

# L'OHADAC UNE OPPORTUNITE A SAISIR POUR L'ARBITRAGE EN AMERIQUE LATINE ?

Par YOUNGONE FRANCK

Doctorant en Droit public à l'Université Bordeaux IV, membre du C.R.D.E.I

Le projet de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans les Caraïbes (OHADAC)<sup>1</sup> est entrain de devenir une réalité. Ce projet est né lors de la conférence du même nom qui s'est tenue le 15 mai 2007 à Pointe à Pitre en Guadeloupe.

Il s'inspire ouvertement et directement du modèle offert par l'OHADA<sup>2</sup> qui est aujourd'hui considéré comme un exemple d'intégration par la communauté internationale. L'OHADAC compte donc emprunter les mécanismes et procédés qui ont amené au succès de cette organisation d'intégration. C'est ainsi que la deuxième conférence OHADAC qui s'est tenue à Port-au-Prince en Haïti, les 17 et 18 juin 2008, a établi une liste de champs prioritaires à harmoniser<sup>3</sup>. Dans cette liste le droit de l'arbitrage figure à la première place.

En effet, les Etats et territoires membres de cette organisation sont persuadés, que des mesures communes sur l'arbitrage permettraient aux entreprises de cette zone, qui sont le plus souvent de petite taille, de s'ouvrir les portes des marchés extérieurs. Pouvoir recourir à un mécanisme de règlement des différends commun, simple, efficace et directement exécutoire dans l'ensemble des Caraïbes.

C'est dans ce contexte favorable au recours à l'arbitrage, qu'en septembre 2009, va se tenir à la Havane, la troisième conférence OHADAC sur le thème de l'arbitrage. Conférence qui va non seulement réunir les Etats et territoires des Caraïbes mais aussi voir la participation d'experts et juristes de toute l'Amérique latine<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> L'OHADAC regroupe les Etats et des territoires des Caraïbes à savoir Antigua et Barbuda, les Antilles Néerlandaises, le Bahamas, La Barbade, le Belize, Cuba, Dominique, Grenade, La Guadeloupe, Guyana, la Guyane, Haïti, la Jamaïque, la Martinique, Porto Rico, la République Dominicaine, Saint Christophe et Niévès, Sainte Lucie, Saint Vincent et les Grenadines, le Suriname, Trinité et Tobago et le Venezuela. Sur cette organisation v. [www.ohadac.com](http://www.ohadac.com).

<sup>2</sup> L'OHADA est l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique. Elle regroupe 17 Etats de l'Afrique. C'est une organisation à vocation intégratrice. Elle a pour but d'harmoniser des pans entiers du droit dans les Etats membres. Sur cette organisation v. A. POLO, « L'OHADA, Histoire, Objectifs, Structures », *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 9 et suiv.

<sup>3</sup> Dans cette liste on retrouve le droit de l'arbitrage, le recouvrement des créances et les voies d'exécution, le droit des sociétés, le droit commercial général, le droit du travail et le droit du transport.

<sup>4</sup> Le projet OHADAC suscite l'intérêt au-delà des Caraïbes. En effet, des sections locales s'ouvrent déjà sur le continent Sud Américain., par exemple au Mexique et en Colombie.

D'où l'intérêt de se demander si à long terme, ce projet n'aura pas vocation à s'étendre aux Etats de l'Amérique latine. Quelles seraient les conséquences d'une telle extension ?

L'intégration des Etats de l'Amérique latine dans l'OHADAC, présenterait essentiellement deux avantages, il s'agirait, tout d'abord, d'une formidable occasion d'uniformiser **(I)**, puis d'améliorer **(II)** le droit et la pratique arbitrale dans cette région.

## **I L'OHADAC : Un instrument efficace d'uniformisation du droit de l'arbitrage en Amérique latine**

L'histoire et l'approche du droit de l'arbitrage sur le continent latino-américain sont marquées par la forte hostilité de ces pays, vis-à-vis de ce mode règlement des différends. Pour comprendre cette hostilité, il faut remonter au XIX ème siècle et au début du XX ème siècle où les différends entre États récepteurs et investisseurs étrangers étaient hautement politisés et faisaient l'objet d'un règlement diplomatique dont l'issue était fréquemment l'usage de la force<sup>5</sup>. Le recours à l'arbitrage était à l'époque un moyen de pression très courant pour mettre fin à une intervention armée<sup>6</sup>. De plus, peu de sentences ont été rendues en faveur des pays latino-américains. Les pays latino-américains ont pour ces raisons historiques, politiques et économiques, pendant des décennies associés l'institution arbitrale à des actes d'intervention armée.

---

<sup>5</sup> Il suffit de se remémorer les interventions armées de la France au Mexique dans la période qui va de 1838 à 1839, les conflits entre les Etats-Unis et le Mexique entre 1835 et 1861, les interventions armées de la France et de l'Angleterre sur le Rio de Plata entre 1838 et 1850, la seconde intervention armée de la France au Mexique de 1861 à 1867 et enfin l'intervention de l'Allemagne, la France, la Grande Bretagne et autres pays en Chine de 1900.

<sup>6</sup> A titre d'exemple on peut citer le Traité d'arbitrage signé entre l'Argentine et la France le 3 juillet 1914 pour mettre fin aux différends de toute nature (loi argentine 10. 073).

En réaction à ces interventions deux théories, vont se développer en Amérique latine : les doctrines Drago<sup>7</sup> et Calvo<sup>8</sup>.

Dans un tel contexte il était illusoire d'avoir dans ces Etats des législations favorables au recours à l'arbitrage voire d'atteindre une harmonisation<sup>9</sup> ou une uniformisation<sup>10</sup> de ce droit. Pourtant, ces Etats vont faire un pas vers le recours à l'arbitrage à travers la création du système interaméricain d'arbitrage<sup>11</sup>. Système qui à la base était conçu comme un instrument d'harmonisation. La volonté initiale d'harmoniser ce droit à travers ce système va déboucher sur un échec (A). Le modèle d'intégration normative de l'OHADA qui est repris par l'OHADAC peut aujourd'hui permettre d'atteindre cet objectif (B).

### **A L'échec du système interaméricain d'arbitrage en matière d'harmonisation des législations sud-américaines**

Le système de l'arbitrage commercial en Amérique latine tel qu'on le connaît aujourd'hui est le fruit des efforts combinés de l'Union Panaméricaine (qui va devenir plus tard l'Organisation des Etats Américains) et de l'American Arbitration Association<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> V. P. DAILLET et A. PELLET, *Droit International Public*, L.G.D.J, Paris, 7ème édition, 2002, p. 936. Cette doctrine tire son origine dans les opérations de représailles, blocus maritimes et bombardements de ports exercés par l'Italie, l'Allemagne et le Royaume-Uni à l'encontre du Venezuela en 1902. Le gouvernement vénézuélien confronté à une grave crise financière après une période de guerre civile avait dû suspendre le remboursement des dettes contractées auprès de ressortissants étrangers. Cette situation a provoqué une vive émotion en Amérique latine car la plus part de ces pays étaient en proie aux mêmes difficultés. Drago ministre des affaires étrangères de l'Argentine de l'époque formula la doctrine selon laquelle le recouvrement coercitif des dettes publiques était contraire au droit international public étant donné que ce recouvrement est contraire à la souveraineté du débiteur. Cette doctrine est devenue une règle de droit conventionnel lors de la deuxième Conférence de la Haye de 1907, convention dite « *Drago-Porter* ».

<sup>8</sup> V. C. FRUTOS-PETERSON, *L'émergence d'un droit effectif de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine*, Thèse de Doctorat, Paris I, 1998, p. 15 à 40.

<sup>9</sup> L'harmonisation est une opération législative consistant à mettre en accord des dispositions d'origine (et souvent de date) différentes, plus spécialement à modifier des dispositions existantes afin de les mettre en cohérence avec une réforme nouvelle. V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, QUADIGE/ PUF, 8ème édition, p. 455.

<sup>10</sup> L'uniformisation est une modification de la législation de deux ou plusieurs pays tendant à instaurer dans une matière juridique donnée une réglementation identique. *Ibid.*, p. 942.

<sup>11</sup> On entend par système interaméricain d'arbitrage le système d'arbitrage établi par la Convention interaméricaine d'arbitrage du 30 janvier 1975 et la Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des jugements et des sentences étrangères du 14 juin 1980.

<sup>12</sup> Sur l'historique, l'organisation et le règlement d'arbitrage de l'AAA v. F. JOLY, « le Règlement d'arbitrage international de l'Association Américaine d'Arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, 1993, n° 3, p. 401.

(AAA). Ces organisations vont mettre en œuvre des conférences commerciales dont l'objectif va être de répandre l'utilisation de ce mode de règlement des différends<sup>13</sup>. Ainsi, lors de la première Conférence panaméricaine de commerce, qui aura lieu à Washington en 1915, la recommandation de l'instauration d'un système d'arbitrage est faite. Son objectif est de résoudre les conflits de nature commerciale liés aux échanges commerciaux entre les pays du continent américain. L'aboutissement du processus intervient en 1933, lors de la Septième Conférence internationale des États américains.

La Septième Conférence avec l'adoption de la Résolution XLI a mis en place les principes et les règles qui régissent le système actuel d'arbitrage. La Résolution XLI, avait pour but d'améliorer<sup>14</sup> et d'unifier<sup>15</sup> les législations en la matière. Cette résolution a amorcé la création en 1934 de la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC) ; cette dernière est une institution à caractère privé qui a pour objet d'établir et de maintenir un système interaméricain de conciliation et d'arbitrage en matière de différends commerciaux<sup>16</sup>.

Malgré ces efforts, les réticences ont persisté et, très peu de pays ont adopté ces recommandations. De ce fait, la disparité des législations en la matière ne fut pas atténuée.

---

<sup>13</sup> Sur l'ensemble de ces conférences commerciales v. C. FRUTOS-PETERSON, op.cit., p. 43 s.

