

Les avantages comparatifs des Règlements d'arbitrage CIRDI-CNUDCI-CCJA

*Sylvie Bebohi**

A. Introduction

L'arbitrage occupe une place centrale dans la régulation des échanges internationaux. En effet, en l'absence d'une juridiction internationale de droit privé, il est devenu «la seule méthode réaliste de résolution des litiges commerciaux internationaux».¹

L'essor de l'arbitrage s'accompagne ainsi de l'adoption de Conventions multilatérales, d'autres textes juridiques et règlements d'arbitrage, modernes pour la plupart, ayant pour objectif de faire face aux situations nouvelles qu'engendre la mondialisation de l'économie. Cet essor est davantage ressenti plus dans le domaine des investissements notamment avec le développement des Traités Bilatéraux d'Investissement.

L'arbitrage d'investissement connaissant une évolution importante depuis une dizaine d'années. Il nous a semblé intéressant de procéder à une brève étude comparée de trois règlements d'arbitrage souvent choisis par les parties ou susceptibles de l'être dans les litiges relatifs aux investissements, malgré leurs différences apparentes tenant essentiellement à leurs sources respectives. Il s'agit des règlements d'arbitrage du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA (CCJA).²

L'ordre de mention ci-dessus retenu résulte de l'ancienneté des règlements d'arbitrage ou mieux de la date de leur adoption. Par ailleurs, l'expression «règlement d'arbitrage» doit être entendue dans une acception matérielle et non formelle. Cette expression s'entend de tout ensemble de prescriptions qui, quelle que soit leur source et leur force, ont pour but d'organiser un mécanisme

* Doctorante en droit Privé - Université de Picardie Jules Verne (Amiens- France).

1 R. Briner, 'L'avenir de l'arbitrage: note introductive, dans arbitrage: un regard pour la décennie', cité par A. Rusca, 'l'arbitrage, une stimulation à l'investissement', 7 *Revue Camerounaise de l'Arbitrage* 1999.

2 L'OHADA est l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, qui a été créée par le Traité signé à Port Louis (Ile Maurice) le 17 Octobre 1993 par les Etats d'Afrique subsaharienne membres de la zone franc, désireux de promouvoir le développement de leurs territoires respectifs à travers la sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques qui y ont cours. Ce Traité de Port - Louis a été modifié à Québec (Canada) le 17 Octobre 2008.

cohérent de règlement arbitral, qui couvrira tous les aspects de l'instance, depuis la constitution du tribunal arbitral jusqu'au prononcé de la sentence.³

Lorsque les parties, Etats ou investisseurs privés, s'engagent dans la signature de leurs contrats, elles sont appelées à choisir entre ces différents mécanismes de règlements de différends ou d'autres. Se pose alors la question de savoir quels éléments militent en faveur de l'option pour l'un ou l'autre règlement?

Un passage en revue des trois règlements d'arbitrage mentionnés plus haut laisse apparaître que celui du CIRDI, est le premier usité en la matière. En effet, son objet spécifique est le règlement des différends relatifs aux investissements opposant des Etats contractants à des ressortissants d'autres Etats contractants suivant la Convention qui l'a institué.⁴ Il tient sa source de la Convention multilatérale qui porte le même nom. Celle-ci a été conclue le 18 mars 1965 et est entrée en vigueur le 14 mars 1966. Le Règlement d'arbitrage du CIRDI, amendé en Avril 2006 complète et précise les dispositions de la Convention sus citée.

S'agissant du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, il y a lieu de rappeler que la CNUDCI est un organisme du système des Nations Unies, chargé du développement du droit du commerce international. Dans le cadre de la facilitation des échanges commerciaux internationaux, la CNUDCI a élaboré plusieurs instruments juridiques.⁵

En matière d'arbitrage, elle a en 1976, élaboré un premier règlement d'arbitrage qu'elle vient de réviser. Cette version est entrée en vigueur en août 2010. C'est à cette version révisée que nous ferons référence dans la présente étude. Cette révision du règlement de la CNUDCI, lancée par la Commission en 2006, était fortement souhaitée trente ans après l'adoption du premier texte. Le nouveau règlement est texte de quarante trois (43) Arts., qui prend en compte la possibilité des arbitrages multipartites, renforce le rôle de l'autorité de nomination et de désignation dans ses fonctions d'assistance du déroulement de la procédure d'arbitrage. En outre, il augmente les garanties procédurales et dévoile le souci d'une rationalisation du temps et des coûts de l'arbitrage. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI a pour objet le règlement des litiges au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel.⁶ Les règles de la CNUDCI sont parmi les plus utilisées en matière d'arbitrage Etats/investisseurs, du fait notamment de la prolifération des Traités Bilatéraux d'investissement qui insèrent dans leur clause de règlement des différends les règles relatives à l'arbitrage CNUDCI.

Concernant le règlement d'arbitrage CCJA, il a pour objet les différends d'ordre contractuel.⁷ Cependant, son adoption s'est faite dans le contexte d'un

3 P. Julliard, 'L'arbitrage forcé (Arbitration Without Privity)', *Choix d'un règlement d'arbitrage* 2008, p. 14 et seq.

4 Art. 1(2) de la Convention du CIRDI.

5 On peut mentionner de manière non exhaustive la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980), la loi type sur l'arbitrage commercial international (1985), la loi type sur l'insolvabilité internationale (1997) etc.

6 Art. 1 règlement d'arbitrage CNUDCI.

7 Art. 2.1 règlement d'arbitrage de la CCJA.

ensemble d'autres textes ayant pour optique de promouvoir les investissements à travers la sécurisation des activités économiques dans les Etats parties à l'OHADA.⁸

De fait, face à l'insécurité juridique et judiciaire qui empêchait le développement des investissements dans les pays africains de la zone franc⁹, ces derniers ont décidé d'harmoniser leur droit des affaires, dans le but d'améliorer leur environnement juridique et judiciaire. En effet, la survie économique de ces Etats exigeait dans les délais les plus brefs d'importants investissements étrangers tant locaux qu'étrangers. Afin de pourvoir à la sécurité juridique et judiciaire qui faisait défaut pour attirer lesdits investissements, ils ont, entre autres, adopté l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels en instituant un système d'arbitrage novateur. Ce système, déjà annoncé dans le texte même du Traité de l'OHADA (Titre IV), a été repris dans le détail par le règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, adopté en même temps, du reste, que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, qui régit l'arbitrage de droit commun dans les Etats parties de l'OHADA.

Il apparaît que comme les Règlements du CIRDI et de la CNUDCI, le Règlement d'arbitrage CCJA peut être utilisé en matière d'arbitrage des investissements entre Etats et investisseurs, d'autant que l'Article 21 du Traité OHADA et l'Article 2 du Règlement d'arbitrage CCJA énoncent que toute partie à un contrat peut recourir au système d'arbitrage CCJA. Du reste l'Acte uniforme sur l'arbitrage adopté le même jour que ce Règlement d'arbitrage CCJA le complète utilement en autorisant les Etats et les collectivités publiques de l'espace OHADA à compromettre¹⁰.

Notre communication se propose donc de faire ressortir quelques caractéristiques principales de ces règlements. L'objectif n'est pas de démontrer la supériorité de certains règlements sur d'autres, chaque règlement apportant, à sa manière, un plus dans le système général de règlement des litiges commerciaux et plus spécifiquement dans le cadre des arbitrages internationaux et de ceux relatifs aux investissements. Il s'agit plutôt de tenter de mettre en exergue leurs avantages comparatifs, afin de contribuer modestement à guider le choix des potentiels utilisateurs de l'un ou de l'autre de ces différents systèmes d'arbitrage.

Il apparaît ainsi que les trois règlements sus cités présentent des caractéristiques communes (B) et se distinguent néanmoins par des spécificités qui leur sont propres (C).

8 Les Etats parties à l'OHADA sont Benin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Conakry, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo.

9 La zone franc regroupe 14 Etats d'Afrique subsaharienne (en Afrique de l'ouest: Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Mali, Niger, Sénégal et Togo; en Afrique Centrale: Cameroun, Centrafrique, Congo, Gabon, Guinée Equatoriale, Tchad) les Comores et la France. Ces pays ont une monnaie commune: le franc CFA. Le Ministère des Finances français assiste assidûment aux réunions qui ont lieu alternativement en France et dans ces pays.

10 Art. 2(2) de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

B. Les caractéristiques communes aux trois règlements d'arbitrage

Les règlements d'arbitrage CIRDI, CNUDCI, CCJA ont des traits communs, bien qu'a priori différents. En effet, au fond ils portent quelques principes essentiels de l'arbitrage commercial international (B), et sur la forme, garantissent le respect des principes fondamentaux de la procédure arbitrale (C).

I. Traduction des principes essentiels de l'arbitrage international

De manière classique, le droit de l'arbitrage repose sur des principes essentiels. D'une part, l'on peut relever que les notions de volonté et de liberté sont au cœur de la matière. La volonté des parties se traduit par la liberté qu'elles ont de préférer aux juridictions étatiques une forme privée de règlement de différends, de choisir leur juge, d'opter pour la procédure la plus appropriée, de déterminer les règles de droit applicables au différend... Il faut ensuite relever la liberté des arbitres, dans le silence des parties, de se prononcer sur leur compétence, de fixer le déroulement de la procédure, de choisir les normes applicables au fond du litige.¹¹

D'autre part, la notion d'autonomie caractérise la matière. Autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal ou par rapport à toute loi étatique. Ces notions de volonté et d'autonomie apparaissent ainsi dans les trois règlements. Nous présenterons quelques aspects de cette volonté des parties dans la conduite de la procédure arbitrale (1) et de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal dans les dispositions des trois règlements sus mentionnés (2).

1. Expression de la volonté dans la conduite de la procédure arbitrale

Les trois règlements consacrent la volonté des parties et à défaut celle des arbitres dans la conduite de la procédure arbitrale.

S'agissant des parties, l'expression de leur volonté se manifeste par la liberté qui est la leur dans la constitution de leur tribunal arbitral. A cet égard, le Règlement d'arbitrage CIRDI, dispose que «dès notification de l'enregistrement de la requête d'arbitrage, les parties procèdent, avec toute la diligence possible à la constitution du Tribunal arbitral [...]» (Art. 1(1)).

Le Centre ne propose une procédure que si les parties n'ont pas pu s'entendre dans cet exercice comme le mentionne l'Article 2(1) dudit règlement.

