

# *Doctrine*

---

## **NOUVELLES TENDANCES DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL EN AFRIQUE : LE CAS DES LITIGES FINANCIERS**

par

**Georges AFFAKI**

*Avocat à la Cour*

et

**Alexandre KOENIG**

*Collaborateur, Bredin Prat*

### RÉSUMÉ

Le continent africain est l'objet de toutes les attentions. Investisseurs et banques d'affaires sont séduits par le taux de croissance exceptionnel qu'affichent plusieurs pays africains. A la recherche de relais de placement pour leurs capitaux, ils sont prêts à contribuer à la croissance des pays d'accueil. Ceux-ci les accueillent volontiers comme complément ou substitut de l'aide financière internationale. Avec l'avènement de ces flux financiers, le potentiel des litiges croît naturellement. L'arbitrage international a un rôle important à jouer dans leur adjudication. Seulement, avec une offre institutionnelle locale étoffée et sans cesse grandissante vient une large disparité entre les lois sur l'arbitrage dans les pays d'Afrique. Cet article a pour ambition de mettre en exergue les spécificités que les investisseurs et autres apporteurs de capitaux doivent prendre en compte dans leur choix de l'arbitrage international, commercial ou d'investissement, en Afrique, ses tendances complexes et contradictoires et l'incidence de l'environnement africain sur le règlement des litiges financiers internationaux.

## SUMMARY

*The African continent is the focus of everyone's attention. Investors and banks are attracted by Africa's experiencing some of the highest economic growth rates anywhere on the planet, the rapid expansion of its national economies and the youth of its working population. Searching for profitable investment opportunities, those financiers are eager to contribute to the growth of the host States, which are readily offering them special treatment befitting their expected supplement or replacement of international aid. With the inward flow of the new investments comes an obvious increase in the risk of disputes. International arbitration offers all the necessary advantages to be the privileged dispute resolution method for those financial ventures. However, with a growing local institutional dispute resolution offer comes a broad disparity amongst national arbitration statutes. This paper will analyze specific features of international financial dispute resolution in Africa, underscore the key factors that investors and other financiers need to take into account in their choice of international commercial or investment arbitration, discuss the complex and often contradictory trends in local arbitration frameworks, and offer an empirical study of the impact of the "investing in Africa" factor on the allocation of damages.*

1. Tant les litiges financiers que les financements et investissements rattachés au continent africain semblent en proie à une même tendance : l'intérêt croissant des parties prenantes pour régler leurs différends par la voie de l'arbitrage. D'un côté, on ne compte plus les initiatives visant la promotion de l'arbitrage en matière bancaire et financière ; celles-ci n'ont cessé de se multiplier depuis la crise financière de 2008. En témoignent le développement d'une nouvelle offre d'arbitrage institutionnelle dédiée au contentieux bancaire et financier (1), le choix de l'arbitrage comme mode privilégié de règlement des litiges par de grandes institutions financières, fédérations professionnelles du secteur de la banque ou marchés organisés (2), ou encore la

---

(1) V. par ex. le *Financial Dispute Resolution Scheme* à Hong Kong, *P.R.I.M.E. Finance* à La Haye, *Diriban* à Madrid, ainsi que les règles particulières pour l'arbitrage des litiges financiers sous l'égide du CIETAC à Pékin. Sur ces mécanismes, v. G. Affaki, « Nouvelles réflexions sur la banque et l'arbitrage », in *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, Pedone, 2011, p. 27 et s.

(2) Plusieurs marchés réglementés ont choisi l'arbitrage comme mode de règlement des litiges entre leurs adhérents (ex. Euronext, MATIF et FINRA) et l'*International Swap Dealers Association* (ISDA) a publié en octobre 2013 un *Arbitration Guide* proposant des clauses compromissoires et guidant les utilisateurs du contrat cadre ISDA (qui constitue le standard international en matière de dérivés) dans le choix de ces clauses d'arbitrage.

publication d'un nombre croissant de rapports et d'articles sur le sujet (3). D'un autre côté, on a assisté sur la même période à un accroissement considérable des initiatives destinées à développer l'arbitrage sur le continent africain, tant sur le plan académique (4) que sur le plan institutionnel et juridique (5).

---

(3) G. Affaki et coll., « Groupe de travail sur l'arbitrage en matière bancaire et financière : Rapport final », *Les Cahiers de l'arbitrage*, n° 3, 2014 ; G. Affaki, « Nouvelles réflexions sur la banque et l'arbitrage », préc., note 1 *supra* ; « Le banquier et l'arbitrage », *Banque & Droit*, 2004, n° 93, p. 3 ; et « A Banker's Approach to Arbitration », *Arbitration in Banking and Financial Matters*, ASA Special Series, n° 20, août 2003, p. 63, et la bibliographie citée dans ces publications.

(4) Un nombre considérable de colloques se sont tenus pour promouvoir l'arbitrage commercial international et d'investissement en Afrique. Parmi les principales manifestations organisées au cours des dix dernières années, on peut citer le colloque organisé par le Comité français de la CCI et le Conseil français des investisseurs en Afrique (CIAN) sur le thème « L'arbitrage en Afrique : accompagner la dynamique d'un continent en forte croissance », à Paris (France) le 26 novembre 2013 ; le colloque organisé par l'Association pour la promotion de l'Arbitrage en Afrique (APAA) sur le thème « L'arbitrage en matière commerciale et des investissements en Afrique » à Yaoundé (Cameroun), du 31 octobre au 1<sup>er</sup> novembre 2013 ; le colloque organisé dans le cadre des Rencontres Internationales du Droit des Affaires en Afrique (RIDAA) sur le thème « Enjeux africains de l'arbitrage international : connaître, anticiper et structurer votre projet d'affaires » à Grand-Baie (Ile Maurice), le 23 septembre 2013 ; le colloque organisé par le *Journal Africain du Droit des Affaires* (JADA) et par la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI sur le thème « Paris place africaine d'arbitrage international » à Paris (France), le 21 juin 2013 ; le colloque organisé par le *LCIA African Users' Council* sur le thème « International Commercial Arbitration and ADR » à Lagos (Nigeria), les 1<sup>er</sup> et 2 février 2013 ; le colloque organisé par le Centre Africain pour le Droit & Le Développement (CADEV) sur le thème « Lancement officiel du Centre Permanent d'Arbitrage et de médiation du CADEV (CPAM) », à Douala (Cameroun), les 2 et 3 avril 2012 ; le colloque organisé par le *Journal Africain du Droit des Affaires* (JADA) et par la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI sur le thème « L'Afrique Sub-Saharienne et l'Arbitrage International », à Paris (France), le 27 mai 2011 ; le colloque organisé par le Gouvernement de la République de Maurice, CNUCED, PCA, CIRDI, CCI, CCIA sur le thème « Flaws and Presumptions : Rethinking Arbitration Law and Practice in a new Arbitral Seat », à Maurice, les 13 et 14 décembre 2010 ; le colloque organisé par le Club OHADA Rhône-Alpes (CORA) sur le thème « OHADA : une décennie d'arbitrage », à Lyon (France), le 28 avril 2009 ; le colloque organisé par l'Association pour la Promotion de l'Arbitrage en Afrique (APAA) sur le thème « L'arbitrage en Afrique : questions d'actualité », à Yaoundé (Cameroun), les 14 et 15 janvier 2008 ; le colloque organisé par la Commission Afrique du Barreau de Paris sur le thème « L'arbitrage OHADA », à Paris (France) le 2 février 2001.

(5) Le nombre d'institutions arbitrales établies sur le continent a considérablement augmenté depuis les années 1990, la création d'un centre d'arbitrage sous l'égide de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA) constituant une manifestation exemplaire de ce développement. Sur ces points, v. *infra* n° 24 et s.

2. L'Afrique serait-elle le lieu propice à la cristallisation de ces tendances mutuelles, à la réalisation de cette rencontre (6) actuellement à l'œuvre entre le monde de la banque de financement et d'investissement et celui de l'arbitrage ? Cette question apparaît d'autant plus fondamentale que l'Afrique, dont certains pays bénéficient de taux de croissance spectaculaires (7), fait aujourd'hui figure d'Eldorado économique pour bon nombre d'investisseurs à la recherche de relais de croissance afin de pallier la stagnation de l'économie en Europe. Sans nier l'impact de la crise financière sur le continent africain, la Banque mondiale espérait dès 2012 que la crise économique mondiale dope les transactions économiques sur le continent (8). D'autres études d'analystes locaux (9) et internationaux (10) soulignaient quant à elles le fort potentiel de croissance en Afrique. Cet engouement accru pour l'Afrique semble d'ailleurs confirmé par l'actualité bancaire et financière de l'année écoulée. Ainsi, les fonds d'investissement étrangers sont de plus en plus enclins à délaisser les bons du Trésor américain au rendement jugé trop faible au profit de titres de dettes souveraines plus risqués, mais mieux rémunérés, émis par des Etats d'Afrique subsaharienne (11). Les perspectives de croissance du secteur bancaire et financier en Afrique n'ont quant à elles jamais été aussi

---

(6) Sur laquelle, v. not. G. Affaki, « Nouvelles réflexions sur la banque et l'arbitrage », p. 45, note 38, *supra* note 1.

(7) V. par ex., pour l'Afrique subsaharienne : FMI, *Regional Economic Outlook : Sub-saharan Africa*, 31 octobre 2013 (<http://www.imf.org/external/pubs/ft/reo/2013/afr/eng/sreo1013.htm>): un taux de croissance de 6 % est annoncé pour la région en 2014, certains pays en reconstruction comme le Sud-Soudan ayant fait état d'un taux de 24,7 % en 2013 ou de 13,3 % comme la Sierra Leone. Le rapport du FMI identifie par ailleurs un groupe de six pays qui, bien que dépourvus de ressources minières ou pétrolières, affichent d'excellents taux de croissance ; le Burkina Faso (+ 6,5 %), l'Éthiopie (+ 7 %), le Mozambique (+ 7 %), le Rwanda (+ 7,5 %), la Tanzanie (+ 7 %) et l'Ouganda (+ 5,4 %).

(8) M. Diop, « La crise économique mondiale dope le business en Afrique », 23 juillet 2012 (propos recueillis par M.-Ch. Corbier) : <http://www.africadiligence.com/la-crise-economique-mondiale-dope-le-business-en-afrique/>.

(9) P. Ametepé, « La crise économique mondiale dope le business en Afrique : le New Deal Africa », *Le Cercle Les Echos*, 18 juin 2013 : <http://lecercle.lesechos.fr/economie-societe/politique-eco-conjoncture/politique-economique/221174563/crise-economique-mondiale>.

(10) Goldman Sachs, « Africa's Turn », *Fortnightly Thoughts*, n° 27, 1 mars 2012 ; Boston Consulting Group, « The African Challengers: Global Competitors Emerge from the Overlooked Continent », 2 juin 2010.

(11) F. Rintoul, « Sub-Saharan market: High yields fire appetite for African eurobonds », *The Financial Times*, 3 novembre 2013 ; The « Africa's bond markets : King of the wild frontier », *The Economist*, 2 mars 2013.

fortes (12). Six pays africains ont par ailleurs annoncé la création d'une union monétaire à l'horizon 2015 (13).

3. Si ces perspectives de développement se concrétisent, le contentieux bancaire et financier opposant des investisseurs étrangers, dont les banques de financement et d'investissement, aux gouvernements des pays d'accueil ou leurs émanations devrait également connaître une forte croissance en Afrique (14). C'est dans cette mesure que banquiers d'affaires et investisseurs se posent la question de l'opportunité du recours à l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges en Afrique. Or, on sait qu'un nombre croissant d'Etats africains ont ratifié la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et celle de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats : sur les 54 pays du continent africain,

---

(12) P. Jenkins, « Africa – Banking and Finance : Continent offers growth potential on a vast scale », *The Financial Times*, 16 déc. 2013 ; S. Leboucher (dir.), « L'Afrique Sub-saharienne, nouvel eldorado pour les services financiers ? », dossier, *Banque et Stratégie*, n° 314, mai 2013 ; « Banking in Africa – Continent of Dreams : Across Africa, banks are expanding. Their returns aren't », *The Economist*, 2 mars 2013. L'ancien président directeur général d'une grande banque britannique est par ailleurs tout récemment parvenu à réunir sans difficultés 325 millions de dollars pour financer ses projets bancaires en Afrique – soit 75 millions de plus que ce qu'il ambitionnait : « Diamond sees gold in African finance ; Banking the unbanked will help spur continent's rise », *The Financial Times*, 19 déc. 2013 ; J. Blas, « Bob Diamond's Africa fund Atlas Mara raises \$325m », *The Financial Times*, 17 déc. 2013 ; N. Madelaine, « L'ex-patron de Barclays lève 325 millions de dollars pour ses projets africains », *Les Echos*, 17 déc. 2013.

(13) On peut par exemple se référer au Projet d'intégration du Corridor Nord (*Northern Corridor Integration Project*) qui jette les bases d'une intégration économique dans les secteurs de l'infrastructure, de l'immigration et des douanes entre l'Ouganda, le Rwanda, le Kenya, le Sud Soudan et l'Ethiopie : v. l'éditorial signé par P. Kagamé, U. Kenyatta et Y. Museveni, respectivement présidents du Rwanda, du Kenya et de l'Ouganda, publié dans le *Bangkok Post*, 4 août 2014, p. 8.

(14) En juin 2012, le Gabon s'est trouvé dans l'obligation de reporter le paiement de coupons sur sa dette obligataire de 1 milliard de dollars US, dans l'attente du dénouement d'un contentieux judiciaire, et n'est pas passé loin du défaut. De même, certains économistes ont-ils remarqué que si les prix du pétrole et du cuivre venaient à s'effondrer, l'Angola, le Gabon, le Congo et la Zambie pourraient se heurter à des difficultés dans le remboursement de leurs obligations souveraines, source d'éventuels contentieux de grande ampleur. Voir sur ce point, J. Stiglitz & H. Rashid, « Sub-Saharan Africa's Subprime Borrowers », *Project Syndicate*, 27 juin 2013 : <http://www.project-syndicate.org/commentary/sub-saharan-africa-s-subprime-borrowers-by-joseph-e--stiglitz-and-hamid-rashid>.

32 avaient adhéré à la Convention de New York (15) et 45 avaient ratifié la Convention de Washington (16) au 1<sup>er</sup> janvier 2014. Outre la promesse d'une justice experte, modulable selon le choix des parties et potentiellement confidentielle, l'avantage de l'arbitrage par rapport à la justice étatique pour régler les litiges bancaires et financiers tient essentiellement aux facilités de reconnaissance et d'exécution des sentences (17), et donc de recouvrement d'en cours impayés, ainsi qu'à la faculté d'attirer une personne morale de droit public devant un forum neutre dès lors que la justice privée laisse moins de place à l'invocation par les personnes morales de droit public de leurs prérogatives de souveraineté (18). Ensuite, s'il a peu de valeur ajoutée comparé au système judiciaire de certains Etats dont les juridictions sont connues pour leur compétence en matière bancaire et financière — New York et Londres —, l'arbitrage revêt un attrait particulier dans des pays dont le système judiciaire est moins sophistiqué, d'une impartialité relative, et dont le corps normatif apparaît inadapté au traitement de questions financières ou procédurales complexes. Enfin, le poids économique des contreparties africaines s'accroissant à mesure que le potentiel de croissance du continent se déploie, on peut s'attendre à ce que le recours à l'arbitrage international *en Afrique* — c'est-

(15) Les 22 Etats n'ayant pas ratifié la Convention de New York au 1<sup>er</sup> janvier 2014 sont : l'Angola, le Burundi, le Cap-Vert, les Comores, le Congo, l'Ethiopie, l'Erythrée, la Gambie, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, la Libye, le Malawi, la Namibie, la République Démocratique du Congo (ratification prévue en 2014, un texte national ayant été adopté à cet effet le 26 juin 2013 par le Président Joseph Kabila), les Seychelles, le Sierra Leone, la Somalie, le Soudan, le Sud Soudan, le Swaziland, le Tchad et le Togo.

