

UIA – Barreau du Sénégal
L'arbitrage au Sénégal : perspectives africaines et internationales
Saly 28 février – 1^{er} mars 2014

Synthèse des travaux
L'arbitrage au Sénégal : perspectives internationales

Laurence Kiffer¹

En introduction à nos travaux, le Ministre de la justice du Sénégal, M. Sidiki Kaba et le Bâtonnier Mame Adama Gueye ont souligné l'importance de la formation des avocats pour leur permettre de profiter des opportunités économiques.

Le rôle de l'Etat comme opérateur économique a également été évoqué à de nombreuses reprises au cours de nos travaux.

L'actualité montre que le Sénégal est en marche.

L'Initiative sur la Transparence des Industries Extractives (ITIE) a approuvé en octobre 2013 la demande de candidature du Sénégal. Le pays appliquera désormais la norme ITIE qui garantira la transparence accrue des revenus tirés par l'Etat de ses ressources extractives.

Par ailleurs, la revue *Jeune Afrique* titrait dans son numéro du 23 février au 1^{er} mars 2014 sur l'opération séduction menée par le Sénégal auprès des bailleurs de fonds et investisseurs internationaux pour lever des fonds destinés à financer un ambitieux programme visant à accélérer la croissance et l'aider à atteindre le statut de pays émergent en 2035.

L'arbitrage est le mode normal de résolution des litiges internationaux, a rappelé C. Bolteau Serre.

A l'instar de l'importance pour les investisseurs de la clause de stabilisation juridique et fiscale telle que relevée par notre confrère Me Kébé, l'arbitrage est le mode de résolution des litiges qui donne confiance aux investisseurs, mais aussi celui imposé par la Banque Mondiale.

¹ Laurence Kiffer est avocat au Barreau de Paris et associée du cabinet Teynier, Pic et Associés (www.teynier.com).

Bien que le Bâtonnier Niane ait relevé le déséquilibre entre les intérêts des Etats et ceux des populations, l'amélioration des conditions de vie de la population passe par les investissements dans le pays.

Parce que les avocats doivent s'impliquer dans le développement du pays, ils doivent connaître et maîtriser le mécanisme de résolution des litiges qu'est l'arbitrage.

Qu'est ce que l'arbitrage ?

L'arbitrage, mode alternatif de règlement des litiges, alternatif par rapport à la justice étatique mais mode juridictionnel de règlement des litiges à l'instar de la justice étatique.

Comme nous l'a dit le Professeur G. Kenfack, il se définit comme une méthode de règlement des différends dans lequel les parties conviennent de soumettre leur litige à des particuliers, les arbitres, qu'elles choisissent.

Pourquoi choisir l'arbitrage ?

- Un forum neutre et réellement international qui sort la résolution du litige de la sphère des tribunaux de chaque Etat ;
- Des arbitres choisis en fonction des besoins du litige mais des arbitres impartiaux, indépendants et disponibles, comme l'a souligné le Professeur G. Kenfack et ainsi que le prévoit la plupart des lois et des règlements d'arbitrage ;
- Une sentence arbitrale finale avec des motifs de recours limités aux griefs prévus par la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, à laquelle le Sénégal a adhéré. On évite ainsi l'appel et la cassation prévue pour les jugements ;
- Une exécution plus facile de la sentence arbitrale avec un taux d'exécution spontané de l'ordre de 90%. Comme il a été rappelé, les parties ayant prévu de façon dérogatoire le recours à l'arbitrage comme mode de résolution de leurs litiges, elles se sont engagées implicitement à exécuter la décision arbitrale.

Les tribunaux français ont d'ailleurs jugé d'ailleurs en ce sens dans l'affaire *Creighton* évoquée par Mme Bolteau-Serre qui nous a exposé l'état de la

jurisprudence française sur l'immunité d'exécution des Etats. Il a été souligné que si, dans le respect de ses engagements diplomatiques et avec une vision très protectrice de l'Etat étranger, la jurisprudence française exige, pour écarter l'immunité d'exécution d'un Etat, « une renonciation spéciale et expresse visant les biens en cause », tel n'est pas le cas de toutes les juridictions. Le Président Aboubacar Fall a rappelé la distinction entre les biens publics non saisissables et les biens affectés à une activité commerciale.