Cette faculté laissée aux parties de constituer leur tribunal arbitral est également prévue par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, dans sa version révisée de 2010. En effet, l'Article 3(3) g dudit texte mentionne que la notification d'arbitrage doit contenir une proposition quant au nombre des arbitres, à la langue et au lieu d'arbitrage.

On retrouve cette liberté de choix également dans le Règlement d'arbitrage CCJA, l'Article 3 énonçant que les parties peuvent convenir du nombre d'arbitres nécessaire pour trancher leur litige.

11 P. Fouchard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Académie de droit international de la Haye, 2008, p. 18.

Par ailleurs, on constate que dans ces règlements, il est laissé aux parties la liberté de conférer à leur tribunal arbitral des attributs spécifiques comme celui de statuer en amiable compositeur. Il n'est pas inutile de rappeler à cet effet qu'un tribunal arbitral ne peut statuer en amiable compositeur que si les parties en ont décidé ainsi. On retrouve ainsi cette possibilité laissée aux parties dans les dispositions suivantes des trois règlements:

- CIRDI: Article 42(3) de la Convention CIRDI¹² «les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer ex aequo et bono».
- CNUDCI: Article 35(2) «le tribunal arbitral ne statue en qualité d'amiable compositeur ou ex aequo et bono que s'il y a été expressément autorisé par les parties».
- CCJA: Article 17(3) «l'arbitre reçoit les pouvoirs d'amiable compositeur si les parties ont donné leur accord sur ce point dans la convention d'arbitrage ou postérieurement».

Un aspect important de l'expression de la volonté perceptible dans ces trois règlements, concerne la détermination du droit applicable au fond du litige. A cet effet, les trois règlements disposent que les parties sont libres de choisir le droit applicable à leur différend.

Toutefois, le tribunal arbitral est appelé à jouer un rôle important dans ce cadre lorsque les parties n'arrivent pas à se décider ou sont hésitantes, avec des divergences quant à la méthode de détermination des règles applicables. C'est ainsi qu'il est mentionné:

- Pour le CIRDI: Article 42(1) de la Convention de Washington «le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend y compris les règles relatives aux conflits de lois ainsi que les principes du droit international en la matière».
- Pour la CNUDCI: Article 35(1) «le tribunal applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige. A défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi qu'il juge appropriée».

Cette disposition du règlement de la CNUDCI est novatrice par rapport à l'ancien règlement qui disposait que «le tribunal arbitral appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il juge applicable en l'espèce». Elle avait été critiquée aux motifs que le recours à la règle de conflit paraît rétrograde.¹³ La nouvelle disposition du règlement d'arbitrage de la CNUDCI relative à la détermination des règles applicables au fond du litige, semble avoir pris en compte ces critiques. En effet,

12 L'évocation de la Convention CIRDI de 1965 ne doit pas paraître surprenante. Ladite Convention complète le Règlement d'arbitrage CIRDI sur certains points.

13 R. Ziadé, 'Comparaison entre trois règlements principaux d'arbitrage: CIRDI, CNUDCI et CCI', 6 *Revue Droit & Affaires* 2008, p. 26 (ci-après: 'Comparaison').

en stipulant que le tribunal applique la *loi qu'il juge appropriée*, elle consacre la méthode de choix par «voie directe», qui devrait conduire à l'application des principes généraux de droit ou à la *lex mercatoria*.

- Pour la CCJA: Article 17 «les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige. A défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce».

La critique formulée à l'égard de l'ancien règlement de la CNUDCI sur l'utilisation de la méthode de la règle de conflit pour déterminer la loi applicable au fond du litige a été formulée à l'encontre du Règlement CCJA.¹⁴ En effet, contrairement à l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage qui a consacré la méthode par voie directe pour la détermination du droit applicable au fond du litige (Art. 15), le Règlement d'arbitrage CCJA est revenu sur la méthode de la règle de conflit. Néanmoins, l'utilisation de la règle de conflit ne prive pas le juge de tenir compte des stipulations du contrat et des usages du commerce, Article 17(2) Règlement d'arbitrage CCJA.

Cependant, ce qu'il faut essentiellement retenir c'est le caractère libéral de ces trois règlements qui se manifeste par la liberté laissée aux parties. En effet, si pour le règlement d'arbitrage de la CNUDCI ce libéralisme n'est pas surprenant, étant donné que ledit règlement fixe essentiellement les règles de l'arbitrage ad hoc, dont la distinction essentielle avec l'arbitrage institutionnel est qu'il est celui où la liberté des parties s'exprime le plus, on ne peut que saluer l'expression de cette liberté régissant également les règlements d'arbitrage CIRDI et CCJA qui comportent des règles caractérisant chacun un système d'arbitrage institutionnel. Du fait de la consécration du rôle important de la volonté tant des parties que des arbitres qui se manifeste par leur liberté dans la conduite de la procédure arbitrale, les trois règlements sous examinés sont conformes aux tendances contemporaines qui consacrent ainsi l'autonomie de l'arbitrage.

2. *Principe d'autonomie de la Convention d'arbitrage et de compétence-compétence*

Les deux principes ci-dessus mentionnés constituent des principes fondamentaux du droit de l'arbitrage. En effet, le principe de compétence-compétence est le complément nécessaire de l'autonomie de la convention d'arbitrage.

