

Journées d'étude sur l'arbitrage et la médiation en Afrique

« ArbiMed Africa 2012 »

Douala, 13, 14, 15 novembre 2012

Thème général :

Management des contrats usuels - Pratique de l'arbitrage et de la médiation

SYNTHESE DES SESSIONS TECHNIQUES

Les Journées africaines d'étude sur l'arbitrage et la médiation (ARBIMED africa) se sont tenues à Douala du 13 au 15 novembre 2012 à l'initiative du Centre d'Arbitrage et de Médiation du CADEV (CPAM), avec la contribution du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, de l'Association pour la Promotion de l'Arbitrage et de la Médiation en Afrique et du Barreau du Cameroun.

ARBIMED Africa est une manifestation à rythme annuel, conçue par le CADEV dans le cadre de la promotion de son Centre d'arbitrage et de médiation (le CPAM). Les éditions ARBIMED seront complétées par des sessions de formations certifiantes à la pratique de l'arbitrage et/ou de la médiation, à travers le Programme pilote développé par le CPAM avec l'appui de ses partenaires dont le Centre de médiation et d'arbitrage de la CCI Paris.

Nombreux, les participants à la première édition de **ARBIMED Africa** provenaient d'une douzaine de nationalités et de divers horizons professionnels.

Le présent rapport, inspiré des différentes communications présentées par les experts, représente une vue synthétique, utilitaire sur les principaux points développés pendant les travaux tant en plénière que dans le cadre des ateliers. Il tend ainsi à rendre compte des principales conclusions des ateliers (III) autant que de l'essentiel des communications sur les contrats usuels (I) et sur la pratique de l'arbitrage et de la médiation (II).

I. SUR L'EXAMEN DES CONTRATS USUELS

L'examen des techniques de management des contrats usuels a permis de :

- présenter quelques contrats usuels des entreprises dont les contrats de location, les contrats de prestation de services et les contrats de fourniture de biens ;
- analyser des sources de risques juridiques et de contentieux dans ces contrats ;
- partager les bonnes pratiques pour la rédaction efficace et la gestion efficiente de ces contrats.

L'enseignement majeur de cette session porte sur l'importance reconnue de la qualité de la rédaction et du suivi des contrats usuels. En effet, ces contrats étant de pratique courante et même quotidienne, les juristes d'entreprise ont été invités à la plus grande vigilance tant ces contrats peuvent être sources de contentieux plus ou moins graves qui, dans tous les cas, vont affecter les relations commerciales autant que la trésorerie des entreprises.

II. SUR LES COMMUNICATIONS INTRODUCTIVES A LA PRATIQUE DE L'ARBITRAGE ET DE LA MEDIATION

Quatre communications expertes ont été présentées, visant à introduire les procédures d'arbitrage et de médiation et à transmettre les premiers éléments d'initiation à la pratique desdits modes alternatifs de règlement des litiges.

Ces communications portaient spécifiquement sur :

1°) **Les principales étapes des procédures d'arbitrage et de médiation**, où il est ressorti que la procédure de médiation est enfermée dans une double considération technique et psychotechnique, exigeant du médiateur des qualités aussi bien de technicien (de la matière litigieuse) que de psychologue, tandis que la procédure d'arbitrage est, *mutandis mutatis*, alignée sur celle de l'instance judiciaire.

En effet, l'instance arbitrale commence par des actes introductifs que sont la demande et la réponse à la demande d'arbitrage, et s'achève par la sentence arbitrale, véritable acte juridictionnel après une phase d'instruction bien structurée, sous l'encadrement technique et la garde éthique de l'institution d'arbitrage, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage institutionnel ou du juge judiciaire (« juge d'appui ») lorsqu'il s'agit d'une procédure d'arbitrage ad hoc.

Quant à l'instance de médiation, l'on aura noté que l'essentiel de la procédure réside dans le travail d'écoute et de rapprochement des parties auquel doit se livrer le médiateur, qui met en œuvre son savoir-faire pour amener les parties à s'accorder.

En termes d'actes de procédure, la médiation comme l'arbitrage s'ouvre par une demande (une requête) de médiation fondée sur une clause de médiation ou une requête conjointe en médiation, et se clôture par un procès-verbal d'accord ou un constat de non accord, rédigé par les parties, leurs conseils ou avec l'appui de l'institution de médiation.