<sup>14</sup> La volonté d'amélioration des législations va passer par l'adoption de trois recommandations : 1) l'adoption d'accords sur l'arbitrage international entre les Chambres de commerce des pays américains. 2) l'adoption de mesures en matière de normes d'arbitrage. 3) la création d'une agence commerciale interaméricaine et l'élaboration de ses règles de procédure. A cet effet en 1934, on aura la création de la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC). *Ibid.*, p. 45.

<sup>15</sup> Consciente, du fait que la disparité des règles était un frein au recours à l'arbitrage, la Septième Conférence va aussi proposer des mesures ayant pour but une plus grande uniformité de cette matière : a) L'engagement de recourir à l'arbitrage pour les litiges existants ou à venir .b) Les parties doivent avoir la faculté de désigner des arbitres .c) La procédure à laquelle devront se soumettre les arbitres *ad hoc* doit être définie avec précision par les parties ou par l'association qui organisera la procédure d'arbitrage. d) L'impartialité absolue de l'arbitre et les droits de récusations ou de destitution doivent être assurés par l'association qui dirigera la procédure de la façon prescrite par les règles ou les règlements qui sont en vigueur pour la procédure. e) Les règles doivent stipuler un nombre impair d'arbitres. f) Les sentences arbitrales, dans tous les cas, doivent être rendues à l'unanimité ou à la majorité des voix .g) Les règles doivent stipuler la renonciation au droit d'appel; cette renonciation doit être obligatoire pour les parties et limitera les clauses d'appel pour des questions de procédures ou des questions de droit que les deux parties s'engagent à soumettre aux tribunaux. h) Dans le cas où la loi serait insuffisante pour assurer l'exécution de la sentence arbitrale, obligation est faite de renforcer les mesures disciplinaires contre ceux de leurs membres qui refusent de se soumettre aux termes de la sentence. , *idem*.

<sup>16</sup> L'activité de la CIAC s'est considérablement développée avec l'implantation de Sections Nationales dans la plus part des pays signataires de la Convention de Panama en Espagne et au Portugal. Avec la collaboration de la CIAC et des Chambres de commerce locales, à ce jour il existe dix-neuf Sections Nationales destinées à promouvoir et développer l'arbitrage commercial tant au niveau interne qu'au niveau international. Sur les Sections Nationales, consulter sur Internet : [www.ftaa-alca.org](http://www.ftaa-alca.org) ; Sur l'organisation de la CIAC, v. L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, « Les conventions interaméricaines sur l'arbitrage commercial et la commission interaméricaine d'arbitrage commercial », *Revue de l'arbitrage*, 1983, p. 411 et s.

En 1956, afin de remédier à cette situation et d'atténuer la disparité des législations arbitrales sur le continent américain, une loi uniforme (dite projet de Mexico) fut élaborée et proposée par le Comité Juridique International (CJI) de l'Organisation des États Américains (OEA). Ce projet, venait pallier les nombreuses difficultés persistantes notamment celles sur la loi applicable, sur la nationalité de l'arbitre, et sur l'exécution des sentences. Ce projet fut refusé par la plupart des pays américains à cause de sa trop grande modernité. Aussi, ces pays considéraient le recours à une loi comme une atteinte à leur souveraineté. Au final, ce projet n'a eu d'impact que sur la loi équatorienne sur l'arbitrage de 1963.

L'idée d'une harmonisation conventionnelle plutôt qu'une loi d'uniformisation, a ainsi germé. C'est sur cette base que les Conventions interaméricaines de Droit international privé (CIDIP I et II) vont constituer le système interaméricain d'arbitrage. Système constitué par la Convention interaméricaine d'arbitrage du 30 janvier 1975 dite Convention de Panama, (CIDIP I) et la Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des jugements et des sentences étrangères du 14 juin 1980 dite Convention de Montevideo (CIDIP II). Ce système représente un réel effort dans la volonté de rapprochement des législations latino-américaines relatives à l'arbitrage mais se soldera par un échec.

En effet, dans la pratique, dans les pays latinos américains l'évolution des dispositions nationales, en la matière, ne s'est pas faite de façon uniforme. Les pays latinos américains dans leur grande majorité ont remplacé leurs anciennes dispositions sur l'arbitrage, réputées hostiles à ce mode de règlement des différends. Ces dispositions ont été substituées par des législations spéciales sur l'arbitrage<sup>17</sup>. Législations, qui dans leur majorité comme l'affirme Mantilla Serrano<sup>18</sup>, se réclament d'inspiration de la loi type de la CNUDCI du 21 juin 1985<sup>19</sup>.

Le Chili à travers sa loi du 10 septembre 2004 (loi 199771), le Guatemala par son décret 67-95 de 1995, et le Mexique par le décret du 22 juillet 1993 portant modification des articles 1415 à 1463 du Code Commerce<sup>20</sup> ont repris la loi type sans apporter de grandes modifications. Par exemple, la loi chilienne a introduit (art 2) la notion de commercialité contenue de la note de bas de page de loi type. La loi mexicaine et le décret

---

<sup>17</sup> Sur l'ensemble de ces lois et décrets consulter sur Internet : [www.servilex.com](http://www.servilex.com).