Le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal¹⁵ a été consacré pour la première fois par la Cour de Cassation dans l'arrêt GOSSET du 7 mars 1963, à l'occasion d'un litige relatif à l'exécution

14 P. Meyer, 'Commentaire sous Art. 17 du Règlement d'arbitrage de la CCJA', in *Traité et actes uniformes commentés et annotés, juriscope* 2008, p. 179.

15 Il faut rappeler qu'à côté du principe de l'autonomie de la Convention d'arbitrage par rapport au contrat principal, existe également celui de l'autonomie de la Convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique, qui a été consacré de manière claire pour la première fois par l'arrêt Dalico. Nous nous limiterons ici à l'autonomie par rapport au contrat principal.

d'un contrat international.¹⁶ Depuis cet arrêt, il a été reconnu que le sort de la Convention d'arbitrage ne suit pas nécessairement celui du contrat principal; ce qui a fait dire à certains auteurs que la convention d'arbitrage est un contrat dans un contrat.¹⁷

Le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage est contenu tant dans le règlement d'arbitrage CCJA (Art. 10.4), que dans le système d'arbitrage du CIRDI. Bien que la mention ne soit pas expresse dans le Règlement CIRDI, on ne devrait pas remettre en cause l'application du principe dans la pratique arbitrale de cette institution. Par ailleurs, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI associe le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage avec le principe de compétence-compétence. C'est ainsi qu'il résulte de l'Article 23(1) dudit règlement que «le tribunal peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire».

Le principe de compétence-compétence est pris en compte par la CIRDI à l'Article 41 de la Convention de 1965. Quant au règlement CCJA, il consacre ce principe en son Article 21(2).

Les trois règlements d'arbitrage examinés comportent des principes conformes aux tendances modernes de l'arbitrage international. Cette conformité s'exprime également sur le plan procédural, par la garantie des principes fondamentaux de la procédure arbitrale.

II. Garantie des principes fondamentaux de la procédure arbitrale

Parmi les règles impératives en matière d'arbitrage, on évoque généralement le principe du contradictoire et d'égalité des parties (1), ainsi que celui relatif à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres (2).

1. Principe du contradictoire et d'égalité des parties

Les principes du contradictoire et d'égalité des parties sont connus comme des principes relatifs aux droits de la défense. Tout procès, qu'il soit arbitral ou étatique, doit se faire dans le strict respect des droits de la défense. L'application du principe du contradictoire donne la possibilité à chacune des parties, au cours du procès de faire valoir ses arguments et moyens de défense.

Les échanges de mémoires dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI illustrent dans ce règlement l'application du principe du contradictoire (voir Arts. 20, 21, 22 dudit règlement). L'instruction de la cause dans l'arbitrage CCJA est caractérisée par la nécessité pour les arbitres de respecter le principe contradictoire (voir en ce sens article 19 du Règlement d'arbitrage CCJA).

16 J.C.P. 1963, II, 13405, note B. Goldman; note J. Robert, *Recueil Dalloz* 1963, p. 545; cité par G. Kenfack Douajni in 'l'arbitrage OHADA', travaux en vue de l'obtention de l'Habilitation à Diriger les Recherches (HDR), Université de Pau, 2009, p. 21.

17 H. Motulsky, *Ecrits et notes sur l'arbitrage*, Paris, 2010, p. 346 et seq.

L'exigence du traitement des parties sur un même pied d'égalité transparait clairement à l'Article 17 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui précise «[...] le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur le même pied d'égalité et qu'à un stade approprié de la procédure, chacune d'elles ait une possibilité adéquate de faire valoir ses droits et de proposer ses moyens [...]».

2. *Indépendance et/ou impartialité des arbitres*

De manière générale, les différents règlements ci-dessus font de l'indépendance et/ou de l'impartialité des arbitres une exigence fondamentale, pour la garantie d'un procès équitable auquel les parties ont légitimement droit. L'Article 6 du Règlement d'arbitrage du CIRDI a ainsi prévu une déclaration solennelle d'indépendance et d'impartialité à laquelle tout arbitre doit se conformer. Le défaut de signature de ladite déclaration par un arbitre est considéré comme un acte de démission de la part dudit arbitre.

Le nouveau Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est également dans ce sens. En effet, l'Article 11 exige des arbitres qu'ils signalent toutes circonstances de nature à soulever des doutes sur leur impartialité et leur indépendance. La déclaration peut se faire tant au début qu'au cours de la procédure arbitrale. A cet égard, le nouveau Règlement de la CNUDCI comporte un modèle de déclaration d'indépendance que les arbitres sont invités à signer avant leur nomination.

Quant au Règlement d'arbitrage de la CCJA, il n'aborde que l'aspect de l'indépendance des arbitres, qui doivent signaler par écrit au Secrétaire Général des faits ou circonstances qui pourraient être de nature à remettre en cause leur indépendance dans l'esprit des parties (Art. 4.1). Le fait pour ce règlement d'arbitrage de ne parler que d'indépendance a été considéré comme un manquement par rapport à l'acte uniforme relatif à l'arbitrage qui mentionne les deux aspects¹⁸ à l'indépendance et l'impartialité. Néanmoins, il semble judicieux de relativiser l'affirmation selon laquelle ce défaut de mention dans le Règlement d'arbitrage CCJA est une omission dirimante étant entendu que ledit règlement est complété sur certains points par l'acte uniforme qui tient lieu de loi relative dans l'espace OHADA. Vu sous cet angle, l'on admet donc que l'impartialité qui est la qualité de juger de manière équitable, est attendue des arbitres désignés ou confirmés par la CCJA dans les arbitrages conduits sous son égide.