2°) *Les rapports de l'avocat avec l'arbitrage et la médiation*, où il est apparu que pour ce professionnel du droit, prestataire de services juridiques par excellence, l'arbitrage et la médiation constitue des opportunités infinies de marché. D'où l'appel aux avocats pour qu'ils daignent se former à ces procédures pour mieux conquérir le marché de l'arbitrage et de la médiation, et être des véritables prescripteurs et promoteurs des modes alternatifs de règlement des litiges.

3°) *La présentation du CPAM, nouvelle institution d'arbitrage et de médiation en Afrique* est venue renforcer l'idée que l'arbitrage et la médiation sont des services à forte valeur ajoutée pour les entreprises et qui, de ce fait, doivent être administrés avec la plus haute intensité d'exigence de professionnalisme et d'éthique.

A ce titre, le passage en revue de l'architecture institutionnelle, des textes fondateurs (Texte organique, Règlement d'arbitrage et de médiation, Code éthique) aussi bien que des formulaires d'actes de procédure du CPAM, a laissé entrevoir sans équivoque les spécificités et les avantages comparatifs de cette institution au nombre desquels:

- *la compétence internationale et l'implantation annoncée dans d'autres pays de la CEMAC ;*
- *le bilinguisme effectif tant au plan des ressources humaines que des textes;*
- *l'expertise avérée des arbitres et des médiateurs agréés ;*
- *l'expérience du secrétariat-greffe et de l'équipe de supervision ;*
- *la prise en compte de la formation comme critère déterminant de l'agrément définitif des arbitres et des médiateurs ;*
- *la mise à jour préalable des connaissances des parties saisissant le Centre ;*
- *l'introduction de mesures tendant à optimiser les coûts des procédures;*
- *la mise en place d'un mécanisme d'aide juridictionnelle, etc.*

III. SUR LES ATELIERS

ATELIER I : LES CONVENTIONS D'ARBITRAGE ET DE MEDIATION

☞ **Position du problème** : L'arbitrage et la médiation sont prescrits par le biais d'une clause compromissoire ou d'un compromis, insérés dans le contrat commercial ou dans un document séparé qui mentionne clairement la volonté des parties d'aller en arbitrage ou en médiation, relativement à un litige pouvant affecter ou affectant ledit contrat.

☞ **Difficultés traitées** : Les difficultés proviennent de l'existence des « *clauses pathologiques* », à savoir des clauses qui, prises comme telles, sont inaptes à permettre à l'arbitrage ou à la médiation d'être mis en œuvre.

On a fait observer que les clauses pathologiques sont à distinguer des clauses inexistantes et des clauses nulles qui affectent la validité et le bien-fondé mêmes du recours à l'arbitrage, de même la question de la pathologie n'est pas nécessairement celle de l'incompétence de l'instance saisie. Les clauses pathologiques visent plutôt l'efficacité - ponctuelle - de la convention d'arbitrage.

Diverses et variées, ce type de clauses peuvent être plus ou moins graves. Dans tous les cas, il a été relevé que la qualité des clauses d'arbitrage/de médiation tient au soin avec lequel le contrat de base ou le document portant la clause aura été rédigé.

☞ **Enseignements tirés** : Face à une clause pathologique, les juristes d'entreprise, conseils et acteurs des institutions d'arbitrage et de médiation doivent pouvoir « sauver » la clause et de concrétiser le recours à l'arbitrage/médiation. Pour cela, quelques solutions ont été proposées dont la régularisation, la ratification et, plus sûrement, l'usage des documents-types émis par les institutions de règlement alternatif des litiges.

a) La **technique de la régularisation** suppose de proposer aux parties, dès la saisine de l'institution d'arbitrage par le demandeur, de **conclure un compromis d'arbitrage ou de médiation**.

Ceci permet de fonder valablement la compétence de l'institution puisque la clause compromissaire –pathologique – est remplacée par un compromis.

Des gestionnaires d'institutions d'arbitrage présents dans la salle (CPAM, CCJA, CMAP-Paris, notamment) ont bien voulu partager leur expérience sur cette question, démontrant ainsi la faisabilité et la pertinence de cette pratique.

b) La **technique de la ratification** suppose que le Défendeur, en dépit du caractère pathologique de la clause, fait diligence et répond à la Demande d'arbitrage sans invoquer la pathologie. Dans ce cas, il a été conseillé aux juristes et conseils de conforter l'acceptation du Défendeur d'aller en arbitrage ou en médiation en mentionnant formellement dans son acte introductif qu'il confirme sa volonté de se soumettre à la compétence de l'institution saisie par le Demandeur.