<sup>18</sup> F. MANTILLA SERRANO, « Nouvelles de l'arbitrage en Amérique latine », *Revue de l'arbitrage* 1995, p. 552, v. aussi F. MANTILLA SERRANO « Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique latine (quelques réformes récentes) », *Revue d'arbitrage*, 2005 n° 3, p. 561 et s.

<sup>19</sup> Sur la loi type CNUDCI v. V. S. JARVIN, *Revue de l'arbitrage*, 1986.

<sup>20</sup> V. *Revue de l'arbitrage*, 1994, p. 40, avec un commentaire d'I. ZIVY.

guatémaltèque sont des textes très proches du texte original mais contrairement à la loi type, ils introduisent la notion du coût de l'arbitrage.

En outre, le Nicaragua par sa loi du 25 mai 2005 (loi 540), et le Pérou à travers la loi 26572 de 1996 ont tenté de ne pas trop se départir du texte original tout en apportant des modifications. Certaines des modifications apportées sont maladroites. A titre d'exemple, la loi du Nicaragua, supprime la disposition de la loi type (article 13) qui permettait la poursuite de la procédure arbitrale même après une demande de récusation. Elle ordonne la suspension de l'arbitrage pendant la procédure de récusation. Cette mesure a manifestement pour effet de bloquer la procédure arbitrale et pourra être utilisée à des fins dilatoires.

L'explication de l'influence de la loi type dans cette région, est certainement à rechercher dans le fait que lorsque la CNUDCI a adopté le 21 juin 1985 ce texte, elle a invité l'Assemblée Générale des Nations Unies « à recommander aux Etats de prendre en considération la loi type lorsqu'ils promulgueront ou réviseront leur législation pour répondre aux besoins actuels de l'arbitrage commercial international. »<sup>21</sup> Ce que l'Assemblée Générale des Nations Unies a fait à travers sa résolution 40/72 du 11 décembre 1995<sup>22</sup>. Résolution qui recommande explicitement, que « les Etats prennent dûment en considération la loi type sur l'arbitrage commercial international en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international. »

Aujourd'hui, l'intégration de ces Etats au projet OHADAC peut déboucher sur une réelle uniformisation du droit de l'arbitrage.

### **B L'OHADAC : un modèle susceptible de générer l'uniformisation des les législations arbitrales en Amérique latine**

En intégrant l'OHADAC, il serait possible d'aboutir à une uniformisation du droit de l'arbitrage des Etats de l'Amérique latine avec tous les avantages qu'une telle opération peut comporter.

---

<sup>21</sup> V. PH. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996. p. 118.

<sup>22</sup> Pour le texte de la Résolution 40/72 v. CNUDCI, *La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International sur l'arbitrage Commercial International*, Publications des Nations Unies, New York, 1987.

En effet, puisqu'il existe une filiation directe entre l'OHADA et l'OHADAC nous pouvons donc affirmer sans détour que le mode d'intégration normative qui sera choisi va être l'uniformisation.

En effet, contrairement à son titre, l'OHADA procède par unification plutôt que par harmonisation. Elle met en place des Actes Uniformes qui sont directement applicables et obligatoires pour les États membres. A ce jour, huit Actes Uniformes sont entrés en vigueur<sup>23</sup>.

L'Acte Uniforme sur l'Arbitrage<sup>24</sup> a été adopté par le Conseil des ministres de l'OHADA le 11 mars 1999 à Ouagadougou. Il fait écho au Traité OHADA dont le préambule met l'accent sur le recours à l'arbitrage en stipulant que « *les parties doivent promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels* ».

L'AUA est entrée en vigueur le 11 juin 1999. Ce texte se singularise par ses innovations et par le fait qu'il devient le droit commun de l'arbitrage de dix sept Etats africains en matière d'arbitrage *ad hoc*. L'AUA, se caractérise, aussi, par le fait qu'il vient abroger les dispositions existantes en matière d'arbitrage.

Selon l'article 35 AUA, l'Acte Uniforme d'Arbitrage « *tient lieu de loi relative à l'arbitrage* ». L'article 10 du Traité OHADA énonce qu' « *il est directement applicable et obligatoire dans tous les Etats parties nonobstant toutes dispositions contraire de droit interne* ».

Dans l'esprit des rédacteurs l'AUA est doté de la portée abrogatoire dont jouissent tous les Actes uniformes adoptés dans le cadre de l'OHADA. De ce fait, l'AUA vient directement abroger les législations internes relatives à l'arbitrage. Il va en être de même au sein de l'OHADAC. Les Etats et territoires membres vont se doter d'un droit commun sur l'arbitrage. Les législations précédentes en la matière vont devoir très certainement être

---

<sup>23</sup> Sur les Actes Uniformes de l'OHADA, v. *La Semaine Juridique*, n° 44 du 28 octobre 2004

<sup>24</sup> Sur l'Acte Uniforme sur l'Arbitrage v. P. MEYER, *OHADA Traités et Actes Uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2<sup>ème</sup> édition, 2002. Cet Acte s'inscrit dans la logique de l'action de l'OHADA. Selon les articles 5 et 12 du Traité OHADA, l'harmonisation du droit des affaires est préparée par le Secrétariat permanent en concertation avec les gouvernements des Etats-parties qui disposent d'un délai de quatre-vingts jours pour faire leurs observations écrites. Le projet d'Acte uniforme est ensuite délibéré et éventuellement, adopté à l'unanimité, par le Conseil des Ministres, après un avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA). Avis, qui doit être émis dans un délai de trente jours. L'Acte uniforme entre en vigueur quatre-vingts jours après son adoption sauf disposition contraire. L'Acte est directement applicable et obligatoire dans le droit interne des Etats membres, ce qui est la manifestation incontestable de la supranationalité du droit OHADA.

abrogées. L'entrée d'Etats du continent sud Américain dans cet ensemble aura le même effet. Cela en vue d'aboutir à une uniformisation du droit de l'arbitrage en Amérique latine.

