



ARBITRAGE EN DROIT PUBLIC ET DÉVELOPPEMENT DE PROJETS INTERNATIONAUX EN AFRIQUE : INTÉRÊTS ET ENJEUX

Actualité législative publié le **17/02/2023**, vu **1382 fois**, Auteur : [Droit public des affaires by Florent Cedziollo](#)

Retour sur les enjeux de l'arbitrage en projets internationaux en Afrique

Pour reprendre les termes du Professeur Clay, « l'arbitrage n'est pas en plein développement depuis quelques années, il est en évolution depuis près de 4000 ans ».

À titre préliminaire, il faut mettre en exergue le fait que la logique juridique en situation internationale est différente de celle de l'ordre interne. Le droit international privé se doit de désigner un ordre juridique, une loi applicable et un juge compétent, à moins que les parties ne l'aient déjà prévu. Toutefois, cette affirmation n'est pas totalement vraie avec la présence de règles d'ordre public et de lois de police. L'arbitrage met ainsi en avant l'enjeu de l'organisation exclusivement étatique de la justice. Dans le cadre de celle-ci, l'État confie aux juridictions qu'il institue le pouvoir de dire le droit entre les parties qui les ont saisies. Il assure également la possibilité de recourir à la contrainte pour mettre les décisions ainsi rendues à exécution.

L'arbitrage consiste en une reconfiguration de ces trois éléments suivants : il implique que l'État accepte de laisser aux parties en litige la liberté de s'entendre pour recourir à des juges privés. À côté du service public de la justice, l'arbitrage constitue un service privé (i). L'État remet entre les mains des juges privés que sont les arbitres choisis par les parties le pouvoir de dire le droit pour trancher le litige qui leur est soumis, la *jurisdictio* (ii). L'institution de l'arbitrage ne peut se maintenir que si la sentence prononcée par les arbitres s'impose aux parties. Celle-ci doit revêtir entre les parties la puissance d'un jugement rendu par un juge étatique ; le recours à cette contrainte étatique pour en assurer l'efficacité reste toujours possible (iii).

Quant au développement de projets internationaux, celui-ci se définit, selon les termes de Maître Ruffie, comme « l'étude des contrats permettant la réalisation d'infrastructures d'ampleur et stratégiques à l'étranger ». Or, en la matière plusieurs types de risques doivent être pris en considération.

Il s'agira dans la présente étude de mettre en avant l'intérêt de l'arbitrage dans la sécurisation du développement de projets internationaux, et notamment en Afrique.

I- Prolegomènes : arbitrage et développement de projet

A- Notion d'arbitrage international en droit public des affaires international

En l'absence de définition légale, la doctrine définit l'arbitrage comme une institution complexe faisant reposer l'octroi de la fonction juridictionnelle, confiée à une ou plusieurs personnes pourvues de toute investiture étatique (i), sur un fondement contractuel (ii), fruit de l'accord des parties (iii) afin de trancher le litige qui les oppose (iv). L'arbitre tranche le litige soustrait à la connaissance des juridictions étatiques, par le prononcé d'une sentence (Professeurs Ancel, Deumier et Laazouzi). La sentence arbitrale dispose de l'autorité de la chose jugée, mais non de la force exécutoire.

On distingue l'arbitrage interne et international, notamment depuis la réforme de l'arbitrage intervenue au début des années 1980. Le décret du 13 janvier 2011 l'a maintenu. Le dualisme se traduit par l'existence d'un régime propre à l'arbitrage

international dont la justification repose sur la volonté de retenir des solutions plus libérales que celles édictées pour l'arbitrage interne (article 33 du règlement CCI). Selon l'article 1504 du Code de procédure civile, « [e]st international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ». Cette qualification pose la question du critère de l'internationalité, et repose sur la notion d'intérêt du commerce international. En l'absence de précision sur son contenu, la jurisprudence en a fixé la teneur. Pour qualifier l'internationalité, il est possible de se référer à la définition proposée dans les conclusions du Procureur général Matter en 1927. Dans une affaire relative à la notion de paiement international et non à l'arbitrage, Matter a proposé d'identifier l'internationalité à partir du « mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières » auquel donne lieu le contrat (Concl. Matter sur Civ. 17 mai 1927). C'est le cas par exemple d'« un flux de marchandises et un reflux de valeurs » (Civ 1^{ère}, 4 mai 1964). Alors que la doctrine Matter exigeait d'isoler un double mouvement transfrontalier le flux et le reflux, l'interprétation jurisprudentielle se contente désormais d'un mouvement unilatéral de flux. Un mouvement de fonds de l'étranger vers la France pour y financer la construction d'un pôle de recherche scientifique en partenariat avec un établissement public français caractérise à lui seul l'internationalité de l'opération économique (Civ 1^{ère}, 26 janvier 2011). Pour recourir à l'arbitrage, les parties doivent évidemment y donner leur consentement (Civ 1^{ère}, 9 octobre 1990). Ce consentement se manifeste via une convention d'arbitrage. Ce terme générique, désormais retenu par le CPC (article 1142 CPC), englobe la clause compromissoire stipulée par les parties avant la naissance du litige ainsi que le compromis qu'elles établissent une fois le litige né. Or, il existe, dans certains ordres juridiques, comme celui français un principe d'inarbitrabilité des litiges de droit public en