De ce qui précède, on constate que les trois règlements ont été élaborés en tenant compte des règles matérielles et procédurales du droit international de l'arbitrage. La souplesse et la flexibilité caractérisent ces textes, malgré la prégnance des institutions arbitrales, notamment pour ce qui est des règlements CIRDI et CCJA, qui jouent simplement un rôle d'encadrement.

Le nouveau règlement de la CNUDCI quant à lui a été amélioré sur bien des points en vue d'une plus grande efficacité. Les parties, dans l'éventualité d'un choix, devront se décider en considération d'un certain nombre de facteurs: la nature du différend, son importance, la région dans laquelle ils se trouvent etc. *In*

18 P. Meyer, 'Commentaire sous l'Art. 4 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, OHADA, Traités et actes uniformes commentés et annotés', *juriscope* 2008, p. 168.

fine, les spécificités contenues dans les trois règlements peuvent être déterminantes pour guider le choix des parties.

C. Les spécificités propres aux trois règlements

Loin de prétendre à l'exhaustivité, nous avons choisi de faire ressortir les spécificités des trois règlements ci-dessus mentionnés au plan de l'encadrement de la procédure arbitrale (I) et de l'efficacité de la sentence (II).

I. L'encadrement de la procédure arbitrale

Le soin laissé aux parties d'organiser librement la procédure arbitrale n'écarte pas pour autant l'encadrement que peut leur apporter l'institution arbitrale. Si cette faculté ne surprend pas en ce qui concerne le CIRDI et la CCJA qui sont des Institutions d'arbitrage, elle apparaît quelque peu innovante dans le règlement d'arbitrage de la CNUDCI régissant en principe les arbitrages ad hoc, lesquels se déroulent normalement sans l'intervention d'une institution d'arbitrage. Nous avons fait le choix de présenter quelques traits de cet encadrement dans l'organisation de la procédure arbitrale (1) et relativement à la perception de la notion de confidentialité (2).

1. L'organisation de la procédure arbitrale

Les mesures visant à faciliter le déroulement de la procédure arbitrale varient d'un règlement à un autre.

Dans le cas du règlement CIRDI, il a été institué une conférence préliminaire dont le point de départ semble se situer avant l'ouverture des débats (Art. 21 Règlement CIRDI).

Cette conférence, qui peut être organisée à la requête soit du Secrétaire Général, soit des parties, a pour but de bien fixer le cadre général de la procédure. En effet, l'échange d'informations et l'admission des faits dont l'existence n'est pas contestée permet à toutes les parties d'être fixées sur les points litigieux. L'organisation d'une telle conférence évite les pertes de temps pendant la conduite des débats. Par ailleurs, elle peut aboutir à un règlement amiable du litige entre les parties.

Le nouveau règlement de la CNUDCI, quant à lui, est marqué par le renforcement du rôle de l'autorité de nomination et de désignation qui ne semble plus se limiter seulement à la nomination ou à la récusation des arbitres; mais au bon encadrement de la procédure arbitrage en général. C'est ainsi par exemple qu'en cas de non accomplissement d'une de ses missions, elle peut être remplacée sur la demande d'une des parties (Art. 6(4) règlement nouveau CNUDCI). Ce règlement traduit la volonté de mieux encadrer l'arbitrage ad hoc, (Art. 6(5)) dont l'une des principales limites est le blocage qui peut résulter du fait que les parties n'arrivent pas à s'entendre sur une question donnée en cours d'arbitrage.

L'organisation de la procédure arbitrale sous l'égide de la CCJA est dominée par le procès verbal constatant l'objet du litige et fixant le déroulement de la procédure arbitrale. Ce document est souvent apparenté à l'acte de mission de la

CCI, dont le règlement de 1988 a largement servi de modèle pour l'élaboration du Règlement d'arbitrage CCJA. L'utilité de ce procès-verbal comme de l'acte de mission dans l'arbitrage CCI consiste à donner aux parties la possibilité de mieux préciser leurs volontés.

Cependant le procès-verbal dans l'arbitrage CCJA se distingue de l'acte de mission de la CCI en ce qu'il doit être obligatoirement établi en présence des parties. L'Article 15 du règlement CCJA fait, en effet, obligation à l'arbitre de convoquer les parties ou leurs conseils à la réunion au cours de laquelle ledit procès-verbal sera rédigé. Or, l'acte de mission CCI peut être établi sur pièces ou en présence des parties.