(16) Les 9 Etats n'ayant pas ratifié la Convention de Washington au 1<sup>er</sup> janvier 2014 sont : l'Angola, l'Afrique du Sud, Djibouti, l'Ethiopie (signature en 1965 mais pas de ratification à ce jour), l'Erythrée, la Guinée Bissau (signature en 1991 mais pas de ratification à ce jour), la Guinée Equatoriale, la Libye et la Namibie (signature en 1998 mais pas de ratification à ce jour).

(17) On a même proposé de s'inspirer de l'expérience africaine pour modifier ou amender la Convention de New York : G. Kenfack Douajni, « L'arbitrage CCJA comme modèle pour l'élaboration d'un instrument universel en vue d'une meilleure circulation internationale des sentences », *JDI*, 2013, var. 5 ; Ph. Fouchard, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », *Rev. arb.*, 1998.671.

(18) V. toutefois le critère rigoureux posé par la jurisprudence britannique – et suivi par certaines sentences – pour rejeter l'appartenance d'une société publique à l'Etat, sa responsabilité pour les dettes de cet Etat et son droit d'invoquer le bénéfice de l'immunité souveraine : *La Générale Des Carrières et Des Mines Sarl v. Hemisphere Associates LLC (Jersey)* [2012] UKPC 27; [2012] 2 Lloyd's Rep 443 et *Taurus Petroleum Ltd v. State Oil Marketing Company of the Ministry of Oil, Republic of Iraq*, [2013] EWHC 3494 (Comm).

à-dire « *onshore* », ou « *offshore* » au sein d'un autre pays africain — puisse s'imposer plus fréquemment dans les opérations de banque et d'investissements étrangers.

4. Ainsi nous proposons-nous d'examiner les spécificités que les investisseurs et autres apporteurs de financement devront prendre en compte dans leur choix de l'arbitrage international en Afrique et de mettre en exergue l'incidence éventuelle de l'environnement africain sur le règlement des litiges financiers internationaux.

## I. – LE CHOIX DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL EN AFRIQUE

5. Si le choix d'un mode de règlement des différends adapté aux opérations de financement international doit être mesuré à l'aune d'impératifs spécifiques à la matière bancaire et financière, la décision de recourir en cette matière à l'arbitrage sur le territoire africain devrait en outre tenir compte tant de la disparité entre les lois nationales relatives à l'arbitrage que de la sous-exploitation des principales ressources arbitrales disponibles sur le continent, mais également de leurs limites.

### A) La diversité des droits de l'arbitrage en Afrique

6. Comprendre la diversité des droits africains de l'arbitrage est un préalable nécessaire au choix du siège de l'arbitrage. En effet, et même si d'excellents auteurs tendent à minimiser son importance (19), la fixation du siège de l'arbitrage dans un pays n'en demeure pas moins lourde de conséquences, puisqu'elle emporte généralement application de la législation relative à l'arbitrage et la désignation des juridictions étatiques de ce pays comme juge d'appui (20). Savoir identifier les pays en Afrique dont le droit est favorable à l'arbitrage (21) apparaît donc essentiel pour tout investisseur acceptant de régler ses différends par l'arbitrage. En dépit des disparités qui vouent à l'échec toute

---

(19) Th. Clay, « Le siège de l'arbitrage international entre “*ordem*” et “*progresso*” », *Cah. arb.*, 2011.21 ; J.-B. Racine, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2005.305.

(20) R. Goode, « The Role of the *lex fori arbitrii* in International Commercial Arbitration », *Arb. Int.*, 2001.19.

(21) Dans le sens d'une limitation de l'ingérence des tribunaux judiciaires du siège dans le processus arbitral et, en tant que juge d'appui, de leur soutien au tribunal arbitral lorsque nécessaire.

tentative de systématisation, quelques tendances de fond peuvent être identifiées et proposées pour guider les parties dans le choix des juridictions en Afrique, qui influenceront sur la conduite de leurs procédures d'arbitrage.

*1°) Entre modernité et archaïsme : de Maurice à l'Afrique du Sud*

7. Si les 54 pays d'Afrique disposent tous d'un droit de l'arbitrage, que ce soit sous la forme d'une loi autonome ou de dispositions spécifiques intégrées aux règles de procédure civile, le degré de sophistication de ces droits diffère grandement d'un Etat à l'autre.

8. D'un côté, certains pays se caractérisent par la modernité de leur droit de l'arbitrage. La République de Maurice en est un exemple. Après avoir affiché son ambition de devenir l'une des principales places d'arbitrage de la région, le pays a adopté en novembre 2008 une loi d'ensemble sur l'arbitrage international (22). Or, si les dispositions de ce texte incorporent en grande partie la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international telle que révisée en 2006, dotant de fait Maurice d'une législation conforme aux standards internationaux du droit de l'arbitrage, le législateur mauricien a dépassé cette source d'inspiration à plusieurs égards. La loi mauricienne comprend tout d'abord une série de dispositions innovantes immunisant la procédure arbitrale contre toute ingérence injustifiée des juridictions étatiques. Ainsi, la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye (23) est-elle l'autorité de principe (24) pour trancher en dernier ressort les questions relatives à la

---

(22) L'arbitrage international est soumis depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009 aux dispositions de la loi mauricienne n° 37 de 2008 sur l'arbitrage international. L'arbitrage interne demeure quant à lui soumis à un régime spécifique prévu au Livre III de la Deuxième Partie du Code de procédure civile mauricien, en vigueur depuis le 8 avril 1981. Voir M. Maisonneuve, « Compte rendu de la deuxième Conférence biennale mauricienne sur l'arbitrage international – An African Seat for the 21<sup>st</sup> Century (Île Maurice, 10-11 décembre 2012) », *Rev. arb.*, 2013.304 et « Compte rendu du colloque mauricien sur l'arbitrage international (MIAC) des 13 et 14 décembre 2010 », *Rev. arb.*, 2011.329.

(23) Conformément à la convention d'établissement conclue le 3 avril 2009 entre la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye (CPA) et la République de Maurice, la CPA a ouvert un bureau à Maurice en septembre 2012 placé sous l'autorité directe du Secrétaire Général de la CPA. Il est également intéressant de noter que cette convention d'établissement prévoit que les frais inhérents au fonctionnement de ce bureau sont couverts par le Gouvernement de la République de Maurice, sous la forme d'une subvention spéciale.

(24) C'est-à-dire en l'absence d'accord contraire des parties.

nomination et à la récusation des arbitres, de même que les demandes de délais formées par les parties (25). Dans un même esprit, une fois le tribunal arbitral constitué, la loi donne compétence aux arbitres — à l'exclusion des juridictions étatiques ordinaires (26) — pour prendre des mesures provisoires et conservatoires (27) et consacre le caractère exécutoire — sur simple requête auprès de la Cour Suprême — de telles mesures, y compris lorsque le siège du tribunal est situé hors de Maurice (28). Mais l'innovation la plus remarquable de la loi mauricienne tient sans doute à la concentration de tout le contentieux procédural et post-arbitral devant un panel de trois hauts magistrats de la Cour Suprême (29), contribuant à la constitution d'une juridiction spécialisée composée d'experts de l'arbitrage international.

9. A l'opposé, certains Etats se démarquent par l'archaïsme de leurs droits de l'arbitrage. C'est par exemple le cas de la législation éthiopienne dont les dispositions régissant l'arbitrage international (30) n'ont à notre connaissance pas été amendées depuis les années 1960 (31), ou encore de la législation tanzanienne de 1931 qui, malgré quelques modifications en 2002 (32), apparaît particulièrement en retard par rapport aux standards internationaux. Au rebours de ce que l'on peut observer à Maurice, le droit tanzanien confère aux juridictions étatiques un large pouvoir d'intervention — et de nuisance — dans la

---

(25) Articles 12, 14, 15, 16 et 30 de la loi mauricienne n° 37 de 2008 sur l'arbitrage international.

(26) Seule la Cour Suprême de Maurice dispose en vertu de l'article 23 de la loi d'une compétence concurrente avec les arbitres pour l'octroi de telles mesures. Celle-ci est toutefois strictement encadrée et les arbitres disposent du pouvoir de mettre fin à tout moment aux mesures ordonnées par la Cour Suprême.

(27) Article 22.

(28) Article 22.

(29) Article 42.

(30) Articles 3325 à 3346 du Code civil de l'Empire d'Ethiopie de 1960, articles 315 à 319, 350 à 357 et 461 du Code de procédure civile de l'Empire d'Ethiopie de 1965.

(31) B. B. Birhanu, « The Degree of Courts' Control on Arbitration Under the Ethiopian Law: Is it to the Right Amount ? », *Oromia Law Journal*, 2012, vol. 1, n° 1, p. 35 et s., spéc. p. 42 ; H.G. Feyissa, « The Role of Ethiopian Courts in Commercial Arbitration », *Mizan Law Review*, 2010, vol. 4, n° 2, p. 297 et s., spéc. p. 300 et s.

(32) Loi tanzanienne sur l'arbitrage du 22 mai 1931, Cap 15, amendée en 2002 ; Code de procédure civile tanzanien, Cap 33, amendé en 2002.

procédure arbitrale : celles-ci peuvent en effet retarder le déclenchement de la procédure d'arbitrage, désigner certains arbitres, en écarter d'autres, ou révoquer les arbitres avec une grande marge de manœuvre (33).

10. Mais le cas le plus marqué de cette coexistence de tendances si disparates en matière d'arbitrage réside sans aucun doute dans la situation de l'Afrique du Sud : alors qu'elle fait figure de pays le plus développé du continent, tant sur le plan économique que de l'organisation de son système judiciaire, l'Afrique du Sud dispose de l'un des droits de l'arbitrage les plus vétustes du continent et les moins adaptés aux besoins des opérateurs du commerce international. Issu d'une loi de 1965 modifiée en 1996 (34), le droit sud-africain est considéré comme largement défavorable à l'arbitrage international (35). Plusieurs exemples l'illustrent.

11. Tout d'abord, force est de constater que le principe selon lequel un juge étatique a l'obligation de surseoir à statuer lorsqu'il a été saisi en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage valide (36) n'est pas reconnu par le droit sud-africain. En effet, l'article 6(2) de la loi sur l'arbitrage de 1965 n'impose aucune obligation de ce type aux juridictions sud-africaines, qui disposent au contraire d'une totale discrétion en la matière. En vertu de cette disposition, il suffit que l'une des parties fasse état de « *sufficient reasons* » pour que le juge refuse de renvoyer l'affaire devant les arbitres désignés par une convention d'arbitrage pourtant tout à fait valide. Ainsi, dans l'affaire *Yorigami Maritime* (37) les juges, s'estimant non liés par la Convention de New York — que le pays a pourtant ratifiée en 1976 —, refusèrent de renvoyer une affaire à l'arbitrage pour la simple raison que, les témoins et experts provenant essentiellement de Cape Town, régler le litige au sein du système judiciaire permettait d'éviter de multiples procédures ainsi que des décisions potentiellement contradictoires.

(33) V. not. les articles 7, 8, 10, 13, 14, 16 et 18 de la loi tanzanienne sur l'arbitrage.

(34) Loi sud-africaine sur l'arbitrage n° 42 de 1965, amendée en 1996.

(35) S. Wilske, J. G. Ewers, « Why South Africa Should Update its International Arbitration Legislation », *J. Int. Arb.*, 2011, spéc. pp. 4-6.

(36) Article II(3) de la Convention de New York ; article 8(1) de la Loi-type CNUDCI.

(37) *Yorigami Maritime Construction Co. Ltd v. Nisscho-Iwai Co. Ltd*, 1977 (4) SA 682 (C) 692H-694D.

12. Ensuite, en vertu de l'article 3(2) de la loi de 1965, les juridictions sud-africaines ont la faculté d'écarter (« *set aside* ») ou de paralyser (« *cease to have effect* ») une convention d'arbitrage au seul motif que la demande formulée en ce sens par l'une des parties apparaît fondée sur l'exposé d'une « *good cause* ». Ainsi, lorsqu'une partie souhaite unilatéralement remettre en cause son engagement de compromettre, elle peut arriver à ses fins en saisissant les juridictions étatiques d'une requête aux fins d'écarter ou de paralyser la convention d'arbitrage. Une telle requête a toute chance d'aboutir alors même que la convention d'arbitrage est parfaitement valide : il suffira en effet à la demanderesse d'exposer dans sa requête une « *good cause* ». C'est dans cette perspective que la High Court de Eastern Cape affirma disposer, dans l'affaire *Nick's Fishmonger*, « *d'un pouvoir discrétionnaire de mettre un terme à la procédure pour permettre à l'arbitrage de se dérouler ou de trancher elle-même le litige* » (38).

13. Enfin, l'actualité la plus récente du pays témoigne d'une défaveur croissante du législateur sud-africain vis-à-vis de l'arbitrage. Après que le gouvernement a annoncé la mise en œuvre d'un vaste plan de révision de ses traités bilatéraux d'investissements (TBI) et effectivement commencé à résilier plusieurs traités conclus avec des Etats européens (39), le Ministère du Commerce et de l'Industrie a publié le 1<sup>er</sup> novembre 2013 un projet de loi de promotion et de protection de l'investissement (40) dont les termes confirment l'hostilité du

(38) Traduction des auteurs. *Nick's Fishmonger Holdings (Pty.) Ltd v. De Sousa*. Selon la High Court (22 août 2002), « *an arbitration clause does not oust the jurisdiction of the court and is no automatic bar to legal proceedings in respect of disputes covered by the agreement. [T]he court has a discretion whether to call a halt to the proceedings to permit arbitration to take place or to tackle the disputes itself* ». V. (1606/01) [2002] ZAECHC 21, accessible en ligne : <http://www.saflii.org/za/cases/ZAECHC/2002/21.html> (consulté le 31 décembre 2013).

(39) L'Afrique du Sud a ainsi notifié le 23 juin 2013 à l'Espagne son intention de résilier le TBI hispano-sud-africain sur le fondement de l'article XII dudit traité. Selon cet article, le traité entrerait en vigueur le 23 décembre 1999 pour une période initiale de 10 ans, puis pour une durée de deux ans renouvelable tacitement à chaque échéance et résiliable sur notification de l'une des parties six mois avant l'arrivée à échéance de chaque période de validité. Selon nos informations, des notifications similaires auraient été envoyées à la Belgique, aux Pays-Bas, au Luxembourg, à l'Allemagne (le 23 octobre 2013) et à la Suisse (le 30 octobre 2013) afin de résilier les TBI liant ces pays à l'Afrique du Sud. Pour plus de détails sur cette politique et les motivations qui la sous-tendent : v. *infra*, n° 44.

(40) L'intégralité du projet de loi ouvert à la consultation jusqu'au 31 janvier 2014 est consultable en ligne à l'adresse : [http://www.greengazette.co.za/documents/national-gazette-36995-of-01-november-2013-vol-581\\_20131101-GGN-36995.pdf](http://www.greengazette.co.za/documents/national-gazette-36995-of-01-november-2013-vol-581_20131101-GGN-36995.pdf) (consulté le 31 décembre 2013).

pays à l'égard de l'arbitrage (41). Contrairement à ce que permettent les TBI classiques, ce projet de loi ne prévoit en effet aucun droit général pour les investisseurs de recourir à l'arbitrage pour résoudre leurs différends avec l'Etat sud-africain. L'arbitrage d'investissement est ainsi remplacé par un mécanisme de médiation organisé sous l'égide du Ministère du Commerce et de l'Industrie (42), le recours aux juridictions étatiques (43) ou l'arbitrage tel que prévu par la loi de 1965 (44). Contrairement à la jurisprudence internationale en matière d'arbitrage d'investissement qui considère la référence — y compris optionnelle — à l'arbitrage dans un TBI comme un fondement contractuel suffisant pour établir le consentement de l'Etat à l'arbitrage, le projet de loi sud-africain exige une convention d'arbitrage valide stipulée dans le contrat d'investissement lui-même. Ceci laisse craindre de nouvelles possibilités d'interférence des juridictions étatiques.

Quoi qu'il en soit, et en l'état du droit actuel, les investisseurs préféreront sans doute arbitrer leurs litiges dans des Etats ayant démontré sérieusement leur volonté d'aligner leur droit de l'arbitrage sur les standards internationaux. C'est notamment le cas des Etats africains ayant adopté la Loi-type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ou rejoint l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA).

2°) *Entre harmonisation et segmentation : Loi-type CNUDCI et OHADA*

14. L'exemple de l'Afrique du Sud évoqué aux paragraphes précédents montre qu'il serait aléatoire de tenter d'identifier un lien entre le niveau de développement économique d'un pays et l'adéquation de son droit de l'arbitrage au regard des attentes des investisseurs internationaux. En revanche, le poids de l'héritage historique apparaît davantage structurant pour comprendre certaines grandes tendances législatives à l'œuvre sur le continent. Mais, là encore, les chemins suivis sont loin d'être à sens unique : l'impact contrasté de la Loi-type CNUDCI sur

---

(41) Sur les raisons de cette hostilité et les motivations de cette nouvelle politique : v. *infra*, n° 44-45, 57.

(42) Article 11(1) du projet.

(43) Article 11(4) du projet.

(44) Article 11(5) du projet.

les réformes du droit de l'arbitrage international initiées dans les pays africains anciennement placés sous influence française ou britannique le démontre (45). En effet, alors que les pays d'Afrique francophone demeurent tournés vers le droit français de l'arbitrage international et n'ont, pour majeure partie — à l'exception notable de la Tunisie — pas adopté la Loi-type CNUDCI (46) pour réformer leurs droits de l'arbitrage mais davantage suivi les solutions françaises, les pays d'Afrique anglophone ont, dans un mouvement d'émancipation, pris le contrepied de l'ancien Empire britannique en s'inspirant largement de la Loi-type — contrairement au Royaume-Uni qui s'en est écarté lors de la rédaction de l'*Arbitration Act* de 1996. Tout en favorisant l'harmonisation des droits de l'arbitrage des pays concernés, ces tendances contraires tendent à produire de nouvelles lignes de segmentation.

15. La situation des pays anglophones du continent africain est particulièrement originale dans la mesure où leurs systèmes juridiques restent très largement fondés sur la *common law* de l'ancien colonisateur, tandis que leur droit de l'arbitrage international s'en démarque en incorporant les dispositions de la Loi-type CNUDCI. On sait en effet que l'*Arbitration Act* de 1996 et la Loi-type diffèrent sous plusieurs aspects significatifs, de la conception des principes de séparabilité et de compétence-compétence (47) aux recours contre les

---

(45) Sur ce point, v. not. R. Amoussou-Guenou, « L'Afrique, la mondialisation et l'arbitrage international », *LPA*, 7 déc. 1998, n° 146, p. 8 et s. V. égal., sur un sujet lié, G. Cuniberti, « La faible attractivité internationale du droit français des contrats », *Les relations privées internationales, Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 253.

(46) La liste complète des Etats ayant adopté la Loi-type CNUDCI est disponible en ligne à l'adresse suivante : [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html).

(47) Tandis que l'article 16(1) de la Loi-type CNUDCI (telle qu'amendée en 2006) a fait le choix d'une conception complexe de la notion de séparabilité, qu'il lie intrinsèquement au principe de compétence-compétence (séparabilité et compétence-compétence étant mêlées dans une disposition unique), l'*Arbitration Act* anglais règle la question de la compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence (art. 30) dans une section différente de celle consacrée à la séparabilité de la clause compromissoire (art. 7), refusant la confusion opérée par la Loi-type CNUDCI entre ces deux principes. S'agissant plus spécifiquement du principe compétence-compétence, tandis que l'article 16 de la Loi-type CNUDCI (telle qu'amendée en 2006) consacre le caractère impératif du principe compétence-compétence, l'article 30 de l'*Arbitration Act* permet aux parties d'exclure contractuellement ce principe en introduisant une stipulation en ce sens dans leur convention d'arbitrage.

sentences (48), en passant par la place accordée aux règles de droit non-étatiques (49). Tel est par exemple le cas de la Zambie (50) ou du Kenya (51) qui, tout en demeurant membres du Commonwealth, ont réformé leur droit de l'arbitrage en se fondant intégralement sur la Loi-type CNUDCI. De même en est-il du Nigéria, qui est actuellement le seul des 16 pays ouest-africains à disposer — au niveau fédéral, certains Etats fédérés comme le Lagos (52) ayant leur propre droit de l'arbitrage interne — d'un droit de l'arbitrage directement fondé sur la Loi-type CNUDCI (53).

(48) Les motifs d'annulation d'une sentence sont plus limités dans la Loi-type CNUDCI (telle qu'amendée en 2006) que dans l'*Arbitration Act* anglais. Les cas de recours contre une sentence sont en effet conçus beaucoup plus largement (incompétence, irrégularité grave, injustice grave, appel sur un point de droit) dans les articles 67 à 69 de l'*Arbitration Act* que dans l'article 34 de la Loi-type qui permet en effet d'annuler une sentence dans des circonstances bien plus limitées. Il s'agit principalement de l'incapacité de compromettre d'une partie, l'inarbitrabilité ou encore la contrariété à l'ordre public du for.

(49) Tandis que l'article 28 de la Loi-type CNUDCI (telle qu'amendée en 2006) se réfère explicitement à des « règles de droit » non-étatiques et dispose que « dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction », l'article 46 de l'*Arbitration Act* anglais ne fait aucune place à l'application de règles de droit non-étatiques au fond du litige sans l'accord des parties et amalgame en une seule catégorie non juridique, sous le vocable d'« autres considérations », toutes les autres sources de droit que l'on est susceptibles de rencontrer en matière d'arbitrage international (usages du commerce, règles de droit non-étatiques et *amicable composition*), témoignant à leur égard une défaveur de principe.

(50) La Zambie est membre du Commonwealth depuis 1964. La loi zambienne n° 19 de 2000 sur l'arbitrage incorpore en Annexe n° 1 l'intégralité de la Loi-type CNUDCI dans sa version de 1985.

(51) Le Kenya est membre du Commonwealth depuis 1963. La loi kényane n° 4 de 1995 sur l'arbitrage incorpore toutes les dispositions de la Loi-type CNUDCI dans sa version de 1985, mais pas les révisions de 2006, malgré une réforme du droit de l'arbitrage réalisée dans le pays en 2009.

(52) La loi étatique lagotienne n° 10 de 2009 sur l'arbitrage reste limitée aux arbitrages internes.

(53) La loi nigériane sur l'arbitrage et la conciliation est entrée en vigueur le 14 mars 1988 et régit à la fois le droit interne et le droit international de l'arbitrage. Elle constitue l'adoption directe de la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international dans sa version de 1985. Cette situation pourrait toutefois changer, un projet de réforme étant à l'étude, dont le texte est disponible en ligne à l'adresse suivante [http://www.aluko-oyebode.com/\\_uploads/publications/further%20amended%20draft%20faca.pdf](http://www.aluko-oyebode.com/_uploads/publications/further%20amended%20draft%20faca.pdf) et un commentaire à l'adresse : [http://www.aluko-oyebode.com/\\_uploads/publications/why%20nass%20arbitration%20bill%20can%27t%20fly%20articles%20\\_%20thisday%20live.pdf](http://www.aluko-oyebode.com/_uploads/publications/why%20nass%20arbitration%20bill%20can%27t%20fly%20articles%20_%20thisday%20live.pdf) (consulté le 31 décembre 2013). Notons cependant que ce pays n'est plus membre du Commonwealth, qu'il a quitté en 1995.

16. Les pays africains historiquement placés sous influence française ont quant à eux suivi une voie différente dans la réforme de leur droit de l'arbitrage, en privilégiant une forme de fidélité au droit français duquel ils se sont fortement inspiré, et en préférant même, pour certains, l'unification à l'harmonisation. L'exemple suivi par les pays membres de l'OHADA (54) est à cet égard particulièrement intéressant. Regroupant aujourd'hui dix-sept pays d'Afrique de l'Ouest (55), dont la grande majorité est francophone (56), l'OHADA est à la fois une organisation internationale qui comporte un certain nombre d'organes institutionnels et un espace juridique unifié. Une série d'actes uniformes a en effet été adoptée. Ces actes soumettent certaines matières liées au droit des affaires à un régime unique dans l'ensemble des pays membres (57). L'arbitrage a ainsi reçu une place de choix dans l'ordre juridique communautaire de l'OHADA : un titre entier lui est consacré dans le traité fondateur de l'OHADA (58), un Acte uniforme (59) et une Cour commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) disposant d'un Règlement d'arbitrage (60) propre en précisant le régime ont été créés.

17. Si l'Acte uniforme sur l'arbitrage constituant le droit commun de l'arbitrage des dix-sept pays membres est fortement inspiré du droit français de l'arbitrage antérieur à la réforme

---

(54) L'OHADA a été créée par le Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis et révisé à Québec au Canada, le 17 octobre 2008. Le terme d'« harmonisation » est trompeur en ce qu'il s'agit de véritables actes communautaires *unifiant* le droit des Etats membres, qui sont adoptés sous l'égide de l'OHADA.

(55) Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, République Centrafricaine, République démocratique du Congo, Sénégal, Tchad et Togo.

(56) Le Cameroun (de tradition bi-juridique – droit civil et *common law*), la Guinée-Bissau (lusophone) et la Guinée équatoriale (majoritairement hispanophone et lusophone bien que le français soit également une langue officielle) constituent les principales exceptions.

(57) Sont ainsi régis par des actes uniformes adoptés sous l'égide de l'OHADA : le droit commercial général, le droit des sociétés commerciales et coopératives, le droit des sûretés, le droit des procédures civiles d'exécution, le droit des procédures collectives, la comptabilité des entreprises, le droit des contrats de transport de marchandises par route et le droit de l'arbitrage.

(58) Titre IV, articles 21 à 26 du Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993, tel que modifié le 17 octobre 2008.

(59) Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage en date du 11 mars 1999.

(60) Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA en date du 11 mars 1999.

de 2011 (61), il va même au-delà sur certains points. Un premier trait original tient à l'absence de toute distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international : le texte dispose en effet, en son article 1<sup>er</sup>, qu'il « *a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal se trouve dans l'un des Etats-parties* » et s'abstient par la suite de définir toute règle spécifique susceptible de s'appliquer à un arbitrage international, réalisant ainsi une unité de régime entre arbitrage interne et international.

18. Un second trait remarquable est la consécration, à l'article 2, alinéa 2, du même texte, d'un principe général de capacité de compromettre des personnes morales de droit public à la fois en droit international et en droit interne (62). Un arrêt rendu par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA en matière interne pourrait toutefois laisser présager des difficultés futures pour l'exécution des sentences arbitrales internationales impliquant des personnes morales de droit public : la CCJA a en effet accordé le bénéfice de l'immunité d'exécution à une entreprise publique togolaise — qui avait été condamnée par la chambre sociale de la Cour d'appel de Lomé à payer diverses sommes au profit d'anciens salariés —, sans opérer de distinction entre les biens affectés à l'exercice d'une mission de service public et ceux qui auraient pu faire l'objet de mesures d'exécution forcée (63).

19. Les termes dans lesquels l'article 4 de l'Acte unique établit l'autonomie juridique de la clause compromissoire méritent aussi d'être remarqués. Le texte pose en effet une règle matérielle de validité de la convention d'arbitrage reprenant la formule de la Cour de cassation française dans l'arrêt *Dalico* (64) : sa validité est « *appréciée d'après la commune volonté des*

---

(61) Avant d'être réformé en profondeur par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2011), le droit français de l'arbitrage était principalement issu des décrets n° 80-354 du 14 mai 1980 (relatif à l'arbitrage interne) et n° 81-500 du 12 mai 1981 (relatif à l'arbitrage international).

(62) Ce qui contraste avec le droit français qui pose, en matière d'arbitrage interne, une interdiction de principe pour les personnes morales de droit public de compromettre (art. 2060 al. 1 du Code civil).

(63) CCJA, arrêt n° 043/2005, 7 juillet 2005, *Aziablévi Yovo c/ Société Togo Télécom*, *Rev. cam. arb.*, n° spécial, févr. 2010, p. 136, note F. M. Sawadogo. V. toutefois la jurisprudence britannique citée à la note 18, *supra*.

(64) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 décembre 1993, *Dalico*, *Bull. civ. I*, n° 372, *Rev. arb.*, 1994.116, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*, 1994.432, note E. Gaillard ; *JDI*, 1994.690, note E. Loquin ; *Rev. crit. DIP*, 1994.663, note P. Mayer.

*parties, sans référence à un droit étatique* ». Cependant, à la différence de la jurisprudence *Dalico*, l'Acte Uniforme ne pose aucune réserve à la validité de la convention d'arbitrage — pas même celle de l'ordre public international ! — et étend le bénéfice de cette règle matérielle aussi bien aux arbitrages internationaux qu'aux arbitrages internes, allant en cela beaucoup plus loin que le droit français. Si la condition de respect de l'ordre public peut-être considérée comme implicite, la notion même d'ordre public a été conçue de façon originale en droit OHADA.

20. L'affirmation d'un ordre public communautaire de l'OHADA (65) induit en effet que l'ordre juridique de référence auquel doit faire appel le juge de l'Etat membre de l'OHADA saisi d'un recours en annulation ou d'une demande d'exequatur d'une sentence ne peut être que celui de l'OHADA dans son ensemble, à l'exclusion de l'ordre public national de tout autre Etat membre (66).

21. Que de chemin parcouru depuis 1974, lorsque ces mêmes Etats, aujourd'hui membres de l'OHADA, obtenaient l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies de la *Charte des droits et devoirs économiques des Etats* (67) qui consacrait le droit des Etats à ce que tout différend relatif à des investissements étrangers soit « *réglé conformément à la législation interne de l'Etat (...) et par les tribunaux de cet Etat* » (68) ! Sans doute faut-il déceler dans cette évolution les impératifs liés à l'attraction des investisseurs étrangers dans un environnement concurrentiel, impératifs qui ont amené de nombreux Etats émergents à modifier leurs systèmes juridique et fiscal en vue de se distinguer des multiples autres prétendants aux mêmes sources internationales de financement. Si le parcours accompli par les pays de l'OHADA sur le plan juridique est indubitablement

---

(65) Les articles 26-5° (concernant les cas de recevabilité d'un recours en annulation contre une sentence) et 31 al. 4 (concernant le refus d'exécution d'une sentence) de l'Acte uniforme se réfèrent à « *l'ordre public international des Etats signataires du Traité* ».

(66) Sur cette question, v. not. E. Assepo Assi, « L'ordre public international dans l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2007.753.

(67) Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 3281, XXIX.

(68) Article 2.2.c. Le texte intégral de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats est accessible en ligne à l'adresse : <http://unctad.org/Sections/dite/iaa/docs/compendium/fr/6%20volume%201.pdf>.

prometteur, il ne saurait être appréhendé correctement sans référence aux ressources arbitrales présentes sur le continent et à leurs limites.

## **B) Des ressources arbitrales africaines encore sous-exploitées**

22. En octobre 2013, plusieurs sites d'information relayaient les travaux de Jean-Paul Pougala, directeur de l'Institut d'études géostratégiques de Douala, expliquant pourquoi les cartes géographiques officielles — dites de Mercator — sous-représentaient l'Afrique. Ramenée à la même échelle que les autres continents, la superficie réelle de l'Afrique serait en effet égale à celle des Etats-Unis, de l'Inde, de la Chine et de l'Europe réunis (69). On ne peut malheureusement pas étendre ce constat aux ressources arbitrales du continent qui, malgré un développement exponentiel au cours des deux dernières décennies, n'ont pas encore connu l'essor attendu.

### *1°) Un développement inachevé : TBI et centres d'arbitrage*

23. La prolifération des traités bilatéraux d'investissement (TBI) et des centres d'arbitrage qui a marqué l'Afrique ces vingt dernières années témoigne sans conteste d'une diversification de l'offre d'arbitrage et d'un accroissement des ressources locales potentiellement mobilisables par les investisseurs internationaux pour arbitrer leurs différends. Cette réalité comptable est toutefois impropre à saisir la véritable nature du développement de l'arbitrage sur le continent, qui demeure par de nombreux aspects encore inachevé.