Quoi qu'il en soit, il a été admis que les Conseils et les Institutions d'arbitrage seront bien inspirés de tout mettre en œuvre pour permettre aux parties d'ester valablement en arbitrage/médiation si, malgré tout le soin qu'il importe d'apporter à la rédaction des clauses compromissaires, on se retrouvait face à une clause pathologique.

c) **L'utilisation des clauses et compromis pré-rédigés**: Pour éviter les clauses pathologiques et, au surplus, assurer aux parties contractantes une plus grande prévisibilité dans le management de leurs contentieux, il a été vivement conseillé de faire usage des Clauses-types proposées par les institutions d'arbitrage. Ces modèles, généralement inspirés des standards universels qui ont fait leur preuve, sont disponibles sur les sites internet des différentes institutions, ou à la demande, et permettent de prescrire efficacement l'arbitrage et/ou la médiation.

Quelques modèles de clauses compromissoires ont été présentés, tels le modèle CCJA ou celui du CPAM, ainsi formulé en ses versions française et anglaise :

Version française:

« Tout litige qui viendrait à se produire au sujet de la validité, de l'interprétation, de l'exécution, de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat sera soumis à la médiation ou à l'arbitrage sous l'égide du Centre Permanent d'Arbitrage et de Médiation du CADEV (CPAM), conformément à son Règlement en vigueur. »

English version:

“Any dispute which may arise from the validity, interpretation, performance, non -performance, breach or termination of the present agreement, shall be referred to mediation or arbitration under the auspices of the CADEV's Permanent Centre for Mediation and Arbitration (CPAM), in accordance with its applicable Rules.”

A l'instar de la clause CCJA, la clause CPAM a été appréciée comme étant claire et opérationnelle, avec la particularité d'offrir, d'entrée de jeu, la possibilité de soumettre le litige à venir soit à la médiation soit à l'arbitrage, ce qui fait d'elle une clause très pertinente.

ATELIER II : REGLES DE COMPOSITION DU TRIBUNAL

☞ **Position du problème :** Qu'il soit institutionnel ou ad hoc, l'arbitrage ne peut valablement être mis en oeuvre que par un Tribunal arbitral régulièrement composé. Or, la constitution du Tribunal arbitral peut s'avérer source de difficultés et peut, si on n'y prend garde, aboutir à un blocage fort dommageable pour les parties, notamment lorsque les droits litigieux sont susceptibles de distraction ou de péril, et alors de toutes les manières que la célérité est une des valeurs cardinales de la justice arbitrale.

Les difficultés posées par la composition du Tribunal arbitral¹ sont principalement de deux ordres : en cas d'arbitrage ad hoc et, quelque soit le caractère et le système d'arbitrage, lorsque les parties ne s'accordent pas sur le nombre et/ou l'identité des arbitres, outre le fait qu'il peut se poser le problème de la récusation d'arbitre à tout stade de la procédure.

☞ **Bonnes pratiques partagées :**

- a) Dans l'arbitrage ad hoc, les difficultés de constitution du Tribunal – comme d'ailleurs tous les incidents de procédure – sont traitées et tranchées par le juge étatique, intervenant à titre de Juge d'appui. L'acte Uniforme OHADA sur le droit de l'arbitrage (A.U., art. 8, al. 2), qui ne fait que conforter la pratique bien établie, est clair sur ce point.

¹ A noter qu'un Tribunal arbitral peut comprendre un Arbitre unique ou trois arbitres (A.U., article 8)

Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, les parties doivent se référer au Règlement d'arbitrage de l'institution saisie, qui contient nécessairement des dispositions sur tous les aspects se rapportant à la mise en place du Tribunal arbitral (*cf. Règlement d'arbitrage et de médiation du CPAM*).