Les autres atouts majeurs du procès-verbal de la CCJA tiennent en ce qu'il fixe clairement le calendrier de la procédure, oblige les arbitres à procéder à une énumération des demandes résultant des mémoires des parties, ce qui en définitive n'est rien d'autre que l'obligation d'énoncer les points litigieux¹⁹. Cette énumération des points litigieux, désormais facultative dans l'arbitrage CCI, peut être utile dans la mesure où elle permet aux uns et autres de mieux cerner le litige, de préciser la volonté des parties et de fixer leurs positions respectives. Cet exercice peut même dans certains cas conduire à un règlement amiable du litige.²⁰

Par ailleurs, on note enfin, s'agissant des délais, que le procès-verbal doit être établi dans les soixante jours au plus tard, à compter de la réception du dossier par l'arbitre. Ce dernier rédige et signe la sentence dans les quatre vingt dix jours au plus qui suivent la fin des débats, selon l'Article 15.4 du règlement d'arbitrage CCJA. Ce délai peut être prorogé par la Cour à la demande de l'arbitre si celui n'est pas en mesure de le respecter²¹.

Ces différents délais ainsi que l'obligation faite à l'arbitre, selon l'Article 15.1(d) de préciser les dates de remise des mémoires respectifs jugés nécessaires ainsi que la date de l'audience à l'issue de laquelle les débats seront déclarés clos, visent à prévenir les lenteurs procédurales injustifiées et généralement préjudiciables aux parties²².

De manière générale, on peut voir dans l'aménagement de ce procès-verbal, la volonté de mieux organiser l'arbitrage en vue de son meilleur déroulement.

2. La perception de la notion de confidentialité dans les différents règlements

La confidentialité est l'une des raisons essentielles qui pousse les parties à recourir à l'arbitrage parce qu'elles espèrent préserver le secret de leurs affaires. En effet, la confidentialité de l'arbitrage est avant tout constituée par le caractère privé des débats, c'est-à-dire le droit absolu des parties d'exclure tout étranger à la procédure.²³ Cependant, l'équation caractère privé de l'arbitrage – confidentialité

19 Sur l'ensemble de la question voir G. Kenfack Douajni, 'L'arbitrage CCJA', *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, No. 6, 1999, p. 3 et seq.

20 G. Kenfack Douajni & C. Ihmoos, 'Le règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage', *Revue de droit des Affaires Internationales*, No. 7, 1999, p. 11, disponible à <www.ohada.com> (ci-après: 'Règlement d'Arbitrage').

21 *Id.*, p. 11.

22 G. Kenfack Douajni & C. Ihmoos, *Règlement d'Arbitrage*, supra note 20, p. 11.

23 P. Cavallieros, 'La confidentialité de l'arbitrage', *Les Cahiers de l'Arbitrage* 2006, p. 56.

n'est pas toujours évidente. Si elle n'est pas contestée s'agissant de la procédure, elle divise la jurisprudence tant en ce qui concerne les pièces et documents échangés au cours de l'arbitrage, que pour les sentences arbitrales.

La question de la confidentialité prend une dimension particulière en matière d'arbitrage d'investissement, où l'implication des entités étatiques a fait introduire une notion de transparence, conduisant à la restriction des règles de confidentialité.

L'arbitrage CIRDI du fait de sa spécificité, notamment son caractère transnational, est l'un des systèmes ayant très tôt introduit une souplesse par rapport aux règles de confidentialité. Cette souplesse se manifeste d'ores et déjà à la lecture de l'Article 32.2 du règlement d'arbitrage CIRDI, où l'on autorise des personnes autres que les parties à assister aux audiences ou à les observer. Le même esprit de souplesse se poursuit avec la possibilité ouverte par l'Article 48(4) du Règlement d'arbitrage CIRDI de publier la sentence avec le consentement des parties. A défaut d'un tel consentement, ou dans l'attente dudit consentement, le centre publie des extraits du raisonnement juridique adopté par les parties.

La publication des décisions du CIRDI a été considérée, à juste titre, comme permettant de constituer un corpus de règles jurisprudentielles qui permet aux investisseurs et aux Etats d'être mieux éclairés sur l'interprétation des traités relatifs aux investissements par les tribunaux arbitraux. Elle est aussi considérée comme une forme de transparence dans la mesure où cet arbitrage met en œuvre directement la responsabilité des Etats.²⁴

Dans la mesure où les règles d'arbitrage de la CNUDCI sont nettement utilisées dans les arbitrages d'investissement, la transparence de la procédure a été au cœur de la réflexion lors des travaux de révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Cette réflexion a abouti à l'écriture d'une nouvelle disposition relative à cet esprit de transparence, quoique plus restrictive que dans le cadre du CIRDI du fait qu'elle se limite à la seule divulgation de la sentence. Il s'agit de l'Article 34(5) du nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui dispose: «la sentence peut être rendue publique avec le consentement de toutes les parties ou lorsque sa divulgation est requise d'une partie en raison d'une obligation légale, afin de préserver un droit ou en rapport avec une procédure judiciaire devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente». La publication de la sentence reste possible comme dans l'ancien sous réserve de l'accord des parties. Toutefois, le nouveau texte ajoute également la possibilité de divulgation de la sentence en raison d'une obligation légale... ou judiciaire.

Dans le Règlement d'arbitrage de la CCJA, l'Article 14 stipule que la procédure arbitrale est confidentielle... la confidentialité s'étend dans les mêmes conditions aux sentences arbitrales.