24. Au 1<sup>er</sup> juin 2012, les Etats africains avaient signé 769 TBI dont 624 — soit 81 % — avec des pays non-africains et 145 — soit 19 % — avec des pays africains (70). Il serait toutefois trop hâtif de conclure de ces seules statistiques que l'Afrique offre un niveau de protection élevé aux investisseurs étrangers ou que les Etats africains sont prompts à régler par la voie de l'arbitrage leurs différends d'investissement. En effet,

---

(69) Slate Afrique, « La vraie carte de l'Afrique ne se trouve pas dans nos manuels scolaires », 30 octobre 2013 : <http://www.slateafrique.com/405848/la-vraie-carte-de-afrique-pas-dans-nos-manuels-scolaires>.

(70) K. Daele, « Part VI : Investment Treaties and Investor-State Arbitration – Chapter 6: Investment Arbitration Involving African States », in L. Bosman (éd.), *Arbitration in Africa : A Practitioner's Guide*, Kluwer, 2013, p. 403.

si 64 % des TBI signés entre un pays africain et un pays non-africain ont été ratifiés et sont entrés en vigueur, la situation est toute autre s'agissant des traités d'investissements intra-africains. Dans ce second cas, 80 % des TBI signés entre pays africains ne sont pas encore entrés en vigueur à ce jour. Ainsi, les Etats non-africains ont-ils une plus grande propension à ratifier leurs TBI et à s'assurer que leurs contreparties africaines fassent de même, tandis qu'à l'inverse, les pays africains semblent se soucier bien moins du processus post-signature consistant à donner force obligatoire à leurs TBI (71).

25. D'aucuns y verront la manifestation de l'ineffectivité du droit étatique qui constitue l'une des spécificités juridiques du continent africain. Selon le Professeur Meyer en effet, « *le droit dit "moderne" — qu'il vaudrait mieux qualifier de façon plus objective de droit étatique légiféré — est très largement ineffectif* » (72) en Afrique, et ce pour au moins deux raisons. La première tiendrait aux fonctions assignées au droit légiféré : « *conçues pour promouvoir le développement, les législations nouvelles ont souvent marqué une véritable rupture avec les pratiques traditionnelles conduisant ainsi à un véritable "divorce" entre ce droit et la réalité sociale* » (73). La seconde résulterait de ce que les sociétés africaines n'ont pas été dissoutes à l'intérieur des Etats qui les ont absorbées : « *l'Etat n'a pas résorbé les organisations sociales qui continuent d'encadrer les sujets de droit* » (74). Les relations économiques et sociales étant dès lors nouées entre des acteurs qui ne se perçoivent qu'accessoirement — et pas seulement — comme des sujets de droit, « *le droit étatique en Afrique et la protection qu'il accorde n'apparaissent pas vraiment nécessaires* » (75).

26. Le recensement des principales institutions d'arbitrage établies en Afrique le confirme. Au moment où sont écrites ces lignes, une trentaine de centres d'arbitrage d'importance inégale sont établis sur le continent, dont la plupart ont été créés depuis

---

(71) K. Daele, M. de Reya, « The Unfinished work of foreign investment protection in Africa », Kluwer Arbitration Blog, 22 févr. 2013 : <http://kluwarbitration-blog.com/blog/2013/02/22/the-unfinished-work-of-foreign-investment-protection-in-africa/>.

(72) P. Meyer, *Droit de l'arbitrage*, coll. Droit uniforme Africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 12, p. 10.

(73) *Ibid.*

(74) *Ibid.*

(75) *Ibid.*

la dernière décennie du siècle dernier. Treize de ces institutions sont établies en Afrique Sub-saharienne (76), douze sont présentes en Afrique de l'Ouest (77), cinq déploient leurs activités en Afrique du Nord (78) et trois se sont implantées en Afrique de l'Est (79). Cette seule énumération permet de mettre en évidence des déséquilibres significatifs dans la distribution spatiale des centres d'arbitrage sur le continent, les pays du Sud et de l'Ouest de l'Afrique apparaissant bien plus richement dotés en ressources institutionnelles que ceux du Nord et de l'Est. Mais tous les centres d'arbitrage ne sont pas d'égale valeur, et les investisseurs pourraient préférer se tourner vers les institutions qui disposent d'une longue expérience prouvée dans l'administration des litiges. Or, nombreux sont les jeunes centres d'arbitrage qui, comme le Centre de Médiation et d'Arbitrage de

---

(76) Les principaux centres d'arbitrage d'Afrique sub-saharienne sont : 1) Arbitral Iuris S.A. (Angola) ; 2) Harmonia – Centro Integrado de Estudos e Resolução de Conflitos (Angola) ; 3) Centro de Arbitragem do C.E.F.A. (Angola) ; 4) The Botswana Institute of Arbitrators (Botswana) ; 5) Directorate of Dispute Prevention and Resolution (Lesotho) ; Centre d'Arbitrage et de Médiation de Madagascar (Madagascar) ; 6) LCIA-MIAC Arbitration Centre (Maurice) ; 7) Bureau Mauricien de la CPA (Maurice) ; 8) Centro de Arbitragem Conciliação e Mediação (Mozambique) ; 9) PANAM (Namibie) ; 10) Arbitration Foundation of South Africa (Afrique du Sud) ; 11) Tokiso Dispute Settlement Association of Arbitrators (Afrique du Sud) ; 12) Zambia Association of Arbitrators (Zambie) et 13) Commercial Arbitration Centre (Zimbabwe).

(77) Les principaux centres d'arbitrage d'Afrique de l'Ouest sont : 1) Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation de la CCI du Bénin (Bénin) ; 2) Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation de Ouagadougou (Burkina Faso) ; 3) Ghana Arbitration Centre (Ghana) ; 4) Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire (Côte d'Ivoire) ; 5) Chambre d'Arbitrage de Conakry (Guinée) ; 6) Centre de Conciliation et d'Arbitrage du Mali (Mali) ; 7) Regional Centre for International Commercial Arbitration – Lagos (Nigéria) ; 8) Lagos Court of Arbitration (Nigeria) ; 9) Centre d'Arbitrage et de Médiation de Dakar (Sénégal) ; 10) Centre d'Arbitrage de la Chambre de Commerce, d'Industrie et d'Agriculture (Sénégal) ; 11) Cour d'arbitrage, de Médiation et de Conciliation du Togo (Togo) et 12) Centre d'Arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (OHADA, Côte d'Ivoire).

(78) Les principaux centres d'arbitrage d'Afrique du Nord sont : 1) Centre de Médiation et d'Arbitrage de la Chambre Algérienne de Commerce et d'Industrie (Algérie) ; 2) Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (Egypte) ; 3) Cour Marocaine d'Arbitrage (Maroc) ; 4) Centre International de Médiation et d'Arbitrage de Rabat (Maroc) et 5) Centre de Conciliation et d'Arbitrage de Tunis (Tunisie).

(79) Les principaux centres d'arbitrage d'Afrique de l'Est sont : 1) Chartered Institute of Arbitrators Kenya Branch (Kenya) ; 2) Centre for Arbitration and Dispute Resolution (Ouganda) et 3) Kigali International Arbitration Centre (Rwanda).

la Chambre Algérienne de Commerce et d'Industrie (80), le Centre d'Arbitrage de Madagascar (81) ou l'Institut de Règlement des Différends zambien (82) ne disposent pas encore d'une véritable expérience de l'arbitrage international. De même, malgré sa forte médiatisation et son caractère innovant (83), le Centre d'arbitrage de la Cour de Justice Commune et d'Arbitrage de l'OHADA (84) peine à trouver ses utilisateurs : au 30 juin 2010 (85) — soit plus de dix ans après l'entrée en fonction du centre d'arbitrage, en 1999 — 37 demandes seulement avaient été enregistrées auprès du Secrétariat de la CCJA et 13 sentences ou ordonnances avaient été rendues sous son

---

(80) Si entre 2007 et 2010, le centre n'avait administré que quatre affaires, arbitrage interne et international confondus (V. S. Houerbi, « Chapter 4 : Arbitration in North Africa : an Overview », in L. Bosman (dir.), *Arbitration in Africa: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2013, p. 259), il semblerait que son activité ait connu depuis une certaine croissance, dépassant en janvier 2014 les 10 affaires administrées.

(81) L. Bosman, « Chapter 1 : The Southern African Development Community and the UNCITRAL Model Law », in L. Bosman (dir.), *Arbitration in Africa: A Practitioner's Guide*, *op. cit.*, p. 11.

(82) *Ibid.* L'Institut de Règlement des Différends zambien n'aurait à ce jour administré aucun arbitrage international.

(83) N. Pilkington, S. Thouvenot, « Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage », *Pratique et actualités du droit OHADA*, Journées d'études Juriscope Poitiers, 2004, p. 128 et s.

(84) Le Traité OHADA a en effet créé une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage mélangeant attributions administratives et juridictionnelles en matière d'arbitrage. Sur le plan administratif, la CCJA constitue un centre d'arbitrage régi par un Règlement d'arbitrage auquel les parties peuvent se référer pour régir leurs litiges dès lors que (i) l'une des parties a son domicile ou sa résidence dans un Etat membre ou (ii) lorsque le contrat est exécuté ou à exécuter en totalité ou en partie sur le territoire d'un ou plusieurs Etats OHADA (art. 21 du Traité OHADA modifié). Ainsi saisie, la CCJA a alors le pouvoir de nommer les arbitres en cas de carence des parties ou de les confirmer, et de statuer sur les demandes de récusation. Elle est par ailleurs informée du déroulement de l'instance arbitrale et examine les projets de sentence. Sur le plan juridictionnel, la CCJA constitue une Cour suprême au sein de l'espace OHADA ayant compétence exclusive pour délivrer l'exequatur des sentences rendues dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CCJA, statuer sur les recours en annulation, en révision et en tierce opposition. En cas d'annulation de la sentence, elle a la possibilité d'évoquer l'affaire au fond.

(85) M. P. Lendongo, « Statistiques de la CCJA en matière contentieuse, arbitrale et consultative en dix ans de fonctionnement », Actes du Colloque de Lomé des 24 et 25 sept. 2010. Malgré nos demandes réitérées au Secrétariat du Centre d'Arbitrage de la CCJA, nous n'avons pu obtenir communication de statistiques plus récentes.

égide (86). Ainsi les investisseurs les moins aguerris préféreront-ils sans doute faire administrer leur arbitrage par les centres les plus expérimentés, y compris à l'extérieur du continent. Les institutions qui, bien que plus récentes, bénéficient de règlements d'arbitrage fondés sur les standards les plus modernes, d'un soutien politique certain au niveau local et d'infrastructures de qualité, comme le *LCIA-MIAC Arbitration Centre* ou le Bureau de la CPA à Maurice, espèrent quant à elles pouvoir compenser leur expérience limitée par la qualité de leurs règlements d'arbitrage ou le soutien politique et financier dont elles bénéficient au niveau local. Ces centres considèrent également leur capacité à réduire le montant des frais administratifs facturés aux parties comme un facteur de compétitivité (87). En réalité, toutefois, il n'est pas sûr que des investisseurs internationaux, y compris les banques et les fonds d'investissement, y voient un argument suffisant pour imposer le choix de l'une de ces institutions arbitrales locales par rapport aux grandes institutions internationales, dont les services sont certes bien plus onéreux, mais aussi davantage expérimentés (88). A ceci s'ajoute une autre difficulté, tenant à la sélection d'arbitres africains qualifiés, dont le nombre reste limité sur le continent et la présence dans les procédures arbitrales internationales encore trop rare.

---

(86) L'analyse dynamique de ces chiffres laisse toutefois entrevoir des perspectives de développement encourageantes : alors qu'entre 1999 à 2005, on enregistré chaque année 1 à 3 demandes d'arbitrage CCJA et 3 sentences étaient rendues sur la totalité de la période, de 2006 à 2010 en revanche, ce sont entre 4 et 8 demandes d'arbitrage qui étaient enregistrées chaque année et 10 sentences rendues sur la totalité de la période (source M. P. Lendongo, v. *supra*, note 86). Ce chiffre n'a varié que très modestement au cours des trois dernières années.

(87) Le *Kigali International Arbitration Centre* créé en 2012 au Rwanda se démarque en ce sens par la modernité de son règlement d'arbitrage (inspiré des règles de la LCIA, de la CCI et du SIAC) et le montant réduit des frais d'arbitrage incombant à ses utilisateurs. S'agissant par exemple des honoraires des arbitres, tandis qu'ils sont estimés en moyenne à 39 378 US\$ par arbitre dans le cadre d'un arbitrage CCI portant sur un litige d'1 million US\$, ce montant tombe à 8 000 US\$ dans le cadre d'un arbitrage portant sur un litige du même montant organisé par le *Kigali International Arbitration Centre* (selon les données fournies par les calculateurs en ligne de ces institutions au 31 décembre 2013).

(88) Ainsi, à la CCI, sur les 2036 nouvelles parties en litige recensées par la Cour Internationale d'Arbitrage pour 2012, 127 provenaient d'Afrique, dont 41 d'Afrique du Nord et 86 d'Afrique subsaharienne. Par ailleurs, sur les 1 301 arbitres nommés ou confirmés dans des arbitrages CCI, 25 étaient africains (dont 5 Egyptiens, 5 Sud-africains et 5 Tunisiens) et 6 des 59 pays parmi lesquels les arbitrages CCI engagés en 2012 avaient leur siège dans un pays d'Afrique (2 en Egypte, 2 en Afrique du Sud, 1 en Angola et 1 au Maroc). Source : *ICC Bull.*, 2013, vol. 24, n° 1.

2°) Une expertise insuffisamment exploitée : praticiens et universitaires

27. Le succès d'une procédure arbitrale dépendra presque autant du cadre juridique dans lequel elle s'inscrit — droit du siège, attitude des juridictions étatiques, règlement d'arbitrage — que de la personne même des conseils et arbitres désignés — compétence en droit de l'arbitrage, familiarité avec la matière objet du litige et disponibilité (89). Si certains spécialistes africains de l'arbitrage commencent à être reconnus sur la scène arbitrale internationale, ils sont pour la plupart généralement restés en retrait. Cette situation ne doit pas perdurer tant les talents sont prometteurs et l'enthousiasme local pour l'arbitrage évident.

28. Sur le plan universitaire d'abord, il faut saluer la multiplication dans les grandes revues internationales de contributions doctrinales d'origine africaine consacrées à l'arbitrage (90). Des publications telles que le *Recueil Penant* et la *Revue Camerounaise d'arbitrage* participent d'ailleurs de ce développement. Pourtant derrière cette façade la réalité est plus contrastée. Si nous avons pu trouver et consulter sans difficultés plusieurs traités d'origine non-africaine dédiés à l'arbitrage en Afrique (91), la tâche fut moins aisée pour identifier des monographies d'origine exclusivement africaine. A notre connaissance, les seuls

---

(89) Y. Derains, L. Levy (dir.), *Is Arbitration Only As Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator*, Dossiers ICC Institute of World Business Law, 2011.

(90) L'OHADA a par exemple mis en place un site Internet recensant les principaux articles consacrés à l'arbitrage OHADA et en permettant l'accès gratuitement après création d'un compte sur le site : <http://www.ohada.com/doctrine.html>.

(91) L. Bosman (dir.), *Arbitration in Africa : A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2013 (dirigé par une spécialiste néerlandaise de l'arbitrage international professeure associée à l'Université de Cape Town, en Afrique du Sud, cet ouvrage est nourri de plusieurs contributions de spécialistes africains de l'arbitrage) ; B. Le Bars, *International Arbitration and Corporate Law : An OHADA Practice*, Eleven International Publishing, 2013 ; *Droit des sociétés et de l'arbitrage international. Pratique en droit de l'Ohada*, Joly-Lextenso, 2011 ; P. Meyer, *Droit de l'arbitrage*, coll. Droit uniforme Africain, Bruylant, Bruxelles, 2002 ; A. Fénéon, *Droit de l'arbitrage : Commentaires de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage et du règlement de la CCJA*, Edicef, 2000 ; A. Fénéon, P.-G. Pougoué, J.-M. Tchakoua, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Presses universitaires d'Afrique, 2000 ; Ph. Fouchard (dir.), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant, 2000.

traités d'arbitrage (92) de diffusion internationale (93) rédigés exclusivement par des auteurs africains seraient l'ouvrage général d'Ama A. Asouzu (94), la thèse de Roland Amoussou-Guenou (95) et les études centrées sur les pays du Maghreb réalisées par Mostefa Trari-Tani (96) et Nora Seddiki-El Houdaigui (97). L'Égypte fait figure d'exception avec une production doctrinale considérable, mais peu disponible en langues étrangères (98).