France (article 2060 du Code civil ; article L.311-6 CJA), sauf disposition législative expresse ou stipulation d'une convention internationale (cette prohibition n'ayant pas valeur constitutionnelle (DC, 2 de c. 2004)).

Le droit africain s'inspire souvent de celui français, on retrouve donc un tel principe dans le droit de plusieurs pays (par exemple en droit camerounais : CA de Bafoussam, n° 2, 12 mars 2008, *Ste British American Tobacco c. Ritz Palace Night* ; article 973 du Code de procédure civile gabonais ; article 36 du Code camerounais de procédure civile ; décret du 15 mars 1982 portant Code de procédure civile au Togo ; décret du 28 juin 1994 portant Code de procédure civile, commerciale et sociale au Mali ; décret du 28 juin 1989 portant réorganisation du Sénégal rendant applicable certaines dispositions du Code de procédure civile français de 1806). En outre, du point de vue du droit du commerce international, les personnes publiques ne peuvent

invoker leur droit interne pour refuser de respecter les conventions d'arbitrage qu'elles ont conclues. Autrement dit, selon cette approche, l'inarbitrabilité ne concerne pas les litiges internationaux. Telle est la position de la Cour de cassation, à propos des personnes publiques françaises, énoncée dans le célèbre arrêt Galakis (Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1966, Navire Aspasia). Le recours à l'arbitrage ne posera donc pas de problème en matière de développement de projet international.

B-Enjeux en développement de projets internationaux.

Le développement de projet international nécessite de prendre en compte un nombre élevé de risques (identifiés et distribués notamment grâce à une "matrice des risques"). Recourir à l'arbitrage permet ainsi d'en diminuer certains.

Le risque politique premièrement, il peut exister un turnover gouvernemental élevé dans certains pays, et une instabilité peut engendrer des risques d'expropriation, d'émeute, de révolte civile. L'arbitrage, en complément de clauses contractuelles (notamment dans le contrat d'investissement s'il y en a un), permet de résoudre le litige avec plus d'impartialité.

Un autre risque peut être celui du droit applicable, les contrats de développement de projet peuvent se voir appliquer plusieurs droits, selon la volonté des parties.

Or, le recours à des clauses d'arbitrage permettra de prévenir ces difficultés de conflits de lois ou d'incomplétude du droit, en prévoyant à l'avance le droit (relevant ou non d'un Etat) que les arbitres appliqueront, voire même si ceux-ci pourront statuer en équité.

Ainsi, l'arbitrage permet aux parties de librement nommer le ou les arbitres, en fonction de son expérience pertinente. Les parties peuvent également choisir la procédure et les règles de droit applicables. Ainsi, la durée de contentieux est limitée, et les frais aussi. Les parties exercent plus de contrôle sur le processus et ont donc plus de chance d'obtenir un règlement du différend.

Or, le recours à des clauses d'arbitrage permettra de prévenir ces difficultés de conflit de lois ou d'incomplétude du droit, en prévoyant à l'avance le droit (relevant ou non d'un Etat) que les arbitres appliqueront, voire même si ceux-ci pourront statuer en équité.

Un tribunal arbitral est certes indépendant des juridictions étatiques, mais cela ne veut pas dire que parfois leur aide n'est pas nécessaire pour résoudre une difficulté. Ainsi, ces dernières offrent plusieurs services aux parties les sollicitant. Cela peut concerner entre autres la désignation des

arbitres, la constitution du tribunal arbitral, la récusation d'un arbitre, sa mission. Actuellement, il n'existe aucune disposition législative ou réglementaire confiant au juge administratif cette fonction en l'absence de réglementation sur l'arbitrage en droit public. Pourtant, comme le montre le droit privé, c'est une mission essentielle de soutien à l'arbitrage qui existe inévitablement pour tout ordre juridique qui reconnaît cette pratique de résolution des différends.

Dans le cadre de l'OHADA, il faut distinguer entre les arbitrages conduits sous l'égide de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), instituée par le titre IV du Traité OHADA (Port-Louis) de 1993 et soumise au Règlement de procédure de 2017 (arbitrages communautaires), et ce que l'on pourrait appeler les arbitrages privés (ou arbitrages nationaux), c'est-à-dire ceux réalisés dans le cadre des Etats OHADA, qui restent soumis à l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage de 2017 modifiant celui de 1999. Attention, en matière d'investissement, l'intervention

du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) n'est pas automatique. Tout dépend des dispositions contenues dans les différends codés des investissements, de l'existence et du contenu des accords bilatéraux entre l'État d'accueil et l'État dont l'investisseur a la nationalité, du contenu des accords donnés par l'État d'accueil à l'investisseur...