A. Fénéon a souligné que les Etats africains coopéraient à l'arbitrage CIRDI, tant du point de vue de la constitution du Tribunal arbitral que de l'exécution des sentences arbitrales.

Cependant, pour que l'arbitrage puisse être mis en œuvre, il faut s'assurer de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Les avocats doivent être formés à la rédaction des clauses d'arbitrage pour que celles-ci puissent être opérationnelles à l'apparition du litige.

L'importance du rôle des magistrats qui sont nombreux à avoir participé à nos travaux doit être aussi soulignée. En effet, dans le cadre de l'arbitrage *ad hoc* et donc en l'absence d'institution d'arbitrage, le juge que l'on qualifie alors de juge d'appui devra apporter son soutien à la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage notamment au stade de la constitution du tribunal ou des mesures provisoires ou conservatoires. Il est donc aussi essentiel que les magistrats soient formés afin que la justice arbitrale ne leur apparaisse pas comme une justice concurrente mais comme une justice dans le cadre de laquelle ils ont un rôle à jouer.

Quelle forme peut prendre l'arbitrage ?

- **Arbitrage *ad hoc*** qui est entièrement organisé par les parties. On a peu parlé de l'arbitrage CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International), qui figure pourtant comme mode de résolution des litiges dans certains TBI signés par le Sénégal. Il s'agit d'un arbitrage *ad hoc* soumis au règlement d'arbitrage de la CNUDCI ;
- **Arbitrage institutionnel** qui est organisé par une institution d'arbitrage dans le cadre d'un règlement d'arbitrage qui a valeur contractuelle entre les parties.

Tout en ayant vanté la souplesse de l'arbitrage *ad hoc*, les orateurs ont souligné la sécurité et la prévisibilité de l'arbitrage institutionnel.

Diamana Diawara a souligné que l'institution dans l'arbitrage jouait le rôle de contrat d'assurance pour les parties.

On distingue aussi l'**arbitrage commercial**, qui naît de la volonté des parties exprimée dans la clause d'arbitrage de leur contrat ou d'un compromis, de l'**arbitrage fondé sur les traités bilatéraux d'investissement (TBI)** dont nous a parlé le Président Aboubacar Fall. Dans ces traités, à la différence de l'arbitrage commercial, les Etats signataires s'engagent à assurer aux investisseurs ressortissant de l'autre pays un traitement comparable à celui qu'ils assurent à leurs propres investisseurs et prévoient que ces investisseurs puissent avoir recours à l'arbitrage comme mode de règlement des litiges résultant d'une atteinte à leur investissement telle que l'expropriation.

Le Sénégal est signataire de 17 TBI dont seuls 11 sont entrés en vigueur. L'essentiel de ces TBI prévoit un arbitrage CIRDI ou CNUDCI comme mode de résolution des litiges entre investisseurs et Etats. On notera que le dernier TBI conclu entre le Sénégal et la France, ratifié en 2010, laisse le choix à l'investisseur de recourir à un arbitrage CIRDI, CNUDCI ou CCJA. Le code sénégalais des marchés publics prévoit aussi le recours à l'arbitrage aux termes de l'acte uniforme OHADA.

Les différents types d'institutions d'arbitrage

Plusieurs types d'institutions d'arbitrage ont été évoqués lors de nos travaux.

Nous avons parlé des institutions locale – le Centre d'arbitrage et de médiation de la chambre de commerce et d'agriculture de Dakar (CAMC) – et régionale – la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) créée dans le cadre de l'OHADA.

On retrouve aussi au niveau des institutions une dichotomie entre les institutions qui sont plus orientées vers l'arbitrage commercial et celles dédiées à l'arbitrage relatif aux investissements.

Nous avons évoqué diverses institutions au cours de nos travaux :

- **La Chambre de Commerce Internationale (CCI)** qui est l'institution d'arbitrage la plus importante (57% des arbitrages, nous a dit Diamana Diawara).

Diamana Diawara et Joachim Kuckenbourg nous ont exposé les évolutions du règlement d'arbitrage de la CCI notamment dans le cadre de la réforme de 2012.

La révision du règlement en 2012 s'est articulée autour de quatre piliers, nous a-t-on expliqué :

- Le contrôle des arbitres ;
- Le contrôle de la procédure ;
- Le contrôle de la sentence ;
- Les coûts.

Des précisions ont été apportées sur les nouveautés du règlement CCI 2012 que constituent :

- L'articulation des procédures avec parties multiples et contrats multiples ;
- La proportionnalité des coûts dans les arbitrages complexes ;
- L'arbitre d'urgence.

Ces évolutions apportées par la dernière version du règlement d'arbitrage de la CCI se retrouvent aussi dans les dernières versions des règlements d'arbitrage d'autres institutions comme ceux des chambres suisses d'arbitrage et des centres internationaux d'arbitrage de Singapour et de Hong Kong. Elles illustrent la complexification des procédures mais aussi une adaptation aux mutations de l'arbitrage, avec notamment pour objectif d'attirer plus facilement les tiers à la procédure.

- **Le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)**, centre d'arbitrage créé sous l'égide de la Banque mondiale par la Convention de Washington à laquelle a adhéré le Sénégal.

A. Diop et R. Dupeyré ont évoqué les particularités de ce mécanisme de règlement des litiges.

On soulignera qu'un seul des TBI signé par le Sénégal prévoit l'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) créée dans le cadre de l'OHADA.

L'arbitrage : comment ça marche ?

L'arbitrage est une procédure à laquelle s'appliquent des règles spécifiques différentes de celles de la procédure civile applicables devant les tribunaux. Ces règles ont contribué à créer une véritable culture de l'arbitrage.

Le Bâtonnier Mame Adama Gueye a appelé les avocats à s'adapter aux pratiques de l'arbitrage et à s'imprégner de cette culture de l'arbitrage.

Il a été rappelé, à de nombreuses reprises, que l'avocat devait se comporter différemment de ce dont il a l'habitude dans son activité contentieuse devant les tribunaux.

Les règles nées de la pratique de l'arbitrage ont été codifiées en partie par l'International Bar Association (IBA). On en a cité quelques unes au cours des débats :

- Les règles de l'IBA sur les conflits d'intérêt ;
- Les règles de l'IBA sur l'administration de la preuve : Me Ndeye Fatou Touré a évoqué l'éventuelle incidence de la *common law* sur le règlement d'arbitrage de la CCI. J. Kuckenburg a rappelé que c'était essentiellement l'efficacité qui primait. La pratique de l'arbitrage a élaboré une procédure qui opère un syncrétisme dans les règles de procédure entre :
 - Les règles de procédures de la tradition de droit civil avec une procédure essentiellement écrite ;
 - Les règles de procédure de *common law* : demandes de production de pièces, témoignages.

Ces règles sur l'administration de la preuve sont intégrées dans les techniques de gestion de la procédure constituant les bonnes pratiques, telles que celles préconisées par la CCI en Appendix IV de son règlement d'arbitrage et présentées par J. Kuckenburg.

Les travaux de la commission de l'arbitrage de l'UIA lors de son congrès annuel qui se tiendra à Florence du 29 octobre au 2 novembre 2014 porteront justement sur ce thème de l'administration de la preuve dans l'arbitrage international.

- L'IBA vient aussi d'adopter de nouvelles règles sur la représentation des parties dans l'arbitrage, règles qui expliquent comment l'avocat doit se comporter dans la procédure et peuvent lui fournir un cadre.

Pourquoi n'y a-t-il pas de place d'arbitrage en Afrique ?

On a évoqué la bagarre que se livrent les grandes capitales de l'arbitrage : Londres, Paris et Genève.

Il a été regretté que tout se passe ailleurs qu'au Sénégal ou même plus largement en Afrique, alors peut-être faut-il revenir sur les éléments qui ont fait émerger ces places, notamment les nouvelles places d'arbitrage en Asie que sont Singapour et Hong Kong.

Les facteurs favorisant la création d'une place d'arbitrage :

- Un cadre juridique et institutionnel favorable à l'arbitrage ;
- Une adhésion de la place aux conventions internationales notamment aux conventions de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et de Washington de 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats ;
- Le siège d'une institution locale ou internationale.

Bien que les arbitrages CCI puissent prévoir un siège n'importe où, la pratique montre qu'une centaine d'arbitrage sont localisés chaque année à Paris, ce qui participe au développement de la place de Paris comme siège d'arbitrage.

C'est le cas de Londres avec la LCIA, qui prévoit même que lorsque les parties n'ont pas prévu de lieu d'arbitrage, l'arbitrage se déroulera à Londres (siège par défaut).

Les suisses l'ont bien compris et, là aussi, le rôle des avocats a été essentiel. Alors que chaque canton de la confédération helvétique avait sa propre chambre de commerce avec son centre d'arbitrage et son règlement, ces chambres de commerce ont été fédérées autour d'un règlement d'arbitrage commun, celui des « chambres suisses d'arbitrage » qui a donné une impulsion à la place.

Singapour et Hong Kong ont également leurs centres d'arbitrage et un cadre juridique favorable à l'accueil des sentences arbitrales.

Le Sénégal dispose d'atouts :

- Il ne fait aucun doute, comme l'ont souligné notre confrère F. Sarr et M. Lamotte, que le Sénégal dispose du cadre juridique propice, ayant adhéré aux conventions internationales précitées. A. Dieng a aussi indiqué que les textes étaient complets et d'une bonne qualité.
- Même si la similarité de fonctionnement de la CCJA et du CIRDI à certains égards a été mentionnée par A. Diop, il a été fait état des faiblesses des institutions locale et régionale notamment au regard de leur visibilité et de leurs coûts. Or les orateurs ont été unanimes pour dire que le développement de l'arbitrage passe par la confiance dans les institutions d'arbitrage (CAMC et CCJA).
- Les investisseurs, comme l'a souligné François Sarr, s'interrogent toujours sur la compétence et la crédibilité de l'institution. C'est la crédibilité des institutions telles que la CCI ou le CIRDI qui fait leur succès. Y. Sakho et S. Niang ont confirmé que les litiges relatifs aux conventions de service public étaient soumis à l'arbitrage CIRDI ou CCI.

On peut cependant se joindre aux messages d'espoir de M. Diouf et d'Amadou Dieng avec les mesures prises récemment :

- Le recrutement par la CCJA d'un Secrétaire Général, spécialiste de l'arbitrage, N. AKA ;
- La réflexion engagée avec le CAMC ;
- L'appui de la Facilité africaine de soutien juridique pour la mise en place de projets de partenariat entre cabinets d'avocats étrangers et africains, pour la formation à la négociation de contrats et notamment à la négociation des clauses de résolution de litiges et à l'arbitrage, comme nous l' a expliqué S. Karangisi.

K. Gadio a invité les avocats à travailler en amont des litiges, dans les accords, à l'instar de ce que font les anglo-saxons.

O. Cissé, s'agissant des accords d'exploitation des mines, a lancé une piste de réflexion intéressante avec l'idée d'une « mise en réseau des compétences ». Il a aussi appelé à plus de transparence. Cette transparence est dans l'air du temps. On peut encore se référer à l'Initiative sur la Transparence des Industries Extractives (ITIE) mentionnée en introduction

mais aussi au règlement que la CNUDCI a adopté en 2013 sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondés sur des traités.

Le lancement d'une institution prend du temps et A. Diop a rappelé qu'il avait fallu 25 ans au CIRDI pour décoller.

Enfin, en guise de conclusion, et bien que ce séminaire ait été dédié à l'arbitrage, mode juridictionnel de règlement des litiges, on a vu émerger, au cours des débats, un intérêt pour les modes amiables de résolution des litiges.

Dans sa présentation, le Président A. Fall a évoqué la médiation comme moyen de règlement des différends entre Etats et investisseurs. Il a fait référence notamment au règlement de médiation de l'IBA de 2012 applicable aux litiges entre investisseurs et Etats.

A. Fénéon a précisé que ce recours à la médiation pouvait s'effectuer après le prononcé de la sentence.

Y. Sakho a aussi rappelé l'importance que pouvait avoir la recherche d'une solution amiable avant le recours à l'arbitrage dans le cadre des litiges relatifs aux marchés publics.