- b) En tout état de cause, il a été fortement recommandé de tenir le plus grand compte de l'indépendance et de la neutralité des arbitres au moment de leur nomination, de sorte à éviter des blocages au moment de la composition du tribunal ou des récusations en cours de procédure. A ce titre, il a été recommandé que les Greffes aussi bien que les autres organes opérationnels des institutions d'arbitrage doivent veiller à toujours faire respecter la diligence de la Déclaration d'indépendance et, généralement, les prescriptions du Code éthique de l'institution lorsqu'il en existe un.

ATELIER III : GESTION DES FRAIS D'ARBITRAGE ET DE MEDIATION

- ☞ **Position du problème :** L'arbitrage et la médiation sont des services offerts aux justiciables contre rémunération, à l'image des services offerts par un avocat, un conseil juridique, un notaire, un huissier de justice ou tout autre prestataire de service.

L'atelier a permis d'exposer les différents frais constitutifs du coût de l'arbitrage ou de la médiation. Il s'agit des frais constants que sont les honoraires des arbitres/des médiateurs, et les frais d'administration qui sont perçus par l'institution. Ce groupe de frais est généralement tarifés en ce sens qu'ils figurent dans un barème propre à chaque institution, et sont classiquement évalués en fonction de l'enjeu financier du litige. Plus rarement ils sont fixés forfaitairement ou per diem (taux journalier ou horaire).

Les frais d'arbitrage ou de médiation représentent également les frais exposés par les arbitres/médiateurs et, s'il y a lieu, les honoraires des experts commis par l'une ou l'autre partie (et supportés par elle), ou constitués à la demande du Tribunal arbitral (et répartis à parts égales entre les parties).

- ☞ **Difficultés traitées – Solutions partagées :** Parmi les soucis des Centres d'arbitrage, figurent non seulement l'optimisation des frais mais également le paiement effectif des honoraires et frais des arbitres, médiateurs et autres acteurs tels les Superviseurs. Comment concilier l'accessibilité de la justice alternative avec la nécessité de rémunérer à leur juste valeur les arbitres et médiateurs ? Pour répondre à cette problématique, des expériences et bonnes pratiques de certaines institutions ont été présentées et partagées :

- a) Le plafonnement des frais administratifs et des honoraires des arbitres : il s'agit d'adopter un Barème des frais tel que les frais et honoraires, généralement calculés sur la base de l'enjeu financier du litige, vont être bloqués à partir d'un montant donné. Cette disposition évite de faire grimper inconsidérément les frais, souvent sans rapport avec la charge de travail effectivement supportée par les arbitres ou le médiateur. C'est une approche équitable et très protectrice des parties en litige (*cf. Barème CPAM*) ;

- b) L'exclusion des dommages-intérêts notoirement excessifs et fantaisistes de la base de calcul des frais d'arbitrage (ceci ne préjugeant pas de leur recevabilité et leur consécration éventuelles par le Tribunal dans la sentence à intervenir) ;
- c) Le calcul distinct de la provision pour chacune des parties sur la base du montant de sa prétention respective en cas d'introduction, par le défendeur, d'une demande reconventionnelle. Dans la mesure où la provision est répartie à part égale entre les parties, cela permettrait à chaque partie de ne payer la provision qu'à concurrence de sa prétention ;
- d) En cas de refus d'une des parties de régler sa quote-part de provision pour frais d'arbitrage, et dans la mesure où le non-paiement de la provision peut fonder le Tribunal à suspendre la procédure ou à ne pas la commencer, faire payer la totalité de la provision par la partie la plus diligente, à charge pour le tribunal arbitral de condamner la partie défaillante au remboursement à due concurrence de la part payée en sus, dans la sentence finale.

NOTA : DES COMPLEMENTS AUX QUESTIONS TECHNIQUES ABORDEES LORS DES JOURNEES ARBIMED 2012 AINSI QUE D'AUTRES APPROFONDISSEMENTS SERONT APPORTES LORS DES FORMATIONS QUALIFIANTES PREVUES EN 2013, SOUS L'EGIDE DU CADEV AVEC LE CONCOURS DU CMAP.

Rendez-vous donc en 2013 pour la poursuite de la longue - mais bénéfique... - marche vers la maîtrise de l'art de l'arbitrage et de la médiation.

Fait à Douala, le 20 novembre 2012

Sadjo Ousmanou
CADEV ®

BP 15810 Douala, Bonapriso, Immeuble Carré d'Or face à la Boulangerie Chococho, 2^e étage
cadev@cadevdroit.org