II-La mise en œuvre de l'arbitrage en développement de projets internationaux

A-Le régime de la procédure et de la sentence arbitrale

Le fondement contractuel de l'arbitrage insiste sur l'impérieuse exigence d'un accord de volonté des parties pour retirer aux juridictions étatiques la connaissance du litige afin d'en confier la charge à un juge

privé (Paris, 14 mars 2002). Celui-ci ne peut trancher que le litige qui lui a été confié par les parties.

Celui-ci ne peut trancher que le litige qui lui a été confié par les parties elles-mêmes (Civ. 1^{ère}, 9 oct. 1990). Une fois la contestation vidée par la sentence, l'arbitre perd le pouvoir juridictionnel. L'accord de volonté des parties à l'arbitrage constitue la limite du pouvoir juridictionnel de l'arbitre. Il s'exprime sous la forme d'une convention d'arbitrage. Ce terme générique de jadis retenu par le CPC (article 1142 CPC), englobe la clause compromissoire stipulée par les parties avant la naissance du litige ainsi que le compromis qu'elles établissent une fois le litige né.

Le caractère juridictionnel de l'arbitrage cantonne l'institution au règlement des litiges confiés par les parties à un tiers. Le tiers saisit l'arbitre de l'allégation de certains faits entre lesquels il tranchera en droit, ou en équité, s'il statue comme amiable compositeur, met en œuvre le pouvoir juridictionnel afin de juger définitivement le litige. Le droit français revêt la sentence arbitrale de l'autorité de chose jugée de sa prononciation (Com 28 juin 2011). Il faut insister sur ce point : le pouvoir juridictionnel confié à l'arbitre est retiré à toute autre juridiction. L'effet de la convention d'arbitrage est donc remarquable puisqu'elle limite l'exercice du pouvoir juridictionnel par les tribunaux étatiques. Toutefois, à la différence des jugements rendus par les tribunaux français, la force exécutoire manque aux sentences arbitrales. En l'absence d'exécution spontanée, une ordonnance d'exequatur est nécessaire et permettra le cas échéant d'obtenir l'exécution forcée. Néanmoins, et là encore se trouve l'intérêt de l'arbitrage, la Convention de New-York de 1958 permet de reconnaître la validité et l'exécution de

plein droit des sentences arbitrales étrangères dans les États contractants (articles III, IV, V, VI et VII). Or la France et de nombreux pays africains (Côte d'Ivoire, RDC, Mali, Sénégal...) l'ont signée et ratifiée.

B-Les recours contre les sentences arbitrales et leur exécution par le juge administratif

Le juge national pourra intervenir d'abord, si la sentence arbitrale n'est pas exécutoire, par le biais d'un jugement en exequatur. Il semble rare qu'une partie demande au juge administratif l'exequatur d'une sentence, de telle sorte que les règles applicables ne sont pas parfaitement établies. Le juge administratif a traité des demandes d'exequatur de décisions étrangères mais très peu de demandes d'exequatur de sentences arbitrales, bien qu'on trouve un exemple récent (TA Poitiers, 15 décembre 2020). La raison en est très probablement le petit nombre d'arbitrages en droit public et le fait que la plupart des sentences sont exécutées spontanément, de telle sorte que l'exequatur est inutile.

Quant à la compétence matérielle, dans un arrêt rendu à propos d'une sentence internationale, le Conseil d'État a indiqué que le tribunal administratif est compétent, en premier ressort, pour accorder l'exequatur à une sentence (CE, 19 avril 2013, Syndicat mixte des aéroports de Charente c. Ryanair).

Le juge national pourra ensuite intervenir en cas de contestation de la sentence arbitrale, que cela soit au regard des règles procédurales applicables à l'arbitrage, à la validité de la convention d'arbitrage ou encore à la solution au fond de la sentence (méconnaissance de certaines dispositions d'ordre public ou de lois de police). Seules les sentences arbitrales, internes ou internationales, rendues en France, c'est-à-

dire par un tribunal arbitral siégeant en France, peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge administratif (CE, 19 avril 2013, n° 352750, Syndicat mixte des aéroports de Charente c. Ryanair). Au contraire, les sentences internationales rendues à l'étranger ne peuvent être contrôlées par le juge administratif français que par le biais d'une procédure d'exequatur. Avec sagesse, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits se sont rangés au principe énoncé par le Code de procédure civile (Art. 1518.), qui semble reconnu par toutes les législations étrangères.

Article co-écrit avec Viktor Acar