## **II L'OHADAC : Un instrument d'amélioration efficace du droit et des pratiques arbitrales en Amérique latine**

En Amérique latine il existe à ce jour encore des pratiques et des législations défavorables au recours à l'arbitrage (A). L'intégration de ces Etats dans l'OHADAC permettrait d'adopter des techniques innovantes et surtout de se doter d'une cour commune compétente dans le domaine de l'arbitrage (B).

### **A Le maintien de législations et pratiques défavorables à l'arbitrage en Amérique latine**

Malgré le vaste mouvement de modernisation des lois sur l'arbitrage en Amérique latine certains Etats ont conservé des législations et des pratiques archaïques.

En effet, l'Argentine et l'Uruguay ont conservé leurs anciennes législations. Le droit argentin de l'arbitrage est toujours réglementé par les articles 736 à 773 du Code procédure civile et commercial fédéral. Le droit uruguayen de l'arbitrage, quant à lui, est contenu dans le Code de procédure civile de 1988 aux articles 472 à 507<sup>25</sup>.

Certes, ces textes reconnaissent des principes généraux de l'arbitrage comme l'autonomie de la volonté des parties et la force obligatoire des contrats, cependant, sur certains aspects leurs mesures sont défavorables au recours à l'arbitrage.

C'est ainsi que dans ces législations la clause compromissoire n'est valable que si un compromis vient l'officialiser. La clause compromissoire n'a ainsi pas de caractère exécutoire. Il revient au juge de contraindre la partie réticente de conclure un compromis. Cette disposition tend à rallonger considérablement la procédure arbitrale.

---

<sup>25</sup> Pour ces textes v. [www.servilex.com](http://www.servilex.com).



En ce qui concerne le régime des recours contre la sentence arbitrale, le droit argentin, à côté des voies de recours classiques que sont l'annulation ou la révision, opère un contrôle de constitutionnalité des sentences arbitrales<sup>26</sup>.

En effet, la Cour Suprême argentine exerce un contrôle de constitutionnalité des sentences dans des cas exceptionnels, à savoir la violation de la Constitution ou des traités internationaux. Dans l'affaire *José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidronor S.A.* de 2004<sup>27</sup>, malgré le fait que la clause compromissoire disposait que la sentence ne pouvait pas être attaquée, la Cour Suprême a déclaré la nullité de celle-ci au motif qu'elle contenait des dispositions contraires à la constitution.

Notons que l'Argentine n'est pas le seul Etat de l'Amérique latine dans lequel nous assistons au phénomène de « *constitutionnalisation du droit de l'arbitrage* »<sup>28</sup>. Ce phénomène s'est produit de deux manières différentes, soit par l'incorporation de dispositions spécifiques à l'arbitrage dans les constitutions nationales<sup>29</sup>, soit par la reconnaissance constitutionnelle du recours à l'arbitrage<sup>30</sup>.

Initialement, ce phénomène a été interprété comme une démarche souhaitable en ce sens qu'il confirmait le recours à l'arbitrage au rang de politique publique. Mais aujourd'hui, la constitutionnalisation du droit de l'arbitrage est l'une des principales causes de la renaissance de l'hostilité à l'égard de l'arbitrage international en Amérique latine<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Comme nous le fait remarquer M.U. SALERNO, *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, Société de législation comparée, 2008, p. 239. Dans cet article l'auteur cite des affaires dans lesquelles la Cour Suprême de l'Argentine a procédé à un contrôle de constitutionnalité de sentences arbitrales.

<sup>27</sup> *Ibid.* p. 240.

<sup>28</sup> Sur ce phénomène v. E. SILVA ROMERO, « A propos de l'inexorable collision de philosophies dans la constitutionnalisation de l'arbitrage en Amérique latine », *Ibid.*, p. 269, v. aussi A. DE JESUS O., « Le traitement constitutionnel de l'arbitrage au Venezuela », *Ibid.*, p. 243.

<sup>29</sup> Par exemple en Colombie à travers l'article 116, au Costa Rica à travers l'article 43, l'Equateur à travers l'article 191, El Salvador par l'article 23, l'Honduras par l'article 110, le Panama par les articles 195 et 316, le Paraguay par l'article 248, le Pérou par les articles 62, 63 et 139.11 et le Venezuela à travers les articles 253 et 258.

<sup>30</sup> Comme se fut le cas au Brésil à travers l'affaire *MBV commercial and Export Management Establishment c/ Resil indústria e Comércio Ltda*, v. *Revue de l'arbitrage*, 2003, n° 2, p. 529 et s. avec une note de J. BOSCO LEE et C. VALENCA FILHO. En l'espèce, la société de droit suisse *MBV commercial and Export Management Establishment* avait demandé l'homologation d'une sentence arbitrale rendue en Espagne en mai 1995, condamnant la société brésilienne *Resil indústria e Comércio Ltda* au versement d'une indemnité à la société suisse. La défenderesse brésilienne ne s'était opposée à demande d'homologation. Cependant, par une première décision du 10 octobre 1996, la Cour Suprême rejeta la demande d'homologation au motif que la sentence arbitrale n'avait pas reçu l'*exequatur* des tribunaux espagnols, conformément aux conditions requises par le droit brésilien en vigueur à l'époque. Reconventionnellement, la demanderesse objecta que l'*exequatur* de la sentence dans son pays d'origine n'était plus une condition préalable d'homologation de la sentence, depuis l'entrée en vigueur de la loi 9.307. Avant le jugement définitif, un des membres de la Cour Suprême du Brésil, demanda un avis au Procureur général de la République sur la constitutionnalité de la loi de 1996. Celui-ci s'est prononcé en faveur de la constitutionnalité de la loi. Le 12 décembre 2001, la Cour Suprême brésilienne a définitivement écarté l'idée d'inconstitutionnalité de cette loi et par la même consacré la constitutionnalité et l'efficacité de la clause compromissoire au Brésil.

<sup>31</sup> V. B. CREMADES, "Resurgence of Calvo doctrine in Latin America", *Business Review*, vol. 7, janvier, 2006, p. 53 à 72. L'auteur évoque les raisons pour lesquelles nous assistons à nouveau en Amérique latine à une

Cette nouvelle forme d'hostilité se manifeste, tout d'abord, à travers la thèse selon laquelle les constitutions nationales contiennent des lois de police<sup>32</sup> qui doivent être appliquées impérativement par les arbitres et par la proclamation du pouvoir du juge constitutionnel de se prononcer sur la constitutionnalité des sentences arbitrales<sup>33</sup>.

Elle se manifeste ensuite à travers des actes de nature constitutionnelle contre le recours à l'arbitrage (*anti-arbitration injunctions*). Ces actes sont issus de procédures telles que *l'amparo*<sup>34</sup> qui est une procédure spécifique pour la protection des droits constitutionnels et fondamentaux.

Par exemple, au Venezuela en 2000, la Chambre constitutionnelle est intervenue pour la première fois dans un arbitrage international, dans l'affaire *Elettronica Industriale c/ Venezolana de Televisión*<sup>35</sup>. A travers, cette intervention la Chambre constitutionnelle a établi par un *obiter dicta*, que les arbitres sont censés appliquer la Constitution vénézuélienne à titre de loi de police lorsqu'un intérêt public est en jeu. Elle a ajouté que pour qu'une sentence arbitrale puisse être exécutée au Venezuela elle doit être conforme au texte constitutionnel et aux principes du droit constitutionnel vénézuélien. Enfin, elle fait observer que les sentences arbitrales peuvent être l'objet d'un *amparo*. Cette solution va ouvertement à l'encontre des dispositions de la Convention de Panama qui n'admettent que le recours en annulation contre une sentence arbitrale.

En 2006, la Chambre constitutionnelle a confirmé sa position dans l'affaire *Concorcio Barr SA. c/ Four Seasons*<sup>36</sup>. Saisi dans le cadre d'un *amparo constitucional*, la Chambre

---

hostilité vis-à-vis de l'arbitre.

<sup>32</sup> Les lois de police au sens extensif sont des lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique et qui excluent l'application des lois étrangères. V. G. CORNU, op.cit., p. 561.

<sup>33</sup> Exemple de l'Argentine à travers l'affaire *José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidronor S.A.*

<sup>34</sup> Le recours d'*amparo* permet à toute personne physique ou morale alléguant un intérêt légitime, d'invoquer la non-conformité d'actes administratifs ou de décisions juridictionnelles aux articles 14 à 30 de la constitution espagnole de 1978. Il s'agit donc d'un recours direct contre un acte. Ce recours est largement présent dans les droits constitutionnels des Etats de l'Amérique latine. Sur l'*amparo* v. *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Ellipses, 2<sup>ème</sup> édition, 2007, p.20. V. aussi C. RUIZ MIGUEL, « L'*amparo* constitutionnel en Espagne : droit et politique », *Cahiers de Conseil constitutionnel*, n°10, 2001.

<sup>35</sup> V. A. DE JESUS O., « Le traitement constitutionnel de l'arbitrage au Venezuela », op.cit., p. 250 et suiv.

Dans cette affaire *Elettronica Industriale*, avait initié une procédure arbitrale CCI à Caracas contre *Venezolana de Televisión*, une société de l'Etat vénézuélien, concernant un différend relatif à l'exécution d'une concession. La *Venezolana de Televisión*, saisi la Chambre constitutionnelle par voie d'*amparo constitucional* (contre l'acte de mission) afin d'obtenir une *anti-arbitration injunction*. La *Venezolana de Televisión* faisait valoir que le tribunal arbitral était incompétent et que cela constituait une violation au droit constitutionnel d'être jugé par le juge constitutionnel. Cette action a été écartée par une décision du 16 octobre 2001, au motif qu'avant que la Chambre constitutionnelle ait pu rendre sa décision sur le fond, la sentence arbitrale avait déjà été rendue que la *Venezolana de Televisión* avait déjà saisi une Chambre du Tribunal suprême de justice pour un recours en annulation.

<sup>36</sup> Sur cette affaire v. A. DE JESUS O., op.cit., p. 252. Il s'agissait d'un arbitrage international sous l'égide de l'AAA initié par la société *Four Seasons*. Durant cet arbitrage, *Concorcio Barra* a engagé plusieurs procédures parallèles devant les tribunaux étatiques vénézuéliens. Ces procédures avaient pour objet de faire obstacle à la

constitutionnelle a décidé que la procédure arbitrale en cours n'empêchait pas la société *Concorcio Barr* de saisir des tribunaux étatiques afin d'obtenir une décision sur la validité de la convention d'arbitrage. Cette décision va à l'encontre de l'essence même de l'institution arbitrale et du principe de compétence-compétence<sup>37</sup>.

Le phénomène de constitutionnalisation de l'arbitrage risque de faire échec aux efforts en vue du développement et de *rapprochement* du droit l'arbitrage en Amérique latine.

Cet état de fait a permis à des auteurs comme Frutos-Peterson ou encore Bosco Lee<sup>38</sup> de pointer du doigt l'échec et l'inadaptation du système interaméricain d'arbitrage. Face à cet échec le droit OHADAC ne serait-elle pas un instrument porteur de solutions innovantes ?

### **B Les avantages du droit OHADAC sur l'arbitrage en Amérique latine**

L'adoption d'un droit d'inspiration OHADA en Amérique latine permettra de mettre fin aux pratiques évoquées précédemment en se dotant d'une juridiction arbitrale. Mais aussi, en permettant d'utiliser des techniques innovantes telles que celle de *l'exequatur communautaire*.

L'OHADAC va très certainement se doter d'une cour commune compétente en matière d'arbitrage, sur le modèle de la Cour de Justice et d'Arbitrage (CCJA)<sup>39</sup>. La CCJA est une institution très importante dans le système juridique de l'OHADA.

Elle est composée de sept juges élus, d'un Président de la CCJA (suppléé par un vice-président en cas d'empêchement), de l'Assemblée plénière, de la Formation restreinte, du

---

procédure arbitrale.

<sup>37</sup> Ce principe est la transposition en droit de l'arbitrage sous forme atténuée du principe procédural selon lequel il appartient au juge de statuer sur sa propre compétence. Cette règle juridique implique que seul l'arbitre est compétent pour statuer sur sa propre compétence et sur la validité de la convention d'arbitrage. Ainsi, en présence d'une convention d'arbitrage le juge étatique doit se déclarer incompétent. Sur ce principe et ses implications v. A. DIMOLITSA, « Autonomie et kompetenz-kompetenz », *Revue de l'arbitrage*, 1998, n° 2, p. 305.

<sup>38</sup> V. J. BOSCO LEE, *L'arbitrage commercial international dans les pays du MERCOSUD*, Thèse Paris II, 2000.

<sup>39</sup> La CCJA a son siège à Abidjan. Ce choix a certainement été motivé par la place stratégique et l'importance économique qu'occupe cette ville en Afrique de l'Ouest. Si la CCJA le juge utile elle peut se réunir en d'autres lieux, sur le territoire d'un autre Etat membre avec l'accord préalable de cet Etat. Cette solution est fort opportune compte tenu de la situation d'instabilité politique qui perdure en Côte d'Ivoire depuis décembre 1999. Sur le rôle de chaque organe de la CCJA en matière d'arbitrage v. J. M'BOSSO, « Le fonctionnement du centre d'arbitrage CCJA et le déroulement de la procédure arbitrale », *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, octobre 2001, p.42.

Secrétariat général et la Régie des recettes et des dépenses. Chacun de ces organes a des attributions dans le contentieux judiciaire et dans le contentieux arbitral.

En effet, la particularité de la CCJA tient au fait qu'elle a des fonctions dans le domaine du contentieux judiciaire et arbitral.

Dans le cadre de ses fonctions judiciaires, la CCJA est une juridiction supranationale unique et communautaire ayant pour objet, d'une part d'éviter les risques d'interprétations divergentes des Actes Uniformes par les juridictions des différents Etats membres. D'autre part, elle permet d'aboutir à une interprétation unique des termes du Traité OHADA, de ses règlements d'application et des Actes Uniformes.

En sa qualité de juridiction arbitrale la CCJA agit comme un centre d'arbitrage en organisant la procédure et surtout comme l'autorité compétente pour la reconnaissance et l'*exequatur* des sentences arbitrales.

Dès le départ du fonctionnement du mécanisme d'arbitrage OHADA, cette dualité de fonctions a été appréhendée par une large partie de la doctrine<sup>40</sup>. Les critiques portaient sur d'abord, la confusion possible entre les attributions judiciaire et arbitrale de la CCJA. Ensuite, sur une contrariété entre le règlement d'arbitrage CCJA et le droit commun de l'arbitrage et enfin sur une éventuelle concurrence de la CCJA avec les centres d'arbitrages de droit interne. Ces critiques et appréhensions ont vite été levées grâce aux nombreux textes et colloques sur le thème de l'arbitrage<sup>41</sup> mais aussi par la pratique arbitrale OHADA.

Aujourd'hui, la CCJA est solidement implantée comme le centre d'arbitrage de l'espace OHADA. Un centre d'arbitrage qui organise un arbitrage institutionnel conforme aux standards du droit de l'arbitrage et innovant, qui comporte, cependant, des lacunes qui doivent être relevées. Un centre d'arbitrage qui œuvre activement pour l'harmonisation du droit de l'arbitrage dans cet espace à travers l'originalité de la mesure sur l'*exequatur* des sentences rendues sous son égide.

En effet, toute l'originalité du système d'arbitrage CCJA réside dans le fait que l'*exequatur* conférée à une sentence arbitrale a un caractère exécutoire dans les Etats membres de l'OHADA. En d'autres termes, nous sommes face à un *exequatur*

---

<sup>40</sup> V. J. ISSA-SAYEGH, « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA », *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, octobre 2001, p. 22.

<sup>41</sup> Des textes et colloques comme le colloque qui s'est tenu le 2 février 2001 à Paris sur le thème de l'arbitrage OHADA. Pour les actes de ce colloque v. *Revue Camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial d'octobre 2001 et le séminaire de perfectionnement qui s'est tenue au Caire du 14 au 21 décembre 1996 sur le thème : *justice et développement le rôle de l'arbitrage commercial international*.

communautaire. Il s'agit d'un modèle très rare dans le monde, un modèle qui doit être reproduit dans l'OHADAC et en Amérique latine, car il permet d'accroître l'efficacité des sentences arbitrales<sup>42</sup>.

L'article 25 du Traité OHADA dispose que les sentences rendues sous l'égide de la CCJA ont l'autorité de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat, et ajoute qu'« *elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur. La CCJA a seule la compétence pour rendre une telle décision.* ».

En donnant à la haute juridiction commune compétence exclusive pour délivrer l'*exequatur*, le Traité OHADA indique implicitement que cet *exequatur* va permettre de poursuivre l'exécution forcée sur l'ensemble des territoires des Etats parties au Traité. Cette procédure d'*exequatur* nous paraît fort originale dans la mesure où la formule exécutoire est d'ordinaire accordée au nom de l'Etat souverain. On assiste ici à un transfert de compétence des instances étatiques aux instances communautaires<sup>43</sup>.

Cette solution renferme de nombreux avantages<sup>44</sup> dont le plus important à nos yeux est l'accomplissement de l'objectif de l'OHADA qui est l'harmonisation et surtout l'unification du droit de l'arbitrage.

En effet, ce système est une avancée incontestable vers l'intégration juridique régionale car nous sommes face à un seul *exequatur* pour l'ensemble du territoire OHADA. Ce système favorise considérablement la cohésion et la cohérence du système d'arbitrage CCJA. En exposant les sentences CCJA à l'épreuve de plusieurs *exequatur* dans les différents Etats, il était à craindre qu'une même sentence ait été rejetée dans un Etat membre et acceptée par un autre Etat membre. Ce système fait de la sentence CCJA une sentence communautaire qui n'est évidemment exécutoire que dans les pays membres de l'OHADA. Si ce type de sentence doit être exécutée dans un Etat tiers à l'OHADA, elle sera soumise au droit de l'*exequatur* de cet Etat tiers. Si cet Etat tiers est partie à la Convention de New York de 1958, cette sentence pourra être exequaturée sur la base des dispositions de cette convention.

---

<sup>42</sup> V. P. FOUCHARD, « Suggestions pour accroître l'efficacité des sentences arbitrales », *Revue de l'arbitrage*, 1998 n° 4, p. 653. Le modèle OHADA est ici cité comme exemple.

<sup>43</sup> V. P-G POUGOUE, « Le système d'arbitrage de la CCJA », *l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 144 et 145.

<sup>44</sup> Ce système permet indéniablement, de faire une économie de temps et de procédure pour celui qui veut poursuivre l'exécution forcée de la sentence dans plusieurs Etats membres.

Il faut souligner que si l'*exequatur* est communautaire, les formules exécutoires restent nationales. L'article 46 du Règlement d'arbitrage CCJA indique que la formule exécutoire est apposée par l'autorité nationale que le gouvernement de chaque Etat partie désignera à cet effet. La procédure d'*exequatur* communautaire tend à agrandir la portée de la sentence arbitrale CCJA, ce qui contribue à lui conférer une efficacité maximale.

Intégrer l'OHADAC, renfermerait ainsi de nombreux avantages pour le droit et la pratique arbitrale sur l'ensemble du continent sud américain.