

La proposition de la Cour d'arbitrage OHADAC.

par le Dr. Rodolfo Dávalos Fernández ¹

Table des matières:

I- L'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans les Caraïbes (OHADAC). II- Quelques considérations sur la situation actuelle de l'arbitrage en Amérique latine et les Caraïbes. III- L'arbitrage d'investissement. Le règlement des différends au sein de l'ALBA (ALternative Bolivarienne pour les Amériques). IV- Le siège de l'arbitrage: son importance. V- Un lieu pour l'arbitrage. Facteurs pour la détermination du siège. VI- La Cour d'arbitrage OHADAC.

I- L'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans les Caraïbes (OHADAC).

L'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans les Caraïbes (OHADAC), par son acronyme français, est un projet qui s'appuie sur des expériences régionales d'harmonisation juridique, en particulier sur son prédécesseur, l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA) ² et d'autres processus d'intégration régionale. Il a ses origines dans la Déclaration adoptée à la Conférence de Pointe à Pitre, en Guadeloupe, le 15 mai 2007, et par l'adoption à la deuxième Conférence, tenue à Port-au-Prince, Haïti, les 17 et 18 Juin 2008, d'une liste de domaines juridiques prioritaires, qui comprend l'arbitrage commercial international³.

L'OHADAC par le principe que la Caraïbe est une mosaïque d'Etats dans lesquelles coexistent des systèmes juridiques nationaux appartenant à différentes familles du droit tels que le *common law* et le système (ou la famille) romano-germanique (également connu sous le nom de romano-français) qui proviennent des anciennes métropoles, anglophones ou continentales, de droit européen (espagnol, français et néerlandais), ce qui entraîne des différences dans les législations nationales, et donc la nécessité d'établir des règles communes d'interprétation pour le bénéfice de la circulation commerciale et des investissements dans la région. Il est clair que pour les pays

¹ Maître de conférences de droit international privé à l'Université de La Havane. Président de la Cour cubaine d'arbitrage commercial international. Président de la Société cubaine de droit commercial. Membre de l'Institut Hispano Luso Américain de Droit International (IHLADI).

² Le Traité OHADA sur l'harmonisation du droit des affaires (des affaires, suivant la terminologie française) en Afrique, a été signé à la zone franche de Port-Louis, Maurice, le 17 Octobre 1993, par les représentants de 14 pays d'Afrique: Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée équatoriale, Mali, Niger, République centrafricaine, Sénégal, Tchad et Togo. Par la suite ont intégré la Guinée-Bissau, la Guinée Conakry et la République démocratique du Congo. Dix-sept Etats africains composent l'organisation. Voir «L'harmonisation du droit des affaires en Afrique, OHADA» dirigé par José María Álvarez de Sotomayor Cueto, Sergio Esono Abeso Tomo et Juan C. García Martínez, Ministère de la Justice, Madrid, 2006.

³ L'OHADAC suit ainsi les pas de l'OHADA, puisque le traité sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique a consacré un Chapitre (IV) à l'arbitrage. Voir « OHADA, Traité, Règlements et Actes Uniformes, Institut de coopération juridique», Faculté de droit, Université de Lisbonne, Almedina, 2008.

d'Amérique latine et des Caraïbes, pour ce grand ensemble géographique, cette approche d'harmonisation est souhaitable dans leurs relations mutuