

Volume 36, No. 3, 2018

ASA Bulletin

Founder: Prof. Pierre Lalive
Editor in Chief: Matthias Scherer



Association Suisse de l'Arbitrage
Schweiz. Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
Associazione Svizzera per l'Arbitrato
Swiss Arbitration Association

ASA BULLETIN

Founder: Professor Pierre LALIVE

Editor in Chief: Matthias SCHERER

Published by:

Kluwer Law International

PO Box 316

2400 AH Alphen aan den Rijn

The Netherlands

e-mail: irs-sales@wolterskluwer.com

Aims & Scope

Switzerland is generally regarded as one of the World's leading place for arbitration proceedings. The membership of the Swiss Arbitration Association (ASA) is graced by many of the world's best-known arbitration practitioners. The Statistical Report of the International Chamber of Commerce (ICC) has repeatedly ranked Switzerland first for place of arbitration, origin of arbitrators and applicable law.

The ASA Bulletin is the official quarterly journal of this prestigious association. Since its inception in 1983 the Bulletin has carved a unique niche with its focus on arbitration case law and practice worldwide as well as its judicious selection of scholarly and practical writing in the field. Its regular contents include:

- Articles
- Leading cases of the Swiss Federal Supreme Court
- Leading cases of other Swiss Courts
- Selected landmark cases from foreign jurisdictions worldwide
- Arbitral awards and orders under various auspices including ICC, ICSID and the Swiss Chambers of Commerce (“Swiss Rules”)
- Notices of publications and reviews

Each case and article is usually published in its original language with a comprehensive head note in English, French and German.

Books and journals for Review

Books related to the topics discussed in the Bulletin may be sent for review to the Editor (Matthias Scherer, LALIVE, P.O. Box 6569, 1211 Geneva 6, Switzerland).

ASA Board

Association Suisse de l'Arbitrage/Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit/Associazione Svizzera per l'Arbitrato/Swiss Arbitration Association

EXECUTIVE COMMITTEE

Elliott GEISINGER, President, Geneva
Dr Bernhard BERGER, Vice President, Bern
Dr Bernhard F. MEYER, Vice President, Zurich
Felix DASSER, Member, Zurich
Christoph MÜLLER, Member, Neuchâtel

MEMBERS OF THE ASA BOARD

Domitille Baizeau, Geneva Sébastien BESSON, Geneva –
Harold FREY, Zurich – Michael HWANG, Singapore –
Nadja JAISLI KULL, Zurich – François KAISER, Lausanne –
Pierre MAYER, Paris – Andrea MEIER, Zurich –
Andrea MENAKER, New York – Gabrielle NATER-BASS, Zurich –
Christian OETIKER, Basel – Yoshimi OHARA, Tokyo –
Paolo Michele PATOCCHI, Geneva – Henry PETER, Lugano –
Wolfgang PETER, Geneva – Franz T. SCHWARZ, London –
Anke SESSLER, Frankfurt – Frank SPOORENBERG, Geneva –
Nathalie VOSER, Zurich

HONORARY PRESIDENTS

Dr Marc BLESSING, Zurich – Dr Pierre A. KARRER, Zurich –
Prof. Dr Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, Geneva –
Michael E. SCHNEIDER, Geneva – Dr Markus WIRTH, Zurich

HONORARY VICE-PRESIDENT

Prof. François KNOEPFLER, Cortaillod

EXECUTIVE DIRECTOR

Alexander MCLIN, Geneva

ASA Secretariat

4, Boulevard du Théâtre, P.O.Box 5429, CH-1204 Geneva,
Tel.: ++41 22 310 74 30, Fax: ++41 22 310 37 31;
info@arbitration-ch.org, www.arbitration-ch.org

FOUNDER OF THE ASA BULLETIN

Prof. Pierre LALIVE

ADVISORY BOARD

Prof. Piero BERNARDINI – Dr Matthieu DE BOISSESON –
Prof. Dr Franz KELLERHALS – Prof. François KNOEPFLER –
Prof. François PERRET – Prof. Pierre TERCIER – V.V. VEEDER QC. –
Dr Werner WENGER

EDITORIAL BOARD

Editor in Chief

Matthias SCHERER

Editors

Dr Philipp HABEGGER – Dr Cesare JERMINI –
Dr Bernhard BERGER – Catherine A. KUNZ –
Dr Johannes LANDBRECHT

EDITORIAL COORDINATOR

Angelika KOLB-FICHTLER
akolb-fichtler@lalive.law

CORRESPONDENCE

ASA Bulletin

Matthias SCHERER

Rue de la Mairie 35, CP 6569, CH-1211 Genève 6

Tel: +41 58 105 2000 – Fax: +41 58 105 2060

mscherer@lalive.law

(For address changes please contact
info@arbitration-ch.org/tel +41 22 310 74 30)

Published by Kluwer Law International
P.O. Box 316
2400 AH Alphen aan den Rijn
The Netherlands

Sold and distributed in North, Central
and South America by Aspen
Publishers, Inc.
7201 McKinney Circle
Frederick, MD 21704
United States of America

Sold and distributed in all other countries
by Air Business Subscriptions
Rockwood House
Haywards Heath
West Sussex
RH16 3DH
United Kingdom
Email: international-customerservice@wolterskluwer.com

ISSN 1010-9153

© 2018, Association Suisse de l'Arbitrage
(in co-operation with Kluwer Law International, The Netherlands)

This journal should be cited as ASA Bull. 3/2018

The ASA Bulletin is published four times per year.
Subscription prices for 2018 [Volume 36, Numbers 1 through 4] including postage
and handling: 2018 Print Subscription Price Starting at EUR 353/ USD 468/ GBP 259.

This journal is also available online at www.kluwerlawonline.com.
Sample copies and other information are available at irus.wolterskluwer.com

For further information please contact our sales department
at +31 (0) 172 641562 or at international-sales@wolterskluwer.com.

For Marketing Opportunities please contact international-marketing@wolterskluwer.com

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval
system, or transmitted in any form or by any means, mechanical, photocopying,
recording or otherwise, without prior written permission of the publishers.

Permission to use this content must be obtained from the copyright owner.
More information can be found at:
irus.wolterskluwer.com/policies/permissions-reprints-and-licensing.

Printed on acid-free paper

L'« étape préalable » dans le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation OHADA

MICHAEL W. BÜHLER, ANNE-SOPHIE GIDOIN*

Introduction

Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation des dix-sept Etats formant l'Organisation pour l'Harmonisation du droit des Affaires en Afrique (l'« OHADA ») est le premier texte en matière d'arbitrage qui encadre la phase de résolution des litiges qui, dans certains cas, précède la procédure arbitrale, et qu'on peut appeler l'« étape préalable » au recours à l'arbitrage.

Le 23 novembre 2017, le Conseil des ministres de l'OHADA¹, réuni à Conakry, en République de Guinée, a adopté trois nouveaux textes. En matière d'arbitrage, l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage (l'« AUA ») et le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (le « Règlement d'arbitrage CCJA »), datant tous les deux de 1999, ont été révisés. En matière de médiation, l'OHADA s'est dotée d'un Acte uniforme sur la médiation (l'« AUM »). Ces textes sont entrés en vigueur le 15 mars 2018².

L'innovation majeure de ces trois textes est l'ajout de dispositions encadrant l'« étape préalable » à l'arbitrage. Les articles 8-1 de l'AUA, 21-1 du Règlement d'arbitrage CCJA, et 15 de l'AUM, permettent ainsi à un tribunal arbitral confronté à une convention imposant aux parties de suivre une étape de résolution du différend préalable à l'arbitrage, de renvoyer, le cas échéant, à l'accomplissement d'une telle étape.

Ces nouvelles dispositions du droit OHADA, qui n'apparaissent dans aucun autre règlement ou loi d'arbitrage ou de médiation, s'inscrivent dans un contexte de recours croissant à des clauses de règlement des différends à plusieurs niveaux, dites « clauses palier ».

* Michael W. Bühler, Partner, JONES DAY; Anne-Sophie Gidoïn, Avocat au Barreau de Paris, JONES DAY.

¹ A titre de rappel, l'OHADA a été créée par le Traité relatif à l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, signé le 17 octobre 1993 à Port Louis et révisé à Québec le 17 octobre 2008. Elle regroupe les dix-sept Etats membres suivants : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, la Côte d'Ivoire, le Congo, les Comores, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée-Equatoriale, le Mali, le Niger, la République démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad, et le Togo.

² Ces nouveaux textes sont disponibles sur le site officiel de l'OHADA, dans les quatre langues officielles de l'OHADA, au lien suivant : <http://www.ohada.org/index.php/fr/aua-droit-de-l-arbitrage/aua-presentation-et-innovations>.

De telles clauses se trouvent dans des conventions d'arbitrage, des lois d'arbitrage ou d'investissement, ou encore dans des traités d'investissement bilatéraux ou multilatéraux, et se distinguent par des caractéristiques communes³. Premièrement, ces clauses prévoient un mécanisme de règlement des différends qui comporte plusieurs niveaux et plusieurs méthodes de résolution des litiges⁴. Par exemple, elles peuvent prévoir une phase de négociation, de conciliation, de médiation⁵, le recours à des experts, ou à des *Dispute Boards*⁶. Deuxièmement, chaque niveau et méthode de règlement des différends intervient si le niveau et la méthode inférieurs n'ont pas permis de résoudre le différend. Troisièmement, au niveau supérieur, le différend est généralement soumis à un règlement contentieux, soit par un tribunal étatique, soit par un tribunal arbitral.

La formulation des « clauses palier » est donc variable, et peut être très sophistiquée. La « Clause D : Obligation de soumettre le différend au Règlement de médiation de la CCI, puis à un arbitrage si nécessaire » de la

³ Oetiker, Walz, « *Non-Compliance with Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Switzerland* » in Scherer (ed), ASA BULLETIN 4/2017, pp 872-887, p. 872. Voir aussi Vetulli, Kaufman, « *Chapter I : The Arbitration Agreement and Arbitrability, Deciding who decides : Issues arising out of the Failure to fulfil Pre-Arbitration Requirements* » in Klausegger, Klein, et al. (eds) 2017 AUSTRIAN YEARBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION, pp 59-74, p. 59. Pour une présentation générale des clauses « palier », voir Pappas, Vlavianos, « *Multiple Tiers, Multiple Risks – Multiple Tier Dispute Resolution Clauses* », 2018 DISPUTE RESOLUTION INTERNATIONAL 12(1), pp 5-16.

⁴ A ce titre, l'on pourrait également se référer à ces clauses en français en tant que « clauses graduées ». Le terme anglais de « *multi-tier clauses* » reflète ces différents niveaux de règlement des différends.

⁵ L'article premier a) de l'AUM définit la médiation comme « tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord [...] découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des Etats ». La médiation couvre ainsi aussi la conciliation, dont sur un plan législatif, elle ne se distingue pas. Le Professeur Fouchard a ainsi rappelé qu'« il n'y a pas de raisons en droit de différencier radicalement conciliation et médiation, car toutes deux sont des processus visant à régler un litige par la recherche d'un accord », Dossier « La médiation et la conciliation » dans DROIT ET PATRIMOINE n°77, décembre 1999, pp 36-41.

⁶ Le terme anglais « *Dispute Board* » vise un comité généralement de 1 ou 3 membres créé par les parties à un contrat de construction dès le début du contrat, et chargé des différends qui peuvent surgir lors de la réalisation du projet, objet du contrat. On distingue le *Dispute Review Board*, qui émet des recommandations, du *Dispute Adjudication Board* (« *DAB* ») qui rend des décisions. Les décisions du DAB s'imposent aux parties, à moins que l'une des parties déclare s'y opposer dans un délai prédéterminé ; dans ce cas le différend en question fera l'objet d'un arbitrage. Voir à ce sujet le Règlement relatif aux *Disputes Board*, de 2015 de la Chambre de Commerce Internationale (Centre International d'ADR), qui comprend même un « *Combined Dispute Board* ».

CCI correspond à une « clause palier » type que l'on pourrait qualifier de simple⁷. A l'inverse, certaines clauses à plusieurs étapes ou plusieurs conditions préalables à l'arbitrage, peuvent s'avérer complexes. C'est le cas notamment des clauses qui prévoient des négociations préalables avec des représentants hiérarchiques précis, voire différents niveaux (croissants) de représentants hiérarchiques, stipulant des délais fixes ou exigeant des notifications écrites des demandes avant d'autoriser le recours à l'arbitrage. Les clauses prévoyant le recours aux *Dispute Boards* peuvent également être complexes, à l'image de la clause type de la CCI prévoyant un *Combined Dispute Board* suivi, le cas échéant, d'une procédure d'arbitrage CCI⁸.

En pratique, la mauvaise rédaction et la question du respect des conditions prévues par les « clauses palier » sont souvent sources de désaccord entre les parties. Les conflits sur l'interprétation divergente des parties de ces clauses ou de leur respect soulèvent des problématiques délicates pour les tribunaux arbitraux et les juges étatiques, aussi bien à l'intérieur de l'OHADA, qu'en dehors⁹. Face à ces clauses, la première question qui peut devenir source de divergence sérieuse entre les parties est celle de leur caractère obligatoire ou non. Pour les uns, il s'agit d'une condition préalable au recours à l'arbitrage, pour les autres, d'une simple faculté. Lorsqu'une partie estime que la poursuite d'une telle étape conduit à une perte de temps et à des coûts injustifiés, et que seule la décision par le tribunal arbitral permettra de résoudre le litige, elle sera d'autant plus encline à soutenir que la poursuite de l'étape préalable ne constitue pas un engagement juridique, mais n'est qu'une option à la disposition des parties. Cette question nécessite que l'arbitre ou, le cas échéant,

⁷ Cette clause est formulée de la façon suivante :

« En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties soumettent en premier lieu le différend à la procédure prévue par le Règlement de médiation de la CCI. Si le différend n'a pas été réglé dans le cadre dudit Règlement dans un délai de [45] jours suivant le dépôt de la demande de médiation ou dans tout autre délai dont les parties peuvent convenir par écrit, le différend sera ensuite tranché définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres conformément à celui-ci ». Voir le Règlement de Médiation de la CCI de 2014, « Clauses de médiation ».

⁸ Voir Le Règlement relatif aux *Disputes Boards*, supra note 5.

⁹ Voir à ce sujet Cremades, « ¿ *Que sanción en caso de incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de controversias ?* » 2016 SPAIN ARBITRATION REVIEW 26, pp 57-70, pp 57-58. En Suisse par exemple, le Tribunal fédéral a été saisi de recours contre des sentences arbitrales rendues en présence de clauses « palier » à de nombreuses reprises. Voir par exemple, les arrêts du Tribunal fédéral du 8 juillet 2003 dans l'affaire 4P.67/2003, ASA BULLETIN 2/2004, p. 353, du 16 mai 2011 dans l'affaire 4A_46/2011, ASA BULLETIN 3/2011, p. 643, ou du 7 juillet 2014 dans l'affaire 4A_124/2014, ASA BULLETIN 4/2014, p. 826.

le juge examine la formulation de la clause selon les règles d'interprétation applicables au contrat ou bien au traité qui la contient.

Le présent article s'intéresse uniquement aux « clauses palier » dont le caractère obligatoire est confirmé, dont le respect est une condition préalable à l'arbitrage, désignées ci-après comme « Clause(s) Palier », ainsi qu'à l'« étape préalable » obligatoire avant de pouvoir initier une procédure arbitrale, quelle que soit la forme de cette étape, désignée en tant qu'« Etape Préalable ».

La deuxième question est avant tout d'ordre factuel, et porte sur le respect d'une Clause Palier. Cela dépend de chaque espèce, mais peut s'avérer difficile à déterminer en pratique. La troisième question pouvant donner lieu à des différends est celle de la sanction en cas de non-respect d'une Clause Palier par les parties¹⁰. La réponse à cette question dépend de la qualification du non-respect de l'étape préalable obligatoire, qui varie selon le lieu de l'arbitrage. Il peut notamment s'agir d'une question de compétence ou d'une question de recevabilité¹¹. La différence de qualification, entre compétence et recevabilité pour le tribunal arbitral, n'est pas anodine, en ce qu'elle détermine la possibilité pour le juge de contrôler la décision du tribunal. S'il s'agit de recevabilité, la décision du tribunal est en principe finale alors que s'il s'agit de compétence, elle pourra être examinée par le juge comme moyen d'annulation¹².

La réponse à l'ensemble de ces questions dépend de la loi du siège de l'arbitrage et peut donc varier d'une juridiction à l'autre¹³. Le présent article s'intéresse aux positions suisse et française, qui apparaissent comme étant les plus abouties à ce sujet, tout en se distinguant l'une de l'autre par des approches différentes. Dans des arrêts rendus à quelques mois d'intervalle, le Tribunal

¹⁰ Pappas, Vlavianos, *op. cit.*, pp 5-16, pp 8-11 notant que la sanction du non-respect d'une Clause Palier n'est notamment pas tranchée aux Etats-Unis, en Angleterre, au Canada, ou encore en Australie.

¹¹ Voir à ce titre Paulsson, « *Jurisdiction and Admissibility* », *GLOBAL REFLECTIONS ON INTERNATIONAL LAW, COMMERCE AND DISPUTE RESOLUTION, LIBER AMIROCUM IN HONOUR OF ROBERT BRINER* (Novembre 2005, ICC Publishing), p. 601. Pour une réflexion sur cette question en arbitrage d'investissement, voir Heiskanen, « *Ménage à trois ? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration* » *ICSID REVIEW* (2013) pp 1-16.

¹² Paulsson, *op. cit.*, p. 603.

¹³ Cremades, *op. cit.*, pp 57-58. Voir également pp 66- 68, notant que de telles divergences entre la France et la Suisse résulteraient en premier lieu des conceptions fondamentalement opposées que chaque système a concernant les concepts de recevabilité et de compétence. Au-delà, ces divergences résulteraient également de l'importance plus ou moins grande que confère chaque système au droit du siège de l'arbitrage : traditionnellement, le droit français aurait une conception plus délocalisée de l'arbitrage international que le droit suisse.

fédéral suisse et la Cour d'appel de Paris ont développé leurs approches différentes vis-à-vis de la sanction du non-respect des étapes de conciliation obligatoire préalable à l'arbitrage prévues par les clauses contractuelles. Le 16 mars 2016, le Tribunal fédéral a admis un recours en annulation contre une sentence arbitrale sur le fondement de l'incompétence du tribunal arbitral, et annulé la sentence arbitrale en cause pour non-respect de l'étape de conciliation préalable à l'arbitrage, tout en renvoyant les parties à la mise en œuvre de cette étape¹⁴. A l'inverse, le 18 juin 2016, la Cour d'appel de Paris a rejeté un recours en annulation contre une sentence arbitrale, au motif que le moyen tiré d'une clause préalable de conciliation ne constitue pas une exception d'incompétence mais une question relative à la recevabilité des demandes¹⁵.

Dans un tel contexte, le présent article s'intéresse aux apports du nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation OHADA au sujet de l'Etape Préalable. Après avoir développé dans une première partie les positions divergentes en droit suisse et en droit français de l'arbitrage concernant la sanction du non-respect d'une conciliation préalable à l'arbitrage (I.), une deuxième partie analysera les apports pratiques des nouvelles dispositions du droit OHADA relatives à l'Etape Préalable pour le droit de l'arbitrage et de la médiation (II.).

I. Les positions divergentes en droit suisse et en droit français de l'arbitrage concernant la sanction du non-respect d'une conciliation préalable à l'arbitrage

Le Tribunal fédéral et la Cour d'appel de Paris ont adopté des positions divergentes concernant la sanction du non-respect d'une conciliation préalable à l'arbitrage. La position suisse sera présentée dans une première sous-partie (A.), et la position française fera l'objet d'une deuxième sous-partie (B.).

A. La position suisse

Dans *X c. Y*, le Tribunal fédéral a annulé une sentence arbitrale, jugeant le tribunal arbitral incompétent pour non-respect de l'Etape Préalable qui

¹⁴ *X. Ltd c. Y. SpA*, Arrêt du 16 mars 2016 du Tribunal Fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_628/2015 (142 III 296), ASA BULLETIN 4/2016, p. 988, (ci-après, « *X c. Y* »).

¹⁵ *VIJAY CONSTRUCTION (PROPRIETARY) LTD c. EASTERN EUROPEAN LTD (EEEL)*, Arrêt du 28 juin 2016 de la Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 1, n°15/03504 (ci-après, « *VIJAY c. EEEL* »).

s'imposait aux parties, et a renvoyé les parties à la mise en œuvre de cette Etape Préalable.

Cette affaire résulte d'un différend survenu entre des sociétés étrangères ayant conclu des contrats d'association pour la recherche et l'exploitation de gisements pétrolifères en Algérie et des contrats de groupement en vue de l'exploitation conjointe de ces gisements, concernant la résiliation de ces contrats. Les contrats d'association contenaient une clause de règlement des différends, qui stipulait que « [t]out différend survenant entre les Parties dans l'exécution ou dans l'interprétation du [...] Contrat qui ne peut être résolu par les Parties, fera dans un premier temps, l'objet d'une tentative de conciliation en application du Règlement ADR (Alternative Dispute Resolution) de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) ». A défaut de règlement par voie de conciliation, le différend serait tranché en dernier ressort par voie d'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage CNUDCI.

Une procédure de conciliation a été engagée par Y. Après quatre mois, Y s'est cependant retirée en constatant unilatéralement l'échec de la conciliation qu'elle imputait à X. Alors que la conciliatrice qui avait été désignée avait fixé une conférence téléphonique, le conseil de X s'était opposé à la proposition faite par le conseil de Y d'utiliser leur service de conférence téléphonique entre autres pour faciliter la participation des représentants de Y. X soutenait que la conférence téléphonique avait été prévue entre les seuls conseils des parties et la conciliatrice, à l'exclusion des représentants des parties, et suggérait à la conciliatrice, soit de s'en tenir à la configuration initialement prévue, soit de repousser la réunion. Y avait rétorqué qu'il n'avait jamais été décidé que seuls les conseils participeraient à la réunion, et exprimé son désaccord quant au report. Cette réunion avait toutefois été reportée et, bien que la conciliatrice ait repris contact avec les parties par la suite, Y avait engagé une procédure arbitrale en application du Règlement d'arbitrage CNUDCI, constatant l'échec de la conciliation. X considérait qu'il n'y avait pas lieu de prononcer prématurément la fin d'une procédure de conciliation qui n'avait pas commencé. En fin de compte, le centre ADR de la CCI avait formellement constaté la fin de la procédure ADR après avoir entendu les parties.

Dans son arrêt de plus de vingt pages, le Tribunal fédéral admet tout d'abord le recours sur le fondement de l'article 190.2.b de la LDIP suisse, puis il se penche sur l'interprétation de l'article 5 alinéa 1 du Règlement ADR de la CCI (le « Règlement ADR »), qui était applicable à l'étape de

conciliation préalable entre les parties en vertu de la clause de règlement des différends précitée¹⁶.

X, la recourante en annulation, prétendait que cet article n'avait pas été respecté contrairement à la sentence arbitrale qui s'était écartée des avis exprimés par le Centre ADR et par la conciliatrice. Y, l'intimée, faisait principalement valoir que le grief tiré du prétendu non-respect de la procédure de conciliation était invoqué de manière abusive et soutenait subsidiairement que le grief considéré était infondé dès lors que le tribunal arbitral avait affirmé sa compétence à juste titre, la clause contractuelle n'exigeant qu'une tentative de conciliation et non une conciliation, et cette tentative ayant bien eu lieu. Enfin, Y avançait que même s'il était fondé, le recours ne conduirait pas à l'annulation de la sentence mais à la suspension de la procédure arbitrale et à la fixation d'un délai aux parties pour leur permettre de réparer l'inexécution de la tentative de conciliation.

Après avoir rattaché la question du non-respect de l'Etape Préalable au motif du recours en annulation relatif à la compétence du tribunal arbitral, le Tribunal fédéral a développé son interprétation de l'article 5 alinéa 1 du Règlement ADR. Lorsque les parties sont convenues de soumettre leur différend au Règlement ADR, elles ne peuvent se retirer de la procédure avant qu'ait eu lieu la première discussion avec le tiers prévue à l'article 5 alinéa 1 du Règlement.

Le Tribunal fédéral a souligné que « le résultat d'une conciliation est toujours incertain »¹⁷ et considéré que les parties avaient subordonné la validité du recours à l'arbitrage de la CNUDCI à l'obligation d'effectuer, au préalable, une tentative de conciliation conforme en tout point au processus établi par le Règlement ADR. Le Tribunal fédéral a ensuite estimé qu'il n'était pas possible d'admettre que Y avait respecté le préalable obligatoire de conciliation avant d'introduire sa demande d'arbitrage. Toutes les démarches entreprises par les parties, tendant essentiellement à identifier une date possible pour cette discussion entre les parties et la conciliatrice, ne constituaient qu'un préalable à l'entretien prévu par l'article 5 alinéa 1 du Règlement ADR, lequel n'avait donc jamais eu lieu car ces démarches avaient été interrompues avant qu'une date eût été arrêtée à cette fin¹⁸.

¹⁶ L'article 5(1) du Règlement ADR prévoyait que « [l]e Tiers et les parties doivent promptement discuter et rechercher un accord sur la formule à utiliser pour le règlement du litige et doivent s'entretenir du processus ADR spécifique à suivre ».

¹⁷ *X c. Y*, considérant 2.4.1.

¹⁸ Le Tribunal fédéral a noté que cela avait été justement constaté par la conciliatrice et le Centre ADR dans leurs courriers respectifs adressés aux parties en indiquant à ces dernières que la première réunion au sens de l'article 5(1) du Règlement ADR n'avait jamais eu lieu.

Après avoir refusé de qualifier d'abusif le recours de X, le Tribunal fédéral s'est interrogé sur la sanction adéquate du non-respect de l'Étape Préalable. Précisant que sa réponse n'était pas générale, le Tribunal fédéral a écarté les sanctions pécuniaires (dommages-intérêts), ainsi que l'exception d'irrecevabilité de la demande d'arbitrage ou son rejet en l'état. Il a estimé que la meilleure solution était la suspension de l'arbitrage, à laquelle devait s'ajouter la fixation d'un délai permettant aux parties de procéder à la conciliation, si la partie demanderesse avait introduit la procédure arbitrale sans respecter ce préalable, ou de reprendre et terminer une procédure de conciliation valablement engagée mais à laquelle il avait été mis fin indûment. Il revenait au tribunal arbitral d'indiquer à quelles conditions la procédure en cours devant lui serait reprise et de fixer aux parties le délai dans lequel le processus de conciliation devrait être achevé, sauf circonstances exceptionnelles. Le Tribunal fédéral a dans ces conditions admis le recours et annulé la sentence attaquée, tout en suspendant la procédure arbitrale jusqu'à l'achèvement de la procédure de conciliation conformément au Règlement ADR.

Cet arrêt du Tribunal fédéral est important pour trois raisons¹⁹. Il s'agit de la première décision d'annulation en Suisse d'une sentence arbitrale sur le fondement du non-respect d'une clause de conciliation obligatoire préalable à l'arbitrage. De plus, le Tribunal fédéral précise que les parties doivent réellement chercher à mettre en œuvre la clause de conciliation en respectant les conditions prévues à cet effet dans cette clause. Enfin, la sanction adéquate du non-respect de l'Étape Préalable est la suspension de l'arbitrage et la fixation d'un délai pour remédier à cette violation²⁰.

B. La position française

A l'inverse, dans l'affaire *VIJAY c. EEEL*, la Cour d'appel de Paris a refusé d'annuler deux sentences arbitrales au motif que le moyen tiré d'une clause préalable de conciliation ne constitue pas une exception d'incompétence mais une question relative à la recevabilité des demandes, qui n'entre pas dans les cas d'ouverture du recours en annulation.

Les deux sociétés en litige avaient conclu six contrats, EEEL ayant confié à VIJAY l'édification d'un ensemble hôtelier aux Seychelles. Des

¹⁹ Cremades, *op. cit.*, pp 60-62.

²⁰ Cette même sanction a récemment été confirmée par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 20 novembre 2017, Affaire 4A_407/2017, ASA BULLETIN 2/2018, p. 474, résumée dans Scherer, « *Introduction to the Case Law Section* », 36 ASA BULLETIN 2/2018, pp 377-384, para. 8.

différends ayant surgi entre les parties, EEEL avait engagé une procédure d'arbitrage fondée sur la clause compromissoire stipulée par chacun de ces contrats. Cette clause stipule qu'« [e]n cas de différend entre les Parties en vertu du Contrat, ou en vertu de l'exécution et de l'achèvement des Travaux, ou de la réparation des défauts [...] les deux Parties tentent de régler leur différend à l'amiable avant le commencement d'une procédure d'arbitrage ». La procédure arbitrale doit alors se dérouler conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI.

Dans sa sentence partielle, l'arbitre unique s'était déclaré compétent. Dans sa sentence finale, il avait déclaré valable la résiliation des contrats par EEEL et condamné VIJAY notamment à lui payer des dommages-intérêts au titre de la violation des dispositions de certains des six contrats.

VIJAY a alors formé un recours en annulation contre ces deux sentences en invoquant *inter alia* que l'arbitre s'était déclaré à tort compétent (article 1520 1° du CPC). VIJAY soutenait que l'arbitre n'était pas compétent car EEEL n'avait pas respecté le mécanisme de résolution des litiges prévu par les parties à la clause compromissoire.

La Cour d'appel a écarté le moyen tiré de l'incompétence du tribunal arbitral, au motif que

le moyen tiré d'une clause préalable de conciliation ne constitue pas une exception d'incompétence mais une question relative à la recevabilité des demandes, qui n'entre pas dans les cas d'ouverture du recours en annulation énumérés par l'article 1520 du code de procédure civile [...] contrairement à ce que soutient VIJAY, les termes impératifs employés par le contrat pour encadrer le préalable de conciliation n'affectent pas la qualification du moyen [...] il n'appartient donc pas au juge de l'annulation de contrôler l'appréciation à laquelle l'arbitre s'est livré des conditions de notification du différend et de l'observation d'un délai préalable à sa saisine²¹.

Selon la position du droit français de l'arbitrage confirmée dans *VIJAY c. EEEL*²², le non-respect d'une clause contractuelle prévoyant une conciliation obligatoire préalable à l'arbitrage est une fin de non-recevoir jusqu'à l'exécution de cette obligation contractuelle. Cette fin de non-recevoir

²¹ La Cour a finalement rejeté le recours en annulation en écartant également les autres moyens invoqués par VIJAY.

²² La Cour de cassation avait déjà statué dans ce sens dans l'affaire *Poiré c. Tripier*, Arrêt du 14 février 2003 de la Cour de cassation, Chambre mixte, n°00-19.423, in 2003 REVUE DE L'ARBITRAGE, p. 403 (1^{ère} espèce).

s'impose au juge ou, le cas échéant, à l'arbitre si une partie l'invoque, et interrompt le cours de la prescription²³.

II. Les apports pratiques des nouvelles dispositions du droit OHADA relatives à l'Étape Préalable au droit de l'arbitrage et de la médiation

L'encadrement de l'Étape Préalable se retrouve dans les dispositions du droit OHADA relatives à l'arbitrage ainsi qu'à la médiation.

En matière d'arbitrage, le nouvel article 8-1 de l'AUA et le nouvel article 21-1 du Règlement d'arbitrage CCJA intitulé « Étape préalable à l'arbitrage », disposent en des termes identiques :

En présence d'une convention imposant aux parties de suivre une étape de résolution du différend préalable à l'arbitrage, le tribunal examine la question du respect de l'étape préalable si l'une des parties en fait la demande et renvoie, le cas échéant, à l'accomplissement de l'étape préalable.

Si l'étape préalable n'a pas été engagée, le tribunal arbitral suspend la procédure pendant un délai qu'il estime convenable, afin de permettre à la partie la plus diligente de mettre en œuvre cette étape.

Si l'étape préalable a effectivement été engagée, le tribunal arbitral constate, le cas échéant, son échec.

En matière de médiation, l'article 15 de l'AUM, intitulé « Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire », dispose :

Lorsque les parties sont convenues de recourir à la médiation et se sont expressément engagées à n'entamer, pendant une période donnée ou jusqu'à la survenance d'un évènement spécifié, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un différend déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet

²³ Seraglini, Ortscheidt, DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL (Montchrestien), paras 2, 25 se référant à *Poiré c. Tripiér*, Arrêt du 14 février 2003 de la Cour de cassation, Chambre mixte, n°00-19.423, in 2003 REVUE DE L'ARBITRAGE, p. 403 (1^{ère} espèce.). Cette fin de non-recevoir a été établie de manière prétorienne dans la mesure où elle n'apparaît pas à l'article 122 du Code de procédure civile : « il résulte des articles 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que, licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent ».

engagement par le tribunal arbitral ou la juridiction étatique jusqu'à ce que les conditions dont il s'accompagne aient été satisfaites.

Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsqu'une partie estime nécessaire d'engager, à des fins provisoires et conservatoires, une procédure pour la sauvegarde de ses droits. L'engagement d'une telle procédure ne doit pas être considéré en soi comme une renonciation à la convention de médiation ni comme mettant fin à la procédure de médiation.

De plus, l'article 4 de l'AUM portant sur le « Début de la procédure de médiation », précise à son dernier alinéa que :

Sauf convention contraire des parties, le début de la procédure de médiation suspend le délai de prescription de l'action. Lorsque la procédure de médiation a pris fin sans qu'un accord issu de la médiation soit intervenu, le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six (06) mois, à compter du jour où la médiation s'est achevée sans accord.

Les nouvelles dispositions du droit de l'arbitrage et de la médiation OHADA offrent une solution pragmatique inspirée à la fois de la position suisse et de la position française, comme cela sera développé dans une première sous-partie (A.), tout en dépassant ces deux modèles au profit de l'efficacité, comme le décrit une seconde sous-partie (B.).

A. Une solution pragmatique inspirée des positions suisse et française

Tout d'abord, le droit OHADA s'inspire de la position suisse en ce qu'il permet à un tribunal arbitral de suspendre l'arbitrage pendant la mise en œuvre de l'Etape Préalable. Les articles 8-1 de l'AUA et 21-1 du Règlement d'arbitrage CCJA sont formulés afin d'offrir une flexibilité dans la mise en œuvre de cette sanction : la suspension a lieu à la demande d'une partie, et sur décision du tribunal arbitral. L'article 15 de l'AUM est formulé de manière plus générale, exigeant que le tribunal arbitral donne effet à une convention entre les parties prévoyant une Etape Préalable. En pratique, le tribunal arbitral statuera sur l'effet à donner au regard des positions des parties à ce sujet.

Alors que le Tribunal fédéral avait tenu à relativiser la portée de cette solution²⁴, la suspension de la procédure arbitrale pendant la mise en œuvre de l'Étape Préalable apparaît comme la solution la plus efficace. La suspension de l'arbitrage constitue ainsi l'unique sanction permettant le respect de la volonté des parties d'instaurer une étape préalable obligatoire entre elles, sans leur faire perdre pour autant le bénéfice de ce qui a été accompli dans le cadre de la procédure arbitrale²⁵. Comme discuté en introduction, la suspension de la procédure arbitrale résultera en pratique d'un examen approfondi des termes de la clause en question (obligatoire ou non), des faits (respect ou non de cette clause), et, enfin, d'un examen d'opportunité par le tribunal arbitral du renvoi à cette étape selon les circonstances de l'espèce.

En outre, sans que les articles 8-1 de l'AUA, et 21-1 du Règlement d'arbitrage CCJA ne le mentionnent, le législateur OHADA semble suivre l'exemple français, en ce qu'il aborde la question du non-respect de l'Étape Préalable sous l'angle de la fin de non-recevoir²⁶.

Une telle qualification suit la tendance qui semble être celle des tribunaux arbitraux en la matière²⁷. En toute hypothèse, elle suit les critères dégagés par les tribunaux arbitraux et par la doctrine pour distinguer la compétence de la recevabilité, soit la question de savoir si l'exception soulevée vise le tribunal arbitral (compétence) ou bien la demande (recevabilité)²⁸.

²⁴ *X c. Y*, considérant 2.4.4.1 : « [i]l sied d'ailleurs de rappeler, dans ce contexte, la remarque, toujours d'actualité [...] d'après laquelle on peut raisonnablement douter que la question controversée puisse recevoir une réponse adaptée à tous les cas de figure envisageable ».

²⁵ Cremades, *op. cit.*, pp 68-69.

²⁶ Si, sans surprise, le non-respect de l'Étape Préalable ne figure pas en tant que tel parmi les motifs d'annulation d'une sentence arbitrale en droit OHADA, un recours pourrait être formulé sur le fondement de l'article 26(a) de l'AUA, à savoir le fait que le tribunal arbitral ait statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée. Toutefois, dans les quarante-cinq arrêts d'annulation rendus par la CCJA en tant que « cour suprême » du droit l'OHADA, soit dans le cadre de procédures arbitrales sous l'égide du centre d'arbitrage de la CCJA, soit dans le cadre de procédures arbitrales en application de l'AUA, la question de la sanction en cas de non-respect de l'Étape Préalable ne s'est pas posée, et l'on ne peut savoir quelle serait la position de la CCJA à ce sujet.

²⁷ Jimenez Figueres, « *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration* » (2003) 14:1 ICC ICCARB. BULL. 71.

²⁸ Paulsson, *op. cit.*, p. 616. Voir aussi Heiskanen, *op. cit.*, p. 7 : « *while jurisdiction is about the scope of the State's consent to arbitrate, admissibility is about whether the claim, as presented, can or should be resolved by an international tribunal, which otherwise has found jurisdiction* ». Voir notamment *SGS Société Générale de Surveillance SA c. République des Philippines*, Affaire CIRDI n°ARB/02/06, Décision sur les objections à la compétence du 29 janvier 2004, para. 149 : « *the Tribunal is faced with a valid and applicable exclusive jurisdiction clause [...] The question is whether this affects the Tribunal's jurisdiction or the admissibility of the claim* ».

Dans *X c. Y*, le Tribunal fédéral, qui a envisagé le grief tiré de la violation de l'Etape Préalable sous l'article 190 alinéa 2 de la LDIP (motif d'annulation de la sentence relatif à la compétence du tribunal arbitral), a fait ressortir lui-même les limites de son raisonnement. Il a en effet précisé qu'il recourrait à ce fondement « par défaut, dans l'impossibilité où il se trouv[ait] de rattacher semblable grief à un autre motif de recours »²⁹. Le Tribunal fédéral affirme donc clairement qu'il retient ce fondement « faute de mieux » afin d'apporter une réponse pragmatique aux parties³⁰. Dans un arrêt du 20 septembre 2016³¹, le Tribunal fédéral a démontré les limites du fondement retenu de l'incompétence du tribunal arbitral. L'arrêt rendu dans cette affaire concernait les suites de l'affaire précitée *X c. Y*. Le Tribunal fédéral y avait renvoyé les parties à la conciliation, celle-ci avait échoué, et le tribunal arbitral qui avait suspendu l'arbitrage avait constaté la reprise de la procédure arbitrale et déclaré que les ordonnances de procédure émises jusqu'alors continuaient à s'appliquer. La partie défenderesse a sollicité l'annulation de ces ordonnances de procédure auprès du Tribunal fédéral ainsi que le constat de l'incompétence du tribunal arbitral. Le Tribunal fédéral a refusé d'entrer en matière sur le recours, jugeant que les actes de procédure pris par le Tribunal arbitral étaient simplement suspendus. Cet arrêt du Tribunal fédéral confirme donc qu'en réalité, le non-respect de l'Etape Préalable n'est pas une question de compétence du tribunal, mais un incident temporaire de procédure³².

Dans ces conditions, les nouvelles dispositions du droit OHADA rappellent la position de la jurisprudence française qui qualifie le non-respect d'une Etape Préalable de fin de non-recevoir, soumise au seul examen du tribunal arbitral, et qui a été saluée comme étant la « plus juste »³³.

²⁹ *X c. Y*, considérant 2.3.1.

³⁰ Berger, « Note : *X Ltd c. Y SpA, Federal Supreme Court of Switzerland, 1st Civil Law Chamber, Case No. 4A_628/2015*, ASA BULLETIN 4/2016, p. 988, 16 March 2016 » in Bosco Lee et de Andrade Levy (eds) 2017 REVISTA BRASILEIRA DE ARBITRAGEM XIV(56), pp 198-205, p. 205.

³¹ *A Ltd c. B SpA*, Arrêt du 20 septembre 2016 du Tribunal fédéral suisse, 4A_524/2016, ASA BULLETIN 3/2017, p. 703.

³² Tschanz, Gazzini, « Note : *A Ltd v. B SpA, Federal Supreme Court of Switzerland, 1st Civil Law Chamber, 4A_524/2016*, ASA BULLETIN 3/2017, p. 703, 20 September 2016 », 2016 REVUE DE L'ARBITRAGE 4, pp 1191-1193, para. 2.

³³ Cremades, *op. cit.*, pp 66-68. De façon similaire, l'on notera que les tribunaux arbitraux internationaux statuant sur la question du respect de l'Etape Préalable ne rejettent généralement pas leur compétence en cas de non-respect de l'Etape Préalable : Pappas, Vlavianos, *op. cit.*, pp 5-16, pp 11-13 faisant référence aux affaires *Ethyl Corp c. Gouvernement du Canada*, Sentence sur la compétence du 24 juin 1998 (affaire ALENA),

B. Une solution dépassant les positions suisse et française au profit de l'efficacité

Le droit OHADA dépasse les apports des positions suisse et française au profit de l'efficacité.

Premièrement, il consacre l'appréciation souveraine du tribunal arbitral pour statuer sur le respect de l'Étape Préalable.

Comme on l'a vu, les articles 8-1 de l'AUA et 21-1 du Règlement d'arbitrage CCJA disposent qu'« [e]n présence d'une convention imposant aux parties de suivre une étape de résolution du différend préalable à l'arbitrage, le tribunal examine la question du respect de l'étape préalable ». L'article 15 de l'AUM dispose que le tribunal arbitral donne effet, le cas échéant, à l'engagement des parties de recourir à la médiation et de n'entamer, pendant une période donnée ou jusqu'à la survenance d'un événement spécifié, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un différend déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement. L'affirmation claire de cette prérogative du tribunal arbitral s'inscrit dans le respect de l'autonomie des parties au fondement de l'arbitrage³⁴.

Ainsi, le législateur OHADA place, à l'image de l'exemple français, le non-respect de l'Étape Préalable au niveau des fins de non-recevoir. Une telle approche permet de faire échapper cette question au contrôle du juge étatique³⁵, ce qui correspond à l'un des objectifs de la réforme du droit de l'arbitrage de l'OHADA³⁶. Le droit OHADA devrait ainsi permettre d'éviter la

Salini Costruttori c. Royaume du Maroc, Sentence sur la compétence du 23 juillet 2001, Affaire CIRDI n°ARB/00/4, Affaire CCI n°8445.

³⁴ Stojilkovic, « *Arbitral Jurisdiction and Court Review : Three Swiss Federal Supreme Court Decisions to Reconsider* » 2016 ASA BULLETIN 34(4), pp 897-913, p. 907 : « *while there is little debate about the desirability of the outcome, namely that the arbitration should be suspended, there is a fundamental difference between the arbitrators determining the need for that suspension, and the Courts doing so* ». Dans *X c. Y*, le Tribunal fédéral a ainsi souligné que l'intervention étatique devait rester limitée à l'encadrement de la mise en œuvre de l'autonomie des parties : *X c. Y*, considérant 2.4.4.2.

³⁵ Cremades, *op. cit.*, pp 60, 66-68.

³⁶ Bühler, Gidoïn, « Le défi de la complémentarité entre le juge et l'arbitre dans l'espace OHADA » RECUEIL PENANT n°904, Editions Juris Africa 2018, pp 275-295, p. 277 : « la garantie de l'indépendance de la justice arbitrale était l'un des six principes directeurs définis par le cabinet d'avocats Jones Day, agissant en tant que Consultant pour la Réforme, en concertation avec le Secrétariat Permanent de l'OHADA [...] Il a été dégagé face au constat d'une méfiance récurrente vis-à-vis des juges étatiques d'une part, ainsi que d'une incompréhension, voire parfois hostilité des juges par rapport à l'arbitrage d'autre part. Ces deux cas constituent une atteinte à la sécurité juridique et donc un frein au développement tant souhaité de l'arbitrage dans l'OHADA ».

multiplication des recours auprès des tribunaux étatiques, en cantonnant l'appréciation du respect de l'Étape Préalable au niveau du tribunal arbitral. Une telle limitation du contrôle du juge étatique apparaît cohérente au regard de l'enjeu de la décision qui sera celle du tribunal arbitral sur le respect de l'Étape Préalable. Le tribunal arbitral devra chercher à respecter la volonté des parties à cet égard. Au cas où il trancherait cette question à tort, sa décision ne serait cependant pas « sans retour ». Au cas où celui-ci déciderait à tort que l'Étape Préalable n'a pas été respectée, le renvoi à sa mise en œuvre ne devrait, en général, pas porter préjudice aux parties de manière significative, retardant tout au plus la mise en route de la procédure arbitrale par le tribunal arbitral. À l'inverse, si le tribunal arbitral décidait à tort de ne pas renvoyer à la mise en œuvre de l'Étape Préalable, les parties qui souhaiteraient transiger conserveraient cette faculté malgré le commencement d'une procédure arbitrale.

En pratique, l'on peut se poser la question de savoir si le tribunal arbitral ne devrait pas favoriser le renvoi à l'Étape Préalable dès lors qu'un doute existe quant à son respect. Dans *X c. Y*, le Tribunal fédéral avait fait ressortir que la procédure de conciliation entre les parties n'était pas vouée à l'échec :

Sur un plan plus général, on aurait tort, au demeurant, de sous-estimer le rôle dévolu à un médiateur dans la liquidation d'un différend et l'influence bénéfique que peut avoir sur des parties en conflit la force de persuasion d'une personne rompue à l'emploi des méthodes alternatives de règlement des litiges [...] il est difficile de soutenir qu'une médiation aurait échoué du seul fait qu'un arbitrage est en cours, car l'expérience et la statistique montrent que lorsqu'une médiation a effectivement lieu en cours de procédure arbitrale, elle a de fortes chances d'aboutir³⁷.

L'examen du caractère obligatoire d'une clause prévoyant une étape préalable à l'arbitrage, et des faits de l'espèce concernée devraient largement pouvoir être faites à partir des documents soumis par les parties, y compris, le cas échéant, de courtes soumissions écrites de ces dernières à ce sujet. Afin de clarifier tout doute à ce sujet, le tribunal arbitral pourra toujours organiser une réunion avec les parties, en personne ou par conférence téléphonique et y associer non seulement les conseils mais aussi des représentants des parties (ayant un pouvoir décisionnaire). Il pourra ainsi « prendre la température » de ces dernières pour déterminer si le renvoi à l'Étape Préalable à ce stade est réellement opportun, tout en constatant que cette étape pourtant obligatoire n'a pas été respectée. La décision du tribunal arbitral de renvoyer les parties à la

³⁷ *X c. Y*, considérant 2.4.3.2.

mise en œuvre de l'Étape Préalable, ainsi que l'encadrement de cette étape qui y sera étroitement lié, pourra utilement faire l'objet d'une ordonnance de procédure. Un tel renvoi pourrait s'apparenter pour le tribunal arbitral à une décision de bifurcation d'une procédure arbitrale, même si le tribunal arbitral se contentera d'encadrer l'Étape Préalable, dont il restera par ailleurs un simple observateur intéressé.

Deuxièmement, le droit OHADA accorde au tribunal arbitral le pouvoir d'encadrer la mise en œuvre de l'Étape Préalable.

Cette solution était recommandée par le Tribunal fédéral dans *X c.*³⁸. Le Tribunal fédéral a permis au tribunal qu'il avait jugé incompétent, d'encadrer la mise en œuvre de l'Étape Préalable, puis de poursuivre la procédure arbitrale après l'échec de l'Étape Préalable qui le rendait compétent³⁹. La position française, consistant pour le tribunal arbitral à déclarer l'arbitrage irrecevable jusqu'au constat de l'échec de l'Étape Préalable mise en œuvre valablement par les parties, est pour sa part insuffisante d'un point de vue pratique, puisqu'elle dessaisit le tribunal arbitral⁴⁰. En vertu de cette position, un tribunal arbitral siégeant en France devrait donc rendre une sentence arbitrale déclarant les demandes irrecevables, dans l'hypothèse où l'Étape Préalable n'aurait pas été respectée.

³⁸ *X c. Y*, considérant 2.4.4.2 : « il paraît plus expédient d'abandonner au Tribunal arbitral, qui a la maîtrise de la procédure arbitrale pendante et une meilleure connaissance que quiconque de tous les tenants et aboutissants de l'affaire soumise à son examen, le soin d'arrêter les modalités de la suspension, puis de la reprise de la procédure arbitrale et, singulièrement, celui de fixer une limite temporelle convenable à cette suspension ».

³⁹ Voir *A Ltd c. B SpA*, Arrêt du 20 septembre 2016 du Tribunal fédéral suisse, 4A_524/2016, ASA BULLETIN 3/2017, p. 703.

⁴⁰ Le premier alinéa de l'article 126 du Code de procédure civile français dispose que « [d]ans le cas où la situation donnant lieu à une fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue ». Or, la Chambre mixte de la Cour de cassation a interprété le « moment où le juge statue » comme étant la date d'introduction de l'instance (Arrêt du 12 décembre 2014 de la Cour de cassation, Chambre mixte, n°13-19.684, établissant que l'action en justice est irrecevable faute d'avoir saisi le tiers désigné dans la clause préalablement à l'introduction de l'instance). Ainsi, la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation a considéré que « la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers, n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre en cours d'instance » et a cassé un arrêt de la cour d'appel de Montpellier pour violation de l'article 126 du Code de procédure civile, qui avait « ordonné le sursis à statuer pour permettre de mettre en place cette procédure amiable, qui ne pouvant cependant plus être mise en œuvre après saisine du juge » (Cour de cassation, 3^{ème} Chambre civile, 16 juin 2016, n°15-16309). Voir également sur ce point, Moreau, « Arbitrage en droit interne », RÉPERTOIRE DE DROIT CIVIL, juin 2017, paragraphe 273.

Un tel processus s'avèrerait particulièrement inefficace pour les parties dans la mesure où le tribunal arbitral mis en place ne serait pas en mesure de statuer, et où la sentence statuant sur l'irrecevabilité liquidera les frais de l'instance arbitrale perdus à jamais.

En attribuant au tribunal arbitral la compétence d'encadrer l'Etape Préalable, le droit OHADA tend à assurer une efficacité accrue de la mise en œuvre de la clause de résolution des litiges. En pratique, le tribunal arbitral devra s'assurer, par exemple lors d'une réunion avec les parties et leurs représentants organisée à cet effet, notamment que les frais de la médiation sont bien consignés, que les parties (ou à défaut une autorité de nomination) désignent un ou plusieurs médiateur(s), et que le délai imparti pour mettre en œuvre la médiation est suffisant. Ce délai pourra être étendu par le tribunal arbitral selon les circonstances⁴¹. Les frais de la médiation sont normalement à la charge des parties, et répartis à parts égales entre elles⁴². Si la médiation se fait après le commencement d'une procédure arbitrale par renvoi du tribunal arbitral à l'Etape Préalable, il est permis de se demander si ces frais ne pourraient pas faire l'objet d'une demande de remboursement par les parties avec les frais de la procédure arbitrale sur lesquels statue le tribunal arbitral au moment où il rend sa sentence. Lorsque le tribunal arbitral suit le principe du « *costs follow the event* », cela pourrait inciter les parties à participer activement à l'Etape Préalable. Il convient toutefois de rappeler que si le tribunal arbitral encadre l'Etape Préalable, il n'intervient pas directement dans sa mise en œuvre et la confidentialité propre à l'Etape préalable doit être respectée. En cas de médiation préalable, par exemple, l'article 10 de l'AUM établit le principe de confidentialité de la médiation, tandis que l'article 14 prévoit les incompatibilités auxquelles est sujet le médiateur⁴³.

⁴¹ Dans l'OHADA, un tribunal arbitral qui renverrait à la médiation préalable pourra, en cas d'arbitrage *ad hoc*, s'appuyer sur l'AUM notamment afin d'encadrer la désignation du médiateur, et les frais de la médiation. Voir les articles 5 (« Nombre et désignation des médiateurs »), et 13 (« Frais de la médiation »).

⁴² Voir l'article de l'AUM 13 (« Frais de la médiation »). Voir Bühler, Gidoïn, « Le 10^{ème} Acte Uniforme de l'OHADA sur la médiation », LEXBASE ÉDITION OHADA n°13 du 12 juillet 2018, n° N4897BXN, p. 7.

⁴³ Selon cette disposition, sauf convention contraire des parties, le médiateur ne peut assumer les fonctions d'arbitre ou d'expert dans un différend qui a fait ou qui fait l'objet notamment de la procédure de médiation. De même, le médiateur ne peut assumer les fonctions de conseil dans un tel différend.

Conclusion

En fin de compte, le droit de l'arbitrage et de la médiation OHADA offre les avantages d'une solution efficace pour l'arbitrage, en permettant aux parties opposées par un différend de réaliser un gain de temps et des économies de coûts. Au plan théorique, le droit OHADA n'envisage pas le non-respect de l'Étape Préalable comme motif d'annulation d'une sentence arbitrale, traitant plutôt cette problématique comme une question de recevabilité à déterminer par le tribunal arbitral. Ce dernier dispose non seulement du pouvoir de suspendre la procédure arbitrale jusqu'à ce que la condition de l'Étape Préalable ait été satisfaite, et ainsi de permettre à la demanderesse de régulariser la procédure arbitrale, mais aussi du pouvoir d'encadrer la mise en œuvre de l'Étape Préalable. De cette manière, le défaut de recevabilité de la demande d'arbitrage peut être régularisé dans des conditions efficaces, et dans le meilleur des cas, rendre la poursuite de l'arbitrage superflue.

Les nouvelles dispositions du droit OHADA sur l'Étape Préalable seront mises à l'épreuve par la pratique de l'arbitrage dans l'OHADA, qui reste aujourd'hui limitée mais dont une forte croissance est à prévoir à l'avenir, y compris pour les opérateurs du commerce actifs dans la seule zone de l'OHADA, la justice étatique y restant dans de nombreux cas « en panne »⁴⁴. Au-delà des frontières de l'OHADA, ces dispositions représentent un apport législatif intéressant, qui pourrait inspirer d'autres lois d'arbitrage, et amorcer un encadrement plus généralisé de cette question essentielle dans les procédures arbitrales. A notre avis, rien ne s'oppose d'ailleurs à insérer cette solution dans des règlements d'arbitrage et conférer par ce biais de manière expresse le pouvoir au tribunal arbitral de permettre la régularisation de la procédure arbitrale, plutôt que de se déclarer incompétent ou de rejeter la demande comme étant irrecevable en l'état.

⁴⁴ Selon la formule consacrée par le Professeur Kenfack : Kenfack Douajni, L'ARBITRAGE OHADA (PUPPA, 2014), para. 31.

Michael W. BÜHLER, Anne-Sophie GIDOIN, *L'« étape préalable » dans le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation OHADA*

Summary

The new Uniform Arbitration Act, the new Rules of Arbitration of the Common Court of Justice and Arbitration (Abidjan) and the new Uniform Mediation Act, adopted by the Council of Ministers of 17 OHADA Member States of Western and Central Africa, entered into force on 15 March 2018. All three texts expressly grant arbitral tribunals the power to suspend the arbitral proceedings, if a party rightfully claims noncompliance with a mandatory pre-arbitral procedure, as may be imposed by a multi-tier dispute resolution clause. In that case, the non-compliance can be cured without the arbitral tribunal having to dismiss the claims as non being (yet) admissible.

Article 8-1 of the revised Uniform Arbitration Act, Article 21-1 of the revised Arbitration Rules of the Common Court of Justice and Arbitration, and Article 15 of the Uniform Mediation Act allow an arbitral tribunal to fix a time limit for the parties to comply with the pre-arbitral procedure, after which the arbitral proceedings will resume, unless the parties were indeed able to settle their dispute. This truly innovative provision is one of the first of its kind in modern arbitration law worldwide. It addresses in a pragmatic cost-effective manner the growing number of objections (as to the tribunal's jurisdiction and/or the admissibility of the claims) related to the issue of compliance with mandatory pre-arbitral steps in multi-tier dispute resolution clauses.

This article focuses on the OHADA new provision on mandatory pre-arbitral procedure, by comparing it against the diverging positions taken by the French and Swiss courts in two decisions issued in 2016. Treating compliance with a pre-arbitral conciliation step as an issue of admissibility (the French solution) or as a jurisdictional matter (the Swiss solution), may have dire consequences for parties to an arbitration, not just in terms of the award's ultimate judicial control.

After presenting these diverging positions, the article discusses the contributions of OHADA's new provision on mandatory pre-arbitral procedure to the arbitration and mediation practice. The new OHADA provision promotes the efficiency of arbitral proceedings by granting the arbitral tribunal the power to decide on the compliance with the pre-arbitral procedure and to supervise the implementation of this procedure. It could well inspire arbitration laws and rules beyond the OHADA region.

Submission of Manuscripts

Manuscripts and related correspondence should be sent to the Editor. At the time the manuscript is submitted, written assurance must be given that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere. The author will be notified of acceptance, rejection or need for revision within eight to twelve weeks. Manuscripts may be drafted in German, French, Italian or English. They should be submitted by e-mail to the Editor (**mscherer@lalive.ch**) and may range from 3,000 to 8,000 words, together with a summary of the contents in English language (max. ½ page). The author should submit biographical data, including his or her current affiliation.

Aims & Scope

Switzerland is generally regarded as one of the World's leading place for arbitration proceedings. The membership of the Swiss Arbitration Association (ASA) is graced by many of the world's best-known arbitration practitioners. The Statistical Report of the International Chamber of Commerce (ICC) has repeatedly ranked Switzerland first for place of arbitration, origin of arbitrators and applicable law.

The ASA Bulletin is the official quarterly journal of this prestigious association. Since its inception in 1983 the Bulletin has carved a unique niche with its focus on arbitration case law and practice worldwide as well as its judicious selection of scholarly and practical writing in the field. Its regular contents include:

- Articles
- Leading cases of the Swiss Federal Supreme Court
- Leading cases of other Swiss Courts
- Selected landmark cases from foreign jurisdictions worldwide
- Arbitral awards and orders under various auspices including the ICC and the Swiss Chambers of Commerce ("Swiss Rules")
- Notices of publications and reviews

Each case and article is usually published in its original language with a comprehensive head note in English, French and German.

Books and Journals for Review

Books related to the topics discussed in the Bulletin may be sent for review to the Editor in Chief (**Matthias SCHERER, LALIVE, P.O.Box 6569, 1211 Geneva 6, Switzerland**).