29. S'agissant plus spécifiquement des praticiens africains de l'arbitrage, une évolution réelle est aujourd'hui observable. Au début des années 1990, Philippe Leboulanger dressait le constat suivant : « *la nationalité des arbitres constitue encore un obstacle — même s'il faut reconnaître qu'il l'est de moins en moins — à la participation des juristes du Tiers-monde à l'arbitrage international* » (99). Le système de nomination au CIRDI était à cet égard particulièrement révélateur : nombre d'États africains ne faisaient pas usage de leur faculté de déposer une liste de conciliateurs et d'arbitres (100), tandis que ceux qui saisissaient cette opportunité sélectionnaient uniquement des

---

(92) Ainsi ne mentionnons nous pas l'*Encyclopédie du droit OHADA* dirigée par le Professeur Paul-Gérard Pougoué et parue en 2011 aux éditions Lamy, qui contient un chapitre dédié à l'arbitrage OHADA.

(93) Hors Égypte, où des monographies existent en langue arabe (la portée internationale de ces publications étant de fait limitée aux spécialistes de l'arbitrage maîtrisant cette langue).

(94) A. A. Asouzu, *International Commercial Arbitration and African States*, Cambridge University Press, 2001.

(95) R. Amoussou-Guenou, *Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial International en Afrique subsaharienne*, thèse, Paris II, 1995.

(96) M. Trari-Tani, *L'arbitrage commercial international. Avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie)*, Bruylant, 2011.

(97) N. Seddiki-El Houdaigui, *Arbitrage commercial international au Maghreb. Droit et pratique*, L'Harmattan, 2012.

(98) V. les chroniques de jurisprudence consacrées à l'Égypte : Ph. Leboulanger, H. Slim *et al.*, « Chronique de jurisprudence étrangère – Égypte », *Rev. arb.*, 2004.941 ; et D. Hussein, I Selim et S. El Sawah, « Chronique de jurisprudence étrangère – Égypte », *Rev. arb.*, 2013.191.

(99) Ph. Leboulanger, « L'arbitrage international nord-sud », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 323 et s., spéc. n° 12.

(100) La Convention de Washington a mis en place un système de listes d'arbitres tenues par le Secrétariat du Centre. Les membres sont proposés par les États parties, qui ont la possibilité de désigner au maximum quatre personnes « *qui ne sont pas nécessairement ses ressortissants* » (art. 13.1), pour une période de quatre ans renouvelable.

arbitres occidentaux (101). La situation est aujourd'hui plus encourageante : au moment où sont écrites ces lignes, plus de 70 % des Etats africains parties à la Convention de Washington (102) ont déposé leurs listes d'arbitres — nationaux — et commencent à les nommer dans les litiges qui les opposent à des investisseurs étrangers (103). Cette évolution positive ne saurait toutefois effacer le retard certain en termes de formation et de sensibilisation à l'arbitrage des professionnels du droit et de l'entreprise (104). Seule une accentuation des efforts dans ces domaines permettra aux Etats africains et aux candidats potentiels à l'arbitrage parmi leurs ressortissants d'adapter la pratique arbitrale internationale aux spécificités de l'environnement africain.

## II. – L'INCIDENCE DE L'ENVIRONNEMENT AFRICAIN SUR LE RÈGLEMENT ARBITRAL DES LITIGES FINANCIERS INTERNATIONAUX

30. Banques et autres apporteurs de capitaux étrangers pondéreront l'opportunité d'arbitrer en Afrique leurs litiges au regard, d'une part, des facilités procédurales que leur offrent les infrastructures juridiques africaines et, d'autre part, de la compatibilité entre les solutions apportées et les impératifs de rentabilité liés à leur investissement. La première de ces questions sera analysée dans le contexte de l'arbitrage OHADA tandis que la seconde sera traitée par le prisme de l'indemnisation accordée par les arbitres aux investisseurs expropriés en Afrique telle qu'illustrée par les sentences CIRDI.

---

(101) En 2001, seuls 26 des 42 Etats africains ayant ratifié la Convention de Washington avaient déposé leurs listes de conciliateurs et d'arbitres. En 2013, ce sont 35 des 44 Etats africains ayant ratifié cette même Convention qui ont déposé leurs listes (<http://icsid.worldbank.org/ICSID>).

(102) Fin 2013, seuls 14 des 49 Etats africains parties à la Convention de Washington n'avaient pas déposé leur liste de conciliateurs et d'arbitres : le Burundi, le Congo, la Côte d'Ivoire, l'Ethiopie, la Gambie, la Guinée-Bissau, le Mali, le Mozambique, la Namibie, le Rwanda, Sao Tome et Principe, le Swaziland, le Tchad et la Zambie.

(103) M. Okilassali, « La participation des Africains à l'arbitrage du CIRDI », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, 2001, n° 13, p. 3 et s.

(104) M. Konaté, « Les arbitres et avocats africains face à l'arbitrage international », *Revue Jurifis Info*, 2011, n° 11, p. 2.

### **A) La conduite des arbitrages en matière financière : l'exemple de l'OHADA**

31. Banquiers et investisseurs partagent une approche claire et pragmatique de leurs métiers respectifs : de la même manière que tout crédit octroyé doit être remboursé intégralement à l'échéance, tout investissement doit satisfaire certaines exigences de rentabilité. Or, lorsque ces espérances sont déçues et qu'un litige survient, il apparaît primordial que certaines spécificités inhérentes aux opérations de financement international soient prises en compte dans la conduite de l'arbitrage : ainsi en va-t-il de la participation à la procédure d'une multiplicité d'acteurs, de la faillite de l'une des parties, de la réalisation d'éventuelles sûretés garantissant le financement ou de la mise en œuvre de mesures provisoires. Le droit de l'arbitrage étant, comme huit autres pans du droit des affaires, harmonisé dans l'espace OHADA, il constitue à cet égard un objet d'analyse particulièrement intéressant.

#### *1°) L'absence de spécificités procédurales : faillite et sûretés dans le droit de l'OHADA*

32. La principale source de contentieux en matière de financements internationaux tient au non remboursement, avéré ou anticipé, par l'emprunteur de son crédit. Or, un défaut de paiement trouve souvent sa source dans des difficultés de trésorerie plus profondes, qui peuvent conduire à la mise en faillite de l'emprunteur et le dessaisissement des organes de direction de l'entreprise. Dans un tel contexte, on peut s'attendre à ce que la banque mesure soigneusement la façon dont la procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre de son emprunteur vienne s'articuler avec une éventuelle procédure d'arbitrage pour apprécier l'opportunité d'introduire une clause compromissoire dans ses documents de financement.

33. S'agissant d'une faillite qui viendrait à être ouverte à l'encontre d'une partie ayant son siège ou son établissement principal dans un Etat de l'espace OHADA (105), la législation de référence en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1999 est l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement

---

(105) Article 4 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif du 10 avril 1998 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1999. L'inspiration du Règlement (CE) NO 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité est évidente et, naturellement, la bienvenue.

du passif (AUPC). En l'absence d'étude conséquente quant à l'articulation entre procédures collectives et arbitrage en droit OHADA, le raisonnement par analogie proposé par J.-M. Tchakoua (106) nous paraît pragmatique et de bon sens. L'on procéderait ainsi à l'interprétation du droit OHADA à la lumière des droits étrangers ayant constitué ses principales sources d'inspiration : les droits français et européen. Dès lors, les solutions les mieux établies par la doctrine et les jurisprudences françaises et européennes en la matière pourraient-elles servir de lignes directrices pour coordonner procédure d'arbitrage et procédures collectives dans l'espace OHADA (107).

34. D'ores et déjà, convenons de conclure à l'inarbitrabilité des litiges ayant pour objet la procédure collective d'apurement du passif. Aux termes de l'article 3 de l'AUPC, l'ouverture d'une procédure collective relève « *de la juridiction compétente en matière commerciale* », laquelle est « *également compétente pour connaître de toutes les contestations nées de la procédure collective, de celles sur lesquelles la procédure collective exerce une influence juridique* ». Cette dernière formulation rappelle la formule utilisée par la jurisprudence française pour affirmer la compétence exclusive du tribunal de la faillite s'agissant des litiges ayant pour objet même la faillite (108). A l'instar des solutions aujourd'hui acquises en droit français, seront non arbitrables en droit OHADA les litiges relatifs à l'ouverture de la procédure collective, aux nullités de la période suspecte, aux pouvoirs de gestion du débiteur après le jugement d'ouverture, aux responsabilités pour fautes de gestion et aux sanctions que la loi édicte à l'encontre des dirigeants de l'entreprise coupables de négligence, d'imprudences ou de malversations (109). En revanche, l'arbitrage ne serait pas exclu pour les litiges contractuels entre le débiteur faisant l'objet de la procédure collective et un tiers, et portant sur des faits antérieurs à l'ouverture de la procédure qui se seraient présentés de la même manière sans

(106) J.-M. Tchakoua, « L'arbitrabilité des différends dans l'espace OHADA », *Penant*, n° 835, janv.-avr. 2001, p. 25-26.

(107) Sur lesquelles, v. les études désormais classiques en droit français : P. Ancel, « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. arb.*, 1987.127; Ph. Fouchard, « Arbitrage et faillite », *Rev. arb.*, 1998.471.

(108) Cass. com., 8 juin 1993, *Bull. civ. IV*, n° 233 ; Cass. com., 19 mai 1987, *Rev. arb.*, 1988.144, note P. Ancel.

(109) V. la jurisprudence citée par E. Loquin, « Fasc. 1024 : Arbitrage. – Conventions d'arbitrage. – Conditions de fond. – Litige arbitral », *JCl. Proc. civ.*, 20 sept. 2008, n° 55.

procédure collective : « *ces litiges purement contractuels restent arbitrables, même s'ils peuvent avoir une influence sur le bien-fondé de la créance produite par l'un des créanciers du débiteur à la procédure collective* » (110).

35. Suivant le même raisonnement, il est probable que, comme en droit français, les règles issues de l'AUPC priment, compte tenu de leur forte imprégnation de considérations d'ordre public (111), sur celles issues du droit de l'arbitrage OHADA (112). Plusieurs conséquences devraient en résulter. S'agissant tout d'abord de la validité et de l'opposabilité des clauses compromissaires, une distinction devrait être opérée selon qu'elles ont été conclues antérieurement ou postérieurement au jugement d'ouverture. Les clauses conclues avant le jugement d'ouverture devraient être valables et opposables au débiteur, aux autres créanciers et aux organes de la procédure (113). En revanche, après le jugement d'ouverture d'un redressement judiciaire ou *a fortiori* d'une liquidation, le débiteur se trouvant dessaisi de l'administration de son patrimoine de manière plus ou moins totale pour être remplacé par un administrateur, c'est davantage en termes de capacité de compromettre que devrait être posée la question de la validité et de l'opposabilité de la convention d'arbitrage :

— En cas de redressement préventif (équivalent de la sauvegarde française), l'article 11, alinéa 3, AUPC interdit au débiteur, sous peine d'inopposabilité, « *de faire aucun acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise* » sans « *autorisation motivée du Président de la juridiction compétente* ». Restera à la CCJA de déterminer dans un premier temps si la conclusion d'une convention d'arbitrage est un acte d'administration ou de disposition (114) et, s'il s'agit d'un

---

(110) C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2013, n° 141.

(111) Les règles impératives issues de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement de passif constituent sans aucun doute une manifestation de la notion d'ordre public communautaire du droit de l'arbitrage OHADA (v. *supra*, n° 20).

(112) Philippe Fouchard évoque une « *hiérarchisation des règles* » (*Rev. arb.*, 1998.474).

(113) Sent. CCI n° 6057 (1991), *JDI*, 1993.1016, obs. Y. Derains ; Cass. com., 19 juillet 1982, *Rev. arb.*, 1983.321 ; Cass. com., 10 juillet 1984, *Rev. arb.*, 1984.492 (sous l'empire de la loi de 1985).

(114) Sur cette question, C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, n° 86.

acte de disposition, de déterminer dans un second temps si un tel acte est lié à une exploitation normale de l'entreprise. On sait que la jurisprudence française contemporaine tend à considérer la conclusion d'une convention d'arbitrage comme un « acte de gestion courante » (115), mais aussi que l'article L. 622-7 du Code de commerce français traitant de la sauvegarde dispose que « ... *le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise [...] ou à compromettre* », prévoyant ainsi explicitement une autorisation préalable à la conclusion d'une convention d'arbitrage. En l'absence d'une telle disposition dans l'AUPC, l'on pourrait être tenté de conclure, en arguant du caractère normal de la conclusion d'une convention d'arbitrage dans la vie d'une société, qu'une société en redressement préventif pourrait conclure une convention sans autorisation judiciaire préalable. Toutefois, en l'absence de décision jurisprudentielle en ce sens, la prudence recommanderait de solliciter l'autorisation du Président de la juridiction compétente conformément à l'article 11 AUPC.

— En cas de redressement judiciaire, l'article 52 al. 1<sup>er</sup> AUPC impose, à peine d'inopposabilité, « *assistance obligatoire du débiteur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens* ». Une exception est toutefois prévue par l'article 52, alinéa 2, AUPC aux termes duquel « *le débiteur peut accomplir, valablement, seul, les actes conservatoires et ceux de gestion courante entrant dans l'activité habituelle de l'entreprise, conformément aux usages de la profession, à charge d'en rendre compte au syndic* ». Toute la question demeure de savoir s'il faut considérer la conclusion d'une convention d'arbitrage comme un acte de gestion courante ou au contraire inhabituel dans la vie d'une société. Le débiteur sera quoi qu'il en soit tenu de rendre compte d'un tel acte au représentant des créanciers.

— En cas de liquidation judiciaire, l'article 53 AUPC emporte dessaisissement total du débiteur et confie l'administration et la disposition de ses biens au « *syndic agissant seul en représentation du débiteur* » (à l'exception des actes conservatoires). Il ne semble pas exister dans l'AUPC de disposition similaire à l'article L. 642-24 al. 1<sup>er</sup> du Code de commerce français prévoyant que « *le liquidateur peut, avec l'autorisation du*

---

(115) V. sur le sujet D. Cohen, « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006.35. Pour une jurisprudence prise en matière internationale : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2009, *Soerni*, *Rev. arb.*, 2009.529, note D. Cohen.

débiteur [...], compromettre et transiger sur toutes les contestations qui intéressent collectivement les créanciers », mais la prudence exige une fois de plus que le juge-commissaire soit au moins consulté avant la conclusion d'une convention d'arbitrage.

36. S'agissant ensuite du cours de l'instance arbitrale, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'une des parties devrait également avoir des conséquences. On peut notamment anticiper les solutions suivantes. Premièrement, si le créancier a déjà saisi un tribunal arbitral d'une action en paiement de sa créance, la procédure arbitrale devra être interrompue en application du principe de suspension ou d'interdiction des poursuites (116) et ne pourra reprendre qu'après déclaration des créances auprès du juge commissaire (117). L'article 75 al. 3 AUPC — applicable aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires — prévoit toutefois que « *la suspension des poursuites individuelles ne s'applique pas aux actions en nullité et en résolution* ». On peut par ailleurs regretter que ni l'Acte uniforme sur l'arbitrage, ni le règlement d'arbitrage de la CCJA ne traitent explicitement de la suspension de l'instance (118). Quoi qu'il en soit, dès lors qu'une procédure collective a été ouverte à l'encontre de l'une des parties, le pouvoir du tribunal arbitral devrait être limité, comme l'a jugé la jurisprudence française sur le fondement de l'article L. 622-22 du Code de commerce français, à la reconnaissance ou la fixation de la créance due par le débiteur en faillite (119). L'article 75 al. 4 AUPC prévoyant que « *les actions tendant uniquement à la reconnaissance de droits ou de créances contestés ou à en fixer le montant sont exercées ou reprises, de plein droit, par les créanciers, après production de leurs créances, si ces droits et créances ont été rejetés définitivement ou admis provisoirement ou partiellement par le juge-commissaire* » pourrait constituer l'assise textuelle d'une solution semblable. Enfin, sur le plan

(116) Art. 9 AUPC s'agissant du redressement préventif ; art. 75 AUPC s'agissant du redressement judiciaire et de la liquidation judiciaire.

(117) Art. 78 al. 2 AUPC.

(118) P. Meyer, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., n° 305.

(119) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 septembre 2013, D., 2013.2891, note N. Borga, J. Daniel ; JCP E, 2013, 1692, note D. Mouralis (ayant annulé pour violation des règles d'ordre public régissant les recours en matière de procédure collective, une sentence arbitrale par laquelle le tribunal arbitral s'est reconnu compétent pour connaître d'une action en responsabilité intentée contre le créancier pour avoir maintenu une déclaration de créance infondée et abusive). V. également Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, Bull. civ. I, n° 98 ; D., 2004.3183, obs. Th. Clay ; Act. proc. coll., 2004, n° 112, obs. Vallansan ; Rev. proc. coll., 2004.236, obs. Staes.

strictement procédural, l'article 11 du Règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit un mécanisme de fixation de provisions séparées similaire à ce que l'on retrouve dans les principaux règlements d'arbitrage (120). Un tel mécanisme permet à une partie qui anticipe que la partie adverse, potentiellement insolvable ou de mauvaise volonté, pourrait ne pas payer sa part, et dans l'hypothèse où des demandes reconventionnelles auraient été formées, de demander la fixation de provisions séparées. S'il est fait droit à cette requête, chaque partie versera une provision fixée en rapport avec le montant de ses propres demandes (121). La conséquence de la fixation de ces provisions séparées est que la partie qui choisirait de ne pas régler sa quote-part pourrait voir ses demandes exclues de la procédure. Selon l'article 11.3 du Règlement CCJA en effet, « *l'arbitre n'est saisi que des demandes pour lesquelles il a été satisfait entièrement au paragraphe 11.2* ». La Cour d'appel de Paris a toutefois marqué son hostilité à ce mécanisme dans le contexte d'une procédure collective en estimant qu'il pouvait produire des conséquences contraires au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties (122). La décision de la Cour d'appel a néanmoins été cassée en mars 2013 par la première Chambre civile de la Cour de cassation. Selon les hauts magistrats, si le refus par le tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, c'est à la condition que celles-ci soient indissociables des demandes principales (123).

37. Que l'on se situe dans le cadre d'une faillite ou d'un simple « cas de défaut » contractuel, la banque ayant garanti son crédit par des sûretés réelles ou personnelles cherchera à les

(120) V. par ex., l'article 36.6 du Règlement d'arbitrage CCI de 2012 ; l'article 45.3 du Règlement d'arbitrage de la SCC de 2010 et l'article 24.4 du Règlement d'arbitrage de la LCIA de 1998.

(121) Art. 11.1 et 11.2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

(122) Paris, 17 novembre 2011, *Société Pirelli & Cie Spa c/ société Licensing Projects et autres*, *Rev. arb.*, 2012.387, et l'article de F.-X. Train, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 novembre 2011 dans l'affaire LP c/ Pirelli) », *id.*, p. 267 ; *Bull. ASA*, 2012.459. V. C. Dupeyron et F. Poloni, « Procédure de liquidation d'une partie, arbitrage et droit d'accès à la justice : l'impossible équation ? », *Bull. ASA*, 2012.467.

(123) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2013, *Rev. arb.*, 2013.746, note F.-X. Train ; *JCP*, 2013.559, note J. Béguin, H. Wang ; *D.*, 2013.929, obs. X. Delpéch ; *Gaz. Pal.*, 2 juil. 2013, n° 183, p. 16 obs. D. Bensaude.

réaliser. Or, en droit OHADA (124) comme dans la majorité des systèmes juridiques, l'arbitre ne dispose pas de l'*imperium* nécessaire pour ordonner la réalisation de sûretés et aucune disposition spécifique du droit uniforme ne vient régler cette question. Contrairement aux pays d'Amérique latine qui se sont dotés de lois sur les sûretés suivant le modèle de la Loi-type de l'Organisation des Etats américains faisant spécifiquement référence à l'arbitrage dans le cadre de la prise et de la réalisation des sûretés (125), les droits de l'arbitrage en Afrique ne semblent pas offrir d'avantages particuliers aux banques souhaitant agir à l'encontre d'une caution ou réaliser une sûreté réelle. Quelques considérations générales peuvent néanmoins être rappelées.

38. S'agissant tout d'abord des sûretés personnelles, si l'autonomie de l'engagement du garant autonome devrait en principe empêcher de lui étendre l'application de la clause d'arbitrage contenue dans le contrat sous-jacent, les difficultés juridiques particulièrement ardues soulevées par l'application à la caution d'une clause d'arbitrage incluse dans le contrat de crédit conclu entre une banque et un emprunteur ont déjà fait l'objet de nombreux développements sur lesquels on ne s'étendra pas (126), la question spécifique de l'arbitrage multipartite étant abordée ci-après.

39. S'agissant ensuite des sûretés réelles, l'article 104, alinéa 4, de l'Acte Uniforme révisé portant organisation des sûretés dispose que « *faute de paiement à l'échéance, le créancier gage*

---

(124) Le droit des sûretés est également une matière harmonisée dans l'espace OHADA. La matière est régie par l'Acte Uniforme révisé portant organisation des sûretés (AUS) en vigueur dans les Etats membres depuis le 15 février 2011.

(125) Model Inter-American Law on Secured Transactions, Article 68 : « *Any controversy arising out of the interpretation and fulfillment of a security interest may be submitted to arbitration by the parties, acting by mutual agreement and according to the legislation applicable in this State* ». Le Pérou, le Salvador et le Costa Rica ont transposé dans leur loi nationale sur les sûretés cette possibilité de recourir à l'arbitrage.

(126) V. not. J.-B. Racine, « Arbitrage et cautionnement en droit français », *Cah. arb.*, 1<sup>er</sup> avril 2010, n° 2, p. 353 ; R. Chaaban, « Clause d'arbitrage et cautionnement », *Rev. arb.*, 2007.721 ; B. Hanotiau, « Arbitration and Bank Guarantees », *J. Int. Arb.*, 1999.15 ; E. Loquin, « Arbitrage et cautionnement », *Rev. arb.*, 1994.241 ; B. Chambreuil, « Arbitrage international et garanties bancaires », *Rev. arb.*, 1991.37 ; B. Leurent, « Garanties bancaires et arbitrage », *RDAI*, 1990.401.

*muni d'un titre exécutoire peut faire procéder à la vente forcée de la chose gagée, huit jours après une sommation faite au débiteur et, s'il y a lieu, au tiers constituant du gage dans les conditions prévues par les dispositions organisant les voies d'exécution auxquelles le contrat de gage ne peut déroger* ». Si elle ne bénéficie pas d'un pacte commissaire (127), la banque bénéficiaire d'une sûreté devra en tout état de cause se rendre devant les juridictions étatiques locales pour en obtenir la réalisation du gage. De même, dès lors que la banque souhaitera obtenir des mesures de coercition à l'égard du tiers détenteur d'un bien nanti, l'arbitre devra rendre une sentence partielle qui sera exequaturée (128). Mais c'est là anticiper sur d'autres règles particulièrement sensibles pour le contentieux des financements internationaux : le prononcé de mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage multipartite.

2°) *Des règles relativement attractives : arbitrage multipartite et mesures provisoires et conservatoires*

40. Nombreux sont les financements structurés impliquant une multitude de contrats et une multitude de parties prêteuses, co-emprunteuses ou garantes. En cas de litige, le recours à l'arbitrage peut constituer une source de difficultés supplémentaires, tant au moment de la constitution du tribunal arbitral (129) que de la coordination d'éventuelles procédures menées en parallèle sur le fondement de différentes conventions. Ni l'Acte uniforme sur l'arbitrage ni le Règlement d'arbitrage de la CCJA ne contiennent de dispositions expressément consacrées à l'arbitrage multipartite et à la jonction de procédures arbitrales connexes. Cependant, le Règlement contient un article permettant de résoudre les difficultés de constitution du tribunal arbitral dans l'hypothèse d'une multiplicité de parties.

(127) Le pacte commissaire est admis par l'article 104 al. 3 de l'AUS.

(128) Soit par le juge du lieu d'exécution de la sentence – dans l'arbitrage de droit commun, art. 30 de l'Acte Uniforme ; soit par la CCJA – dans l'arbitrage soumis au Règlement CCJA, art. 10.4 du Règlement d'arbitrage CCJA. Rappelons par ailleurs que l'article 33-2 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUVEX) dispose que « *constituent des titres exécutoires [...] les sentences arbitrales déclarées exécutoires par une décision juridictionnelle, non susceptibles de recours suspensif d'exécution, de l'Etat dans lequel ce titre est invoqué* ».

(129) V., par ex., en France, l'affaire *Dutco* : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1992, *Rev. arb.*, 1992.470, note P. Bellet ; *JDI*, 1992.707, concl. Flipo et note Ch. Jarrosson ; *RTD com.*, 1992.796, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin.

L'article 3.1, dernier alinéa, prévoit en effet, que « *lorsque plusieurs parties... doivent présenter à la cour des propositions conjointes pour la nomination d'un arbitre et que celles-ci ne s'accordent pas dans les délais impartis, la Cour peut nommer la totalité du tribunal arbitral* ». S'agissant de financements complexes entre plusieurs prêteurs syndiqués et plusieurs emprunteurs — opérant le cas échéant en consortium — dont les intérêts ne sont pas nécessairement alignés et entre lesquels plusieurs types de litiges sont susceptibles de survenir, cette règle devra être aménagée dans la convention d'arbitrage. Quoi qu'il en soit, la portée de cette disposition demeure limitée et ne permettra pas la jonction de procédures parallèles (130). Les parties à une opération de financement multi-sources faisant l'objet de plusieurs contrats participant du même ensemble contractuel devront ainsi prêter une attention particulière à la rédaction de leur convention d'arbitrage, que ce soit sous la forme d'une *umbrella clause* signée par toutes les parties prenantes ou de clauses d'arbitrage compatibles insérées dans chaque contrat.

41. Pour ce qui concerne les mesures provisoires et conservatoires qu'une partie à une opération de financement international peut solliciter en cas d'urgence, l'arbitrage OHADA se révèle plus complet (131). L'Acte uniforme comme le Règlement d'arbitrage de la CCJA prévoient un système de compétence concurrente entre juridictions étatiques et arbitrales pour le prononcé de mesures provisoires et conservatoires. Le régime de ces mesures diffère toutefois selon que l'arbitrage sera soumis à l'Acte uniforme ou aux dispositions du Règlement d'arbitrage de la CCJA. L'article 13, alinéa 4, de l'Acte uniforme confère une compétence de principe aux arbitres pour octroyer de telles mesures, tout en autorisant les parties à saisir à cette fin les juridictions étatiques dès lors que les mesures n'impliquent pas un examen du litige au fond *et* qu'elles sont motivées par l'urgence. Fait important, cette condition relative à l'urgence disparaît lorsque la mesure provisoire ou conservatoire « *devra s'exécuter dans un Etat non partie à l'OHADA* » (132). Cette disposition peut se révéler utile en ce qu'elle permet aux parties de se prémunir contre le risque d'inefficacité de mesures provisoires

---

(130) P. Meyer, *Droit de l'arbitrage, op. cit.*, n° 198.

(131) Pour un aperçu général de la question : G. Kenfack Douajni, « Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage OHADA », *Penant*, mai-août 2000, n° 833 ; *Rev. cam. arb.*, janvier-mars 2000, n° 8, p. 3.

(132) Art. 13 al. 4 Acte uniforme relatif à l'arbitrage.

ou conservatoires prises par un arbitre dans certains systèmes défavorables à l'arbitrage, à condition toutefois que les tribunaux ne l'utilisent pas pour vider l'arbitrage de sa substance en multipliant les interventions intempestives alors que le tribunal est constitué. L'article 10.5, alinéa 2, du Règlement d'arbitrage est plus restrictif et n'admet la compétence des juridictions étatiques pour le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires que dans des cas très restreints : la convention des parties (133), l'absence de remise du dossier à l'arbitre (134) et les cas d'urgence caractérisée (135). L'article 10.5 al. 2 du Règlement d'arbitrage envisage enfin les cas dans lesquels une mesure provisoire ou conservatoire nécessiterait pour son exécution des mesures de coercition à l'égard des tiers : l'arbitre ne pourra se contenter de rendre une ordonnance de procédure et devra rendre une sentence partielle qui devra être exequaturée par la CCJA et constituera, en vertu de l'article 30 de l'Acte uniforme, un titre exécutoire susceptible d'exécution forcée. La question se pose cependant de savoir si un tel procédé sera suffisamment bref pour ne pas faire de l'arbitrage une étape supplémentaire et inutile au processus d'exécution devant les tribunaux locaux, notamment lorsqu'il s'agit de réaliser les sûretés garantissant un financement.

## **B) Le risque « Afrique » comme facteur de pondération de l'indemnisation allouée par les arbitres**

42. Les commissions et marges facturées par les banques d'affaires ne constituent pas des gains nets : une partie substantielle de ces sommes est destinée à couvrir le coût engendré par les obligations réglementaires les astreignant à respecter des ratios prudentiels stricts. Toute décision d'investissement dépend ainsi d'une série de facteurs parmi lesquels l'évaluation des risques tient une place de premier rang : l'existence dans le pays cible de règles de protection des investissements étrangers sera à cet égard souvent déterminante, de même que l'incidence

---

(133) Aux termes de l'art. 10.5 al. 1 du Règlement, les parties peuvent exclure la compétence des arbitres pour se prononcer sur toute demande provisoire ou conservatoire pendant le cours de la procédure arbitrale.

(134) Art. 10.5 al. 3 du Règlement. Dans ce cas, les parties sont dans l'impossibilité de saisir effectivement les arbitres auxquels le dossier n'a pas encore été formellement remis.

(135) L'art. 10.5 al. 3 du Règlement définit cette condition comme toute situation « où l'urgence des mesures provisoires et conservatoires ne permettrait pas à l'arbitre de se prononcer en temps utile ».

de l'environnement politique et économique sur la solution des litiges liés à ces investissements. L'examen du traitement de l'indemnisation dans la jurisprudence CIRDI ayant impliqué des Etats africains démontre à cet égard une prise en compte par les arbitres du contexte économique particulier de l'investissement en Afrique (136) pour justifier une pondération de l'indemnisation allouée aux investisseurs (137), alors même que la responsabilité de l'Etat est retenue.

43. Comme l'explique Karel Daele, la majorité des TBI liant un Etat africain à un Etat non-africain — et en particulier occidental — se ressemblent : rédigés par la partie non-africaine au traité, ils établissent une liste des droits substantiels qu'ils protègent (138) et contiennent une clause offrant aux investisseurs étrangers la possibilité de former directement une demande d'arbitrage contre l'Etat hôte (139). Nombreux sont par ailleurs les traités qui se limitent à la seule protection des investisseurs et ne contiennent aucune disposition visant un objectif de développement soutenable au sein du pays hôte, à la différence des derniers modèles de TBI tels que celui élaboré par l'Institut International du Développement Durable (IISD) (140),

---

(136) Pour un aperçu très complet des spécificités de l'arbitrage d'investissement en Afrique : K. Daele, « Part VI : Investment Treaties and Investor-State Arbitration – Chapter 6 : Investment Arbitration Involving African States », in L. Bosman (éd.), *Arbitration in Africa : A Practitioner's Guide*, 2013, Kluwer, p. 403 et s.

(137) Sur le débat historique afférent à l'indemnisation opposant notamment les tenants de la « *Calvo Doctrine* » à ceux de la « *Hull Formula* » : W. Kidane, « Part III : The Legal Framework for the Resolution of China-Africa Investment Disputes, Chapter 7 : The Evolution of International Investment Law », in W. Kidane (ed.), *China-Africa Dispute Settlement : The Law, Economics and Culture of Arbitration*, Kluwer Law International, 2011, p. 118 et s.

(138) Issus principalement de la première génération de TBI, ces traités ne contiennent pour la plupart qu'une série de dispositions protectrices des investisseurs étrangers (à l'exclusion de tout devoir leur incombant) recouvrant les clauses suivantes : (i) traitement juste et équitable ; (ii) traitement national ; (iii) traitement de la nation la plus favorisée ; (iv) protection et sécurité pleines et entières ; (v) protection contre l'expropriation ; et (vi) protection contre les mesures arbitraires et discriminatoires.

(139) K. Daele, *op. cit.*, note 136, p. 405-406.

(140) Le TBI modèle de l'IISD est accessible en ligne à l'adresse : [www.iisd.org](http://www.iisd.org). En plus des clauses de protections de l'investissement traditionnellement contenues dans les TBI classiques, le modèle de l'IISD inclut des dispositions relatives aux obligations de l'Etat hôte (art. 29 à 32) et aux devoirs et responsabilités des entreprises multinationales, y compris en matière de corruption (art. 11 à 13), de droit du travail, d'environnement de protection de droits de l'homme (art. 11 à 18).

centre de recherche canadien qui œuvre pour la promotion du développement durable. C'est dans ce contexte que la vague de réformes agraires engagée sur le continent au début des années 2000 a suscité un abondant contentieux soumis au CIRDI (141), au sein duquel la tension existant entre droit des investisseurs expropriés à être indemnisés et droit de l'Etat d'accueil de modifier le régime de propriété des ressources naturelles qu'il juge cruciales pour son développement, a atteint son paroxysme.

44. Un premier contentieux significatif est né de la réforme engagée par l'Afrique du Sud en 2004 dans le cadre de sa politique de *Black Economic Empowerment* destinée à corriger les inégalités résultant de l'Apartheid. Une loi fut adoptée visant à transférer la propriété de certaines ressources minérales et pétrolières à la population noire. Lésé par cette réforme, un groupe d'investisseurs italiens et luxembourgeois forma en 2007 une demande d'arbitrage devant le CIRDI contre l'Afrique du Sud sur le fondement des TBI applicables et du Mécanisme supplémentaire (142). Si l'affaire s'est finalement résolue par la voie d'un accord transactionnel (143) aux termes duquel l'Afrique du Sud s'est engagée à satisfaire les demandes indemnitaires des investisseurs, elle eut des conséquences plus dramatiques. C'est en effet en réponse à ce litige, et faisant écho à une

---

(141) L. E. Peterson, R. Garland, « Bilateral Investment Treaties and Land Reform in Southern Africa », *Rights & Democracy*, Rapport rendu en juin 2010 ; L. E. Peterson, « Land Reform and Investment Arbitration in Southern Africa », 23 juin 2010, *Kluwer Arbitration Blog* (<http://kluwerarbitration-blog.com/blog/2010/06/23/2097/> – consulté le 31 décembre 2013).

(142) Régi par un Règlement spécifique approuvé par le Conseil administratif du CIRDI en 1978, ce mécanisme habilite le Secrétariat du Centre à administrer certaines procédures entre Etats (ou collectivités ou organismes étatiques) et ressortissants d'autres Etats, qui ne tombent pas dans le champ d'application de la Convention de Washington de 1965 – ce qui fut le cas en l'espèce, l'Afrique du Sud n'étant pas signataire de ce texte.

(143) Aff. CIRDI No. ARB(AF)/07/1, *Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa*. Demande enregistrée le 8 janvier 2007 ; Tribunal constitué le 18 septembre 2007 (Président : Vaughan Lowe (U.K.) ; Arbitres : Charles N. Brower (U.S.) et Joseph M. Matthews (U.S.)) ; sentence rendue le 4 août 2010. Les parties étant parvenues à un accord transactionnel mettant fin au litige, la sentence du 4 août 2010 avait pour seul objet la répartition des honoraires et frais de la procédure CIRDI entre les parties. Les investisseurs furent ainsi condamnés au paiement de 400 000 euros à ce titre pour un triple motif : (i) ce sont eux qui ont sollicité un désistement d'instance, l'Afrique du Sud s'y étant opposé ; (ii) ils ont abandonné certaines de leurs demandes dans le cadre de l'arbitrage ; et (iii) ils ont insisté à poursuivre l'arbitrage alors qu'ils auraient pu le surprendre et éviter ainsi une partie des dépenses engagées par chacune des parties dans cet arbitrage (sent. § 132, p. 31).

démarche similaire entreprise par le gouvernement australien, que le Ministère du Commerce sud-africain a lancé en 2009 un large programme de révision de l'ensemble des TBI conclus par le pays. Cela a conduit à la résiliation par l'Afrique du Sud de plusieurs des TBI la liant à des Etats européens et à la rédaction fin 2013 d'un projet de loi remettant en cause l'arbitrage comme mode privilégié de règlement des différends entre investisseurs et Etat sud-africain (144). Selon le gouvernement sud-africain en effet, les TBI de première génération conclus par le pays entre 1994 et 1998 posaient « *un risque et une limite à la capacité du gouvernement d'engager sa politique de transformation soutenue par la constitution* » (145).

45. La chronologie de la réaction sud-africaine est riche d'enseignements : la teneur du programme de révision des TBI a en effet été annoncée par le gouvernement en juin 2009 (146), soit quelques mois après qu'un Tribunal CIRDI a rendu sa sentence dans l'affaire *Funnekotter c/ Zimbabwe* (147). Dans cette sentence, qui a sans doute conforté la position défavorable du gouvernement sud-africain à l'égard de l'arbitrage d'investissement, les arbitres ont refusé de faire droit à l'argument de l'Etat selon lequel les motifs ayant conduit à l'expropriation — une réforme agraire structurelle motivée par un objectif de développement — justifieraient une minoration de l'indemnité potentiellement due à l'investisseur (148). Si la plupart des grandes banques d'affaires et d'investissement se sont dotées de chartes de responsabilité sociale et environnementale qui ne permettraient pas le financement de projets ou de matières pre-

(144) V. *supra*, § 13 et N. G. Ejebe, I. C. Popova, « South Africa Withdraws from Bilateral Investment Treaties with Spain, Germany and Switzerland », *Debevoise & Plimpton LLP Arbitration Quarterly*, décembre 2013, n° 4, p. 20 et s.

(145) Déclaration de Dr. Rob Davies, Ministre du Commerce et de l'Industrie, en 2012 : « *These [first generation treaties] pose a risk and limitation on the ability of the Government to pursue its Constitutional-based transformation agenda* » (citée par N. G. Ejebe, I. C. Popova, *op. cit.*, p. 22).

(146) Department of Trade and Industry, « Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review: Government Position Paper », 25 juin 2009 : <http://www.pmg.org.za/policy-documents/2009/06/25/bilateral-investment-treaty-policy-framework-review> (consulté le 31 décembre 2013).

(147) Aff. CIRDI No. ARB/05/6, *Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe*. Demande enregistrée le 15 avril 2005 ; Tribunal constitué le 1<sup>er</sup> novembre 2006 (Président : Gilbert Guillaume (France) ; Arbitres : Ronald A. Cass (U.S.) et Mohammad Wasi Zafar (Pakistan)) ; sentence rendue le 22 avril 2009.

(148) Sentence CIRDI du 22 avril 2009, préc., § 124.

nières au détriment du droit des populations locales, il est intéressant de noter que cette sentence fait davantage figure d'exception que de norme en la matière (149) : plusieurs sentences CIRDI ultérieures révèlent en effet que les arbitres sont parfois prêts à pondérer l'indemnisation des investisseurs en raison du contexte politique et économique particulier de l'investissement en Afrique.

46. C'est tout d'abord le cas de la sentence rendue le 21 février 1997 dans *American Manufacturing c/ RDC* (150). La demande d'arbitrage fut formée après la destruction des locaux professionnels de l'investisseur américain par des actes de pillages perpétrés par des militaires de l'armée congolaise. Or, si le Tribunal conclut à la responsabilité de l'Etat en raison d'un manquement à ses obligations de protection et de sécurité, il refusa d'accorder l'indemnisation de certains préjudices au motif qu'il ne serait pas raisonnable d'appliquer une méthode de calcul de l'indemnité « *qui servirait à enrichir injustement un investisseur qui, à tort ou à raison, a choisi d'investir dans un pays tel que [la RDC] en pensant construire un château en Espagne ou un chalet suisse en Allemagne sans avoir à subir aucun risque politique, économique ou financier de quelque nature que ce soit* » (151).

47. La sentence rendue dans *Biwater c/ Tanzanie* (152) en 2008 témoigne d'une autre forme de prise en compte du risque

(149) La motivation a d'ailleurs surpris : pour justifier son affirmation selon laquelle le montant de l'indemnisation ne peut être minoré par l'ampleur de l'expropriation ou le motif qui la sous-tend, le Tribunal s'est contenté de renvoyer, par la voie d'une note de bas de page (note n° 146) ; à la sentence CIRDI *Fedax N. V. v. Republic of Venezuela* du 6 mars 1998, qui n'aborde pas cette question... !

(150) Aff. CIRDI No. ARB/93/1, *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of the Congo* (correspondant à l'état du Zaïre à l'époque). Demande enregistrée le 2 février 1993 ; Tribunal constitué le 4 août 1993 (Président : S. Sucharitkul (Thaïlande) ; Arbitres : H. Golsong (Allemagne) et K. Mbaye (Sénégal)) ; sentence rendue le 21 février 1997.

(151) Sentence CIRDI du 21 février 1997, préc., § 7-15 : « *which would serve unjustly to enrich an investor who, rightly or wrongly, has chosen to invest in a country such as [DRC], believing that by doing so the investor is constructing a castle in Spain or a Swiss chalet in Germany without any risk, political or even economic or financial or any risk whatsoever* ».

(152) Aff. CIRDI No. ARB/05/22, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*. Demande enregistrée le 2 novembre 2005 ; Tribunal constitué le 9 février 2006 (Président : B. Hanotiau (Belgique) ; Arbitres : G. B. Born (U.S.) et T. Landau (UK)) ; sentence rendue le 24 juillet 2008 (avec une opinion dissidente).

« Afrique » au stade de la fixation de l'indemnisation due aux investisseurs lésés. Dans cette affaire, la filiale tanzanienne du groupe britannique Biwater avait conclu un contrat avec le gouvernement pour l'exploitation des réseaux d'acheminement et d'évacuation des eaux de Dar es Salaam. A la suite d'un différend, elle fut victime de divers actes d'intimidation de la part du gouvernement tanzanien, parmi lesquels l'occupation de ses bureaux par la police et l'expulsion du territoire de ses dirigeants, concomitamment à la prise par le gouvernement du contrôle des réseaux d'eau pour des raisons politiques. Allant plus loin encore que *American Manufacturing*, le Tribunal conclut à la responsabilité de l'Etat pour expropriation et violation de sa propre législation d'investissement, mais refusa d'indemniser les investisseurs, en considérant que les attentes légitimes de ces derniers devaient être limitées par leur décision d'investir dans un contexte risqué (153).

48. La sentence rendue le 10 août 2010 dans *Togo Electricité et GDF Suez c/ Togo* (154) confirme cette tendance. Le litige était né de la résiliation d'un contrat par les investisseurs en raison de l'apparition d'un déséquilibre significatif, en cours d'exécution du contrat. L'état du réseau d'électricité togolais sur lequel portait le contrat s'était révélé bien pire que ce qui avait été annoncé par l'Etat dans l'appel d'offre, rendant l'exécution du contrat substantiellement plus onéreuse pour l'investisseur. Tout en concluant à la responsabilité du Togo, le Tribunal arbitral en minimisa les conséquences financières en rappelant que les investisseurs auraient dû être conscients du mauvais état dans lequel se trouvaient les infrastructures électriques africaines et auraient dû, en conséquence, prévoir un budget pour dépenses imprévues (155).

---

(153) Sentence CIRDI du 24 juillet 2008, § 601 : « *the Arbitral Tribunal has also taken into account the [...] limit to legitimate expectations in circumstances where an investor itself takes on risks in entering a particular investment environment* ».

(154) Aff. CIRDI No. ARB/06/7, *Togo Electricité and GDF-Suez Energie Services v. Republic of Togo*. Demande enregistrée le 10 avril 2006 ; Tribunal constitué le 8 septembre 2006 (Président : A. S. El-Kosheri (Egypte) ; Arbitres : M. Grüninger (Suisse) et M. Lalonde (Canada)) ; sentence rendue le 10 avril 2010.

(155) Sent. CIRDI du 10 août 2010, préc., § 185 : « *les candidats devaient lors de la soumission des offres, tenir compte des circonstances particulières en question et donc prévoir certaines réserves dans leurs plans prévisionnels pour d'éventuels investissements supplémentaires et certaines dépenses inattendues. Il est vrai aussi que le groupement Elyo/Hydro Québec auquel appartiennent les Demanderes, ayant répondu à l'appel d'offres antérieur, était, d'une manière générale, familier avec l'état des services d'électricité en Afrique et devait donc s'attendre à de nombreuses déficiences dans l'état des ouvrages togolais mis en concession* ».

49. Enfin, la sentence rendue le 21 juin 2012 dans l'affaire *Goetz et al. c/ Burundi II* (156) constitue une application particulière de cette pondération de l'indemnisation en fonction du risque « Afrique » dans les opérations bancaires et financières. L'un des principaux points litigieux dans cette affaire résidait dans le fait que le Burundi avait retiré l'agrément dont bénéficiait l'*African Bank of Commerce* (ABC) — société détenue par les investisseurs demandeurs à l'arbitrage — pour réaliser certaines opérations de banque et avait procédé à la fermeture forcée de ses guichets.

50. Les faits peuvent être résumés comme suit. En juin 1994, l'ABC sollicitait l'agrément des autorités burundaises pour exercer des activités bancaires au Burundi dans le cadre d'un régime de zone franche mis en place par le gouvernement. S'ensuivit un processus de consultation interministériel au cours duquel la Banque Centrale du Burundi (BRB) donnait son accord de principe à l'agrément de l'ABC sous réserve toutefois d'une restriction des critères des non-résidents susceptibles d'ouvrir des comptes et l'obligation pour ABC d'effectuer certaines opérations de banque exclusivement via la BRB. C'est fort de cet accord que le Ministre burundais du Commerce agréait l'ABC pour qu'elle puisse « *offrir ses services bancaires aux non-résidents et aux entreprises franches établies au Burundi* », sans toutefois intégrer dans les termes de l'agrément les réserves émises par la BRB (communiquées par ailleurs à l'ABC). L'ABC débuta ainsi ses activités, qui se déroulèrent sans difficulté majeure jusqu'en 1998, quand la BRB lui reprocha de ne pas avoir respecté les réserves qui conditionnaient son agrément : l'ABC avait en effet effectué des opérations de change sans passer par la BRB et ouvert des comptes à des personnes que la BRB estimait être des résidents exclus du champ de l'agrément dont bénéficiait l'ABC. C'est alors que débuta entre 1998 et 2000 une série d'échanges entre l'ABC, le Ministère du Commerce Extérieur et la BRB dans lesquels chacun soutenait des positions divergentes quant à la validité et la portée de

---

(156) Aff. CIRDI No. ARB/01/2, *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*. Demande enregistrée le 27 mars 2001 ; Tribunal constitué le 25 juin 2002 puis reconstitué le 4 mai 2010 après la démission d'un des arbitres (Président : G. Guillaume (France – désigné après la démission de P. Weil) ; Arbitres : J.-D. Bredin (France) et A. S. El-Kosheri (Egypte)) ; sentence rendue le 21 juin 2012.

l'agrément (157), le tout sur fond de conflit d'autorités entre la BRB et le Ministère du Commerce (158). Par la suite, l'agrément d'ABC devait être suspendu et des inspecteurs de la Banque Centrale procédaient à plusieurs inspections dans les locaux d'ABC dont la fermeture immédiate fut réalisée de force, avec le concours de la police locale, en février 2000.

51. C'est dans ce contexte que les conjoints Goetz formèrent une demande d'arbitrage CIRDI en 2001, estimant que le Burundi avait, en agissant ainsi, violé diverses dispositions du TBI liant le Burundi à la Belgique (159). Statuant sur cette demande, le tribunal CIRDI releva notamment que :

— ABC a été autorisée à exercer des activités bancaires au Burundi « *sans que les conditions d'exercice de ces activités aient été précisées (sauf en ce qui concerne les opérations de change et la communication à la BRB de certains documents)* » (160) et qu'« *il apparaît qu'ABC a été autorisée à offrir des services bancaires au Burundi en l'absence d'un cadre juridique approprié [ce dont elle s'est] préoccupée à plusieurs reprises sans que cette situation soit clarifiée* », « *aucune faute ne [pouvant dès lors] être relevée à son égard sur ce premier point* » (161) ;

— ABC a toutefois mené « *certaines de ses activités bancaires en méconnaissance de la réglementation des changes qui lui était applicable* », en octroyant notamment des prêts à des personnes qui « *devaient être regardées comme des résidents pour l'application du certificat d'entreprise franche* » (162), la situation étant toutefois différente s'agissant des prêts accordés à des personnes résidant à l'étranger, les exigences émises par la BRB à cet

---

(157) Sentence CIRDI du 21 juin 2012, préc., § 225 : « *Le Ministre du Commerce, par lettre adressée à la Banque le 27 août 1998, désavoua alors son Chef de Cabinet, ajouta que le certificat de zone franche d'ABC était toujours en vigueur et demanda à la BRB d'annuler sa lettre d'annulation du 13 août 1998 et de s'en tenir à celle du 7 juillet 1994* ».

(158) *Ibid.*, § 228 : la BRB pointant notamment dans plusieurs communications officielles que l'ABC « *continue de fonctionner en dehors de tout cadre légal* », que « *le Ministre du Commerce a agréé une banque alors que cette compétence échoit à la Banque centrale* » et que « *cet agrément s'est fait en l'absence de cadre légal approprié* ».

(159) Ceux-ci invoquaient notamment : une expropriation directe ; une expropriation indirecte ; un traitement injuste et inéquitable ; et le non-respect d'une sécurité et d'une protection constantes.

(160) Sentence CIRDI du 21 juin 2012, préc., § 249.

(161) *Ibid.*, § 251.

(162) *Ibid.*, § 256.

égard étant contradictoires et « *incompatibles avec le certificat d'entreprise franche* », expliquant ainsi qu'elles n'aient « *pas été suivies par ABC* » ce qui provoqua pourtant « *la suspension du certificat, puis la fermeture d'ABC* » (163).

— Si « *certaines méconnaissances de la réglementation des changes peuvent être mises à la charge d'ABC [...] il ne saurait en revanche lui être reproché d'avoir fonctionné dans un cadre juridique demeuré incertain du fait du Burundi* », les fautes pouvant être reprochées à ABC n'étant « *pas d'une importance telle qu'elles pouvaient autoriser le Burundi à mettre fin aux activités d'ABC sans indemnisation, contrairement aux dispositions [du TBI]* » (164).

52. *In fine* (165), alors que le tribunal conclut à la responsabilité de l'Etat burundais, il n'accorda que la moitié de l'indemnisation que réclamaient les investisseurs. Le plus intéressant est sans doute le raisonnement exprimé par le tribunal dans cette partie de sa sentence. En effet, les arbitres prennent note du fait que les investisseurs ont eu des difficultés à établir la valeur de leur investissement, leur personnel ayant dû fuir le pays en hâte de peur d'être arrêté, les registres de l'entreprise ayant été saisis par la police et le gouvernement ayant prolongé la procédure CIRDI au-delà du nécessaire. Le tribunal affirme ainsi que :

— « *il appartient aux Demandeurs d'apporter la preuve du préjudice subi par eux* » qui, à cette fin, « *produisent deux rapports d'évaluation financière* » (166) ;

— les informations contenues dans ces rapports « *ont paru insuffisantes au Tribunal pour le calcul du préjudice subi par les consorts Goetz* » (167) ;

— cependant, « *les Demandeurs expliquent cette situation en rappelant que début 2000, M. Alain Goetz se trouvait encore au Burundi et qu'il a dû quitter précipitamment ce pays en février 2000 à la suite de menaces d'arrestation, [...] qu'aucun des Demandeurs n'est retourné au Burundi depuis 2000, [...] que la comptabilité d'ABC aurait été saisie et que les personnes aux-*

(163) *Ibid.*, § 258.

(164) *Ibid.*, § 258.

(165) La demande formée par les consorts Goetz ne visait pas que les seuls faits relatifs à la société ABC mais également ceux dont ils s'estimaient victimes en raison d'autres agissements du gouvernement burundais ayant visé trois autres de leurs sociétés.

(166) Sentence CIRDI du 21 juin 2012, préc., § 295.

(167) *Ibid.*, § 296.

*quelles ils avaient confié la défense de leurs intérêts au Burundi sont aujourd'hui décédées ou ont disparu sans laisser d'adresse* » (168) ;

— « *encore que les Demandeurs auraient pu faire preuve d'une plus grande diligence dans la réunion des preuves nécessaires, notamment pour celles d'entre elles se trouvant en Belgique, le Tribunal se doit de tenir compte des circonstances ainsi évoquées* », d'autant qu'« *il est de jurisprudence constante en droit international que les difficultés rencontrées dans l'évaluation d'un dommage ne sauraient priver la victime de ce dommage de son droit à indemnisation* » (169) ;

— et de conclure qu'en pareil cas, « *il appartient au tribunal d'évaluer le dommage au mieux, à la lumière du droit applicable et des données fournies discutées par les parties* » (170).

53. Cette sentence témoigne de ce que le risque « Afrique » constituant un facteur de pondération du *quantum* de l'indemnisation accordée aux investisseurs par le tribunal arbitral, peut également constituer, en miroir, un facteur d'allègement de la charge de la preuve pesant sur les investisseurs. Il s'agit probablement là d'une spécificité régionale qui distinguerait l'arbitrage financier et d'investissement en Afrique.

### PERSPECTIVES D'AVENIR

54. Eldorado pour les investisseurs, terre de conquête pour les spécialistes du droit de l'arbitrage international, l'Afrique demeure avant tout un continent complexe, traversé par des tendances aussi diverses que contradictoires. Aussi, si le recours à l'arbitrage commercial international semble promis à une forte croissance en matière bancaire et financière, quoique dans une propension variable selon les régions et les institutions arbitrales d'Afrique concernées, les perspectives de développement de l'arbitrage d'investissement apparaissent quant à elles entravées par certaines tendances régressives à l'œuvre sur le continent (171).

(168) *Ibid.*, § 297.

(169) *Ibid.*, § 298.

(170) *Ibid.*, § 298.

(171) Sur la théorie des tendances régressives, v. B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 317 et s.

55. De prime abord, plusieurs éléments devraient militer en faveur d'un accroissement de l'arbitrage d'investissement pour la résolution des litiges opposant les acteurs du monde bancaire et financier à des entités souveraines. D'une part, en dépit de la diversité des activités bancaires et financières, le crédit reste une source de croissance incontournable pour les économies en développement (172), que les Etats cherchent à attirer sur leur territoire. D'autre part, la notion d'investissement s'est considérablement élargie ces dernières années au point d'inclure toutes les activités de banque : ainsi, l'escompte d'une lettre de change (173), le financement de projets (174), les crédits d'exploitation (175), les prêts immobiliers (176), les cautionnements bancaires (177), et les instruments de couverture liés à l'évolution des prix du pétrole (178) sont aujourd'hui considérés comme des investissements entrant dans le champ d'application de la Convention CIRDI et des principaux traités de protection des investissements (179). Si les pouvoirs du régulateur bancaire

---

(172) De telles activités sont loin en effet de recouvrer un concept à taille unique : les banques d'affaires impliquées dans les fusions-acquisitions ne rencontrent pas le même type de contentieux que les sociétés de gestion d'organismes de placement de valeurs mobilières, ni les mêmes problématiques juridiques que les banques d'investissement qui financent l'extraction de ressources minières ou la construction de grands projets d'infrastructure. Voir notre article cité à la note 1, *supra*. Sur le rapport entre le crédit et la croissance, voir G. Affaki, « Increasing Access to Credit – Reforming Secured Transaction Law », International Trade Center (Geneva), UNCTAD/WTO, 2010 ; « Des aspects bancaires dans le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties », in *Réforme des sûretés mobilières*, B. Foex et al. Ed., Schulthess, 2006 ; « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés », *Banque & Droit*, sept. 2004, n° 97, p. 26 et s., et l'équation que nous y avons exposée.

(173) Aff. CIRDI No. ARB/96/3, *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, sentence du 9 mars 1998.

(174) Aff. CIRDI No. ARB/97/4, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, sentence du 29 décembre 2004.

(175) Aff. CIRDI No. ARB/04/6, *Oko Pankki Oyj, VTB Bank (Deutschland) AG and Sampo Bank Plc v. The Republic of Estonia*, sentence du 19 novembre 2007.

(176) Aff. CIRDI No. ARB/07/16, *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, sentence du 8 novembre 2010.

(177) Aff. CPA 2012-11.

(178) Aff. CIRDI No. ARB/09/2, *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, sentence du 31 octobre 2012, faisant actuellement l'objet d'une procédure d'annulation.

(179) Tel n'est pas le cas en revanche de l'acquisition par une société mère d'une créance bancaire non échue détenue par sa fille (aff. CIRDI No. ARB/10/12, *Standard Chartered Bank v. United Republic of Tanzania*, sentence du 2 novembre 2012).

restent l'apanage de la souveraineté de l'Etat, et sont ainsi inarbitrables, les arbitres n'hésitent pas à les examiner à l'aune du standard de traitement juste et équitable et à sanctionner tout abus ou discrimination (180).

56. En dépit de ces circonstances, les perspectives de développement de l'arbitrage d'investissement ne sont pas si évidentes pour la résolution des litiges bancaires et financiers sur le continent africain. Plusieurs scénarios sont envisageables.

57. Le premier scénario pourrait être semblable aux réactions observées en Amérique latine à l'égard de l'arbitrage d'investissement (181). L'hostilité manifestée par l'Afrique du Sud vis-à-vis de l'arbitrage d'investissement (182) n'est pas sans rappeler l'attitude adoptée par certains pays latino-américains à l'égard de l'arbitrage CIRDI, le Venezuela, la Bolivie et l'Equateur étant allés jusqu'à dénoncer la Convention de Washington. Bien qu'un auteur ait argué que la sortie du CIRDI de ces États n'a finalement été qu'une « tempête dans un verre d'eau » (183), si plusieurs pays d'Afrique venaient à suivre l'exemple sud-africain et procédaient à des dénonciations en chaîne de leurs TBI et/ou de la Convention CIRDI, des conséquences bien plus néfastes pourraient s'ensuivre.

58. Le deuxième scénario serait quant à lui intrinsèquement lié à l'accroissement exponentiel des échanges entre la Chine et l'Afrique et au poids politique considérable qu'a acquis Pékin sur le continent africain. Au rebours des BRIC d'Amérique latine, la Chine semble davantage favorable à l'arbitrage d'investissement, comme en témoigne l'évolution des modèles de TBI soumis par la Chine à ses contreparties africaines (184).

---

(180) Aff. CIRDI No. ARB/01/2, *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, préc. ; aff. CIRDI No. ARB/09/2, *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, préc.

(181) V. par ex., sur la question, C. Shreuer, « Part IV – Chapter 15 : Denunciation of the ICSID Convention and Consent to arbitration », in M. Waibel, A. Kaushal, et al. (eds), *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2010, p. 353 et s.

(182) V. *supra*, n° 13.

(183) N. Blackaby, « ICSID Withdrawal: a Storm in a Teacup? », *Cah. arb.*, 2010.45.

(184) W. Kidane, "Part III : The Legal Framework for the Resolution of China-Africa Investment Disputes, Chapter 7 : The Evolution of International Investment Law", in W. Kidane (ed.), *China-Africa Dispute Settlement : The Law, Economics and Culture of Arbitration*, Kluwer Law International, 2011, p. 118 et s.

En effet, tandis que les textes issus de la première (185) génération de TBI accordaient une place restreinte à l'arbitrage CIRDI dans le règlement des différends entre États et investisseurs, la deuxième génération de traités (186) puis la troisième (187) ont contribué à asseoir la légitimité de cette forme de résolution des litiges. Mais cette tendance reste fragile et toute relative. Elle ne saurait être considérée définitivement acquise, d'autant que plusieurs dirigeants africains ont récemment fait connaître leur réserves à l'égard de la politique chinoise en Afrique et appelé le continent à prendre son indépendance à l'égard de Pékin (188).

59. Enfin, un troisième et dernier scénario pourrait consister pour les États africains ayant pu se sentir lésés par l'arbitrage CIRDI dans la conduite de leurs politiques de développement économique et social, de se tourner vers les modèles de TBI davantage orientés vers un rééquilibrage des relations entre États et prenant plus en compte certains facteurs liés au déve-

---

(185) Le TBI signé entre la Chine et le Ghana le 12 octobre 1990 et entré en vigueur le 22 novembre 1990 constitue un exemple caractéristique de TBI modèle chinois de la première génération. L'un des traits saillants de ce traité est le rôle très restreint de l'arbitrage comme mode de règlement des différends entre État et investisseur : il n'est offert aux parties qu'en ce qui concerne le *quantum* de l'indemnisation (art. 10-1).

(186) Le TBI signé entre la Chine et l'Éthiopie le 11 mai 1998 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2001 constitue un exemple caractéristique de TBI modèle chinois de la deuxième génération. La clause de règlement des différends entre État et investisseur de ce traité se distingue de celle présente dans les TBI de première génération en ce qu'elle fait du CIRDI l'arbitrage normal dès lors que les États contractants auront ratifié la Convention de Washington (art. 9(1-3)). Le recours à l'arbitrage demeure toutefois limité au seul *quantum* de l'indemnisation.

(187) Le TBI signé entre la Chine et le Botswana le 12 juin 2000, et le TBI Chine-Tunisie signé le 21 juin 2004 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006 constituent des exemples caractéristiques de traités issus du TBI modèle chinois de la troisième génération. Tandis que le TBI Chine-Botswana autorise à la fois l'État et l'investisseur à choisir de porter son différend devant le CIRDI ou un arbitrage *ad hoc* (art. 9(3)), le TBI Chine-Tunisie ne comporte pas cette option, limitant le choix des parties aux tribunaux étatiques ou à l'arbitrage CIRDI (art. 9(2)). Dans les deux cas, le choix effectué par la partie demanderesse est réputé irrévocable (art. 9(2) du TBI Chine-Tunisie ; art. 9(3)(b) du TBI Chine-Botswana), et dans les deux cas l'État peut exiger l'épuisement de toutes les voies de recours (art. 9 du Protocole additionnel au TBI Chine-Tunisie ; art. 9(3)(b) du TBI Chine-Botswana).

(188) C'est notamment le cas du gouverneur de la Banque Centrale du Nigéria : L. Sanusi, « Africa must get real about Chinese ties », *Financial Times*, 11 mars 2013. V. aussi, B. Augé, « Quand l'Afrique s'éveillera contre la Chine », *Le Monde*, 14 août 2013.

loppement durable (189). C'est par exemple le cas des modèles de TBI développés par l'Institut International du Développement (IISD) évoqué plus haut. Or, il existe entre de tels traités et les TBI classiques des divergences fondamentales qui conduiraient à exclure de leur champ d'application des pans entiers de l'industrie bancaire et financière. En effet, le modèle de l'IISD exclut catégoriquement de sa définition de l'investissement les investissements de portefeuille (190), certaines formes de titres, les prêts aux Etats et aux entreprises d'Etat, les lettres de crédit et le financement du commerce international (191), remettant par là-même en cause les progrès majeurs accomplis par la jurisprudence arbitrale relative à la protection de l'investissement.

---

(189) Cordonier Segger, Gehring, et al. (éd), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, 2011, spéc. p. 403-532.

(190) Art. 2(C)(v) du TBI modèle de l'IISD.

(191) *Ibid.*