Contrairement au Règlement d'arbitrage du CIRDI, et dans une moindre mesure à celui de la CNUDCI, le Règlement d'arbitrage de la CCJA a un champ d'application plus large, en ce qu'il peut servir tant pour les arbitrages purement commerciaux, qu'en matière de contrats d'investissements. Le caractère strict des règles relatives à la confidentialité se justifie de ce fait. Néanmoins, le fait que le

24 R. Ziadé, *Comparaison*, supra note 13, p. 29 et seq.

Règlement d'arbitrage CCJA puisse être choisi pour la résolution des litiges relatifs aux contrats d'investissement impliquant des Etats dans l'espace OHADA pourrait amener à faire varier le degré de confidentialité. Nous pensons notamment à la publication des sentences relatives aux contrats sus évoqués, pour une meilleure transparence, sous réserve de l'accord des parties. Jusqu'ici, seules les sentences ayant fait l'objet de contentieux devant la CCJA ou devant les juridictions étrangères, en particulier celles qui sont frappées d'un recours en contestation de validité, ou celles pour lesquelles l'exequatur est requis sont publiées dans certaines revues de l'arbitrage.²⁵

En tout état de cause, la tendance dans les règles relatives aux arbitrages d'investissement, notamment en ce qui concerne le CIRDI et la CNUDCI est en faveur d'une plus grande transparence, et par ricochet d'une restriction de la confidentialité, notamment s'agissant de la publication des sentences arbitrales. La CCJA devra prendre la pleine mesure de la notion de confidentialité des sentences pour restreindre quelque peu ladite notion, en faveur de la promotion même de son système d'arbitrage.

II. *L'efficacité de la sentence arbitrale*

L'efficacité de l'arbitrage dépendant en fin de compte de la facilité avec laquelle la sentence qui en résulte est exécutée, l'efficacité de la sentence arbitrale sera examinée ici à travers les recours qui sont ouverts contre elle (1) et son exécution forcée (2).

1. *Recours contre la sentence*

Lorsqu'elle est rendue, la sentence arbitrale a un caractère obligatoire envers les parties et devrait en toute logique être exécutée spontanément. Cependant, le caractère obligatoire de la sentence ne prive pas les parties du droit d'exercice des recours à son encontre le cas échéant.

Contrairement à la pratique courante qui attribue compétence aux juridictions étatiques du lieu du siège de l'arbitrage pour l'examen des recours en annulation contre les sentences arbitrales les systèmes d'arbitrage du CIRDI et de la CCJA ont aménagé des voies de recours propres.

A cet égard, l'Article 53(1) du CIRDI dispose que «la sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut faire l'objet d'appel ou autre recours à l'exception de ceux prévus par la Convention». Le CIRDI a donc l'exclusivité de l'examen des recours susceptibles d'être introduits à l'encontre des sentences arbitrales rendues sous son égide. Les recours dont il est question sont mentionnés aux Arts. 50 (interprétation), 51 (révision), 52 (annulation) de la Convention du CIRDI. L'un des recours le plus important, au regard de l'impact qu'il peut avoir sur la sentence arbitrale CIRDI est le recours en annulation car le CIRDI a mis sur pied pour examiner toute demande d'annulation, un comité ad hoc, de trois membres choisis sur la liste des arbitres.

A titre de rappel, et au regard des dérives de certains comités ad hoc, il faut rappeler que le recours en annulation, en général, exclut la possibilité de

25 Revue Penant, Revue de l'arbitrage, Revue camerounaise de l'arbitrage.

réexaminer la sentence au fond. Il consiste à vérifier si le ou les griefs invoqués à l'égard du recours en annulation sont justifiés ou non. Dans le cadre du recours en annulation du CIRDI, les comités ad hoc devraient essentiellement vérifier la régularité de celle-ci sur la base des motifs en annulation énumérés à l'Article 52 de la Convention CIRDI.²⁶

Néanmoins, le fait pour le CIRDI d'examiner lui-même les recours contre les sentences rendues sous son égide contribue à sa notoriété actuelle et à l'efficacité de son système d'arbitrage.

Le Règlement d'arbitrage de la CCJA, qui détaille et complète les dispositions du Traité OHADA en la matière, a également organisé des recours propres contre les sentences arbitrales rendues sous l'égide de la CCJA. On distingue en effet, la contestation de validité des sentences arbitrales²⁷, le recours en révision et la tierce opposition. Contrairement à l'arbitrage CIRDI qui met sur pied un comité ad hoc, c'est la CCJA elle-même, mais dans sa fonction juridictionnelle qui examine les recours contre les sentences rendues sous son égide.

Certaines de ces spécificités sont perceptibles en matière d'exécution forcée des sentences arbitrales.

2. Exécution forcée des sentences

L'exécution forcée pourrait être considérée comme une exception en matière d'arbitrage, compte tenu du caractère volontaire de la matière, qui devrait conduire à l'acceptation de la décision rendue par le ou les arbitres que les parties ont elles mêmes désignées. Mais il arrive que la partie perdante refuse de se conformer à la sentence. Dans ce cas de figure, le bénéficiaire de la sentence devra recourir à son exécution forcée.

En matière d'exécution forcée, les règles du CIRDI sont parmi les premières au monde reconnues pour leur efficacité. En effet, c'est l'un des premiers systèmes d'arbitrage international en matière d'investissement qui impose aux Etats contractants de reconnaître la sentence rendue et d'assurer l'exécution des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat (Art. 54 (1)). Cette règle a ainsi permis d'affirmer que les sentences du CIRDI sont directement exécutoires dans les Etats parties. Cette théorie est en effet corroborée par l'Article 54(2), qui simplifie la procédure d'exequatur des sentences arbitrales CIRDI. L'exequatur doit en effet être délivré sur simple présentation de la copie certifiée de la sentence conforme par le Secrétaire Général, à toute autorité que ledit Etat contractant aura désignée à cet effet.

