterre, nous devons ainsi être préparés à répondre, le cas échéant, à chacun de nos 33.000 étudiants, sans compter les autres qui veulent intégrer Nanterre, en trois mois... Ici, dans le droit OHADA de l'arbitrage, le SVA signifie que le silence de la

juridiction au terme du délai pour se prononcer sur la demande d'exequatur vaut exequatur ! Du jamais vu!

Je suis assez d'accord avec M. Agbayissah, sur ce point : je pense que cette disposition va un petit peu trop loin, d'autant qu'il n'y a pas de recours contre cette non-décision valant exequatur. Il existe donc un risque de déni de justice.

Merci beaucoup à nouveau pour m'avoir invité à participer à cette conférence et pour votre attention, nécessaire pour suivre cette synthèse un peu désordonnée.