L'originalité de cette procédure dite de «l'exequatur simplifié» a fait la preuve de son efficacité. Toutefois, elle a aussi montré ses limites, dont l'une des plus

26 I. Marboe, ICSID Annulment Three Generations Revisited, in *Liber Amicorum in Honour of C. Schreuer, International Investment Law for the 21st Century*, Oxford Scholarship Online Monographs, 2009, p. 201 and p. 218.

27 La contestation de validité de la sentence arbitrale CCJA s'apparente au recours en annulation. Elle permet à la CCJA de mettre en œuvre son pouvoir d'évocation en matière d'arbitrage. En effet, au cas où la Cour fait droit à la contestation de validité, elle peut évoquer l'affaire et statuer au fond si les parties en font la demande (Art. 29.5 du Règlement d'arbitrage CCJA).

visibles est de n'avoir pas unifié le cadre général de l'exequatur dont l'application a été laissée aux Etats contractants. Certes, lesdits Etats sont tenus de respecter les obligations contractuelles découlant de la signature de la Convention, mais les autorités en charge de la procédure d'exequatur dans les Etats contractants ont parfois difficilement admis l'insertion d'une sentence dans leur ordre juridique sans qu'un contrôle soit exercé, notamment par rapport à l'exigence de l'ordre public. Par ailleurs, l'autre limite à l'efficacité du texte du CIRDI réside dans le fait de permettre aux Etats d'invoquer leur immunité d'exécution (Art. 54(3)); ce qui est un facteur de blocage ou de ralentissement dans la plupart des procédures d'exécution forcée des sentences arbitrales du CIRDI.

Le Règlement CCJA renferme des règles toutes aussi originales. En effet, après avoir administré la procédure arbitrale, la CCJA reste en lice pour accorder elle-même l'exequatur à la sentence. L'exequatur est accordé aux termes d'un contrôle, notamment à l'ordre public international tel que vue à l'Article 30.6 du Règlement précité. Le système de la CCJA a certes un caractère régional, mais comme nous l'avons déjà mentionné par ailleurs, il est appelé à connaître des arbitrages concernant des personnes n'appartenant pas seulement à l'espace OHADA. Il a l'avantage d'avoir su unifier la procédure, en ce sens que l'exequatur est accordé exclusivement par le Président de la Cour, ou le Juge qu'il délègue à cet effet. L'exequatur accordé a un caractère communautaire, c'est-à-dire qu'il rend la sentence exécutoire dans l'ensemble des pays de l'espace OHADA. Il s'agit d'une innovation importante, qui a le mérite de conférer à l'arbitrage CCJA un avantage exclusif par rapport aux formules proposées jusqu'ici par les institutions arbitrales.

Contrairement aux règles d'arbitrage du CIRDI et de la CCJA, le règlement de la CNUDCI n'envisage pas la question de l'exécution forcée. On comprend d'autant aisément qu'on se trouve en matière d'arbitrage ad hoc et que ce sont les règles de droit commun qui vont s'appliquer.

En effet, le bénéficiaire d'une sentence arbitrale rendue en application du Règlement de la CNUDCI procédera à son exécution forcée suivant les règles conventionnelles en matière de reconnaissance et d'exécution forcée des sentences arbitrales les plus usitées (Convention de New York notamment), ou les lois nationales les plus favorables à l'exécution.

D. Conclusion

L'objectif de cette présentation n'était pas, comme nous l'avons déjà souligné, de démontrer la supériorité de certains règlements d'arbitrage par rapport à d'autres. Elle avait tout simplement pour but de démontrer que les différents règlements ont aménagés des règles qui correspondent aux standards internationaux en la matière, même s'il existe des spécificités qui les distinguent.

En fin de compte, nous pouvons affirmer que l'arbitrage, continu de se mondialiser par la modernisation de ses règles sous l'impulsion, dans certains cas

des organisations internationales.²⁸ L'adoption du nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous l'impulsion de la Commission qui porte le même nom est la preuve de cette modernisation. L'expansion des règles d'arbitrage du CIRDI sous l'influence de la Banque mondiale, confirme cette modernisation avec leur évocation récurrente dans les Traités Bilatéraux d'Investissement.

Cette mondialisation de l'arbitrage par la modernisation des règles y relatives atteint toutes les régions du monde y compris l'Afrique subsaharienne qui, il y a quelques années, était pratiquement le continent oublié de l'arbitrage international. La situation y a considérablement évolué avec la mise en place d'un arbitrage de droit commun et d'un arbitrage institutionnel, dont nous avons brièvement parlé ici. Cette dynamique étant l'œuvre de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA).

Chacun des règlements ci-dessus évoqués, avec ses particularités, ouvre donc une possibilité véritable de choix aux parties.

28 G. Kenfack Douajni, 'De la nécessité pour les arbitres des pays en développement et en transition, de participer à la mondialisation de l'arbitrage', *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, No. 33, 2006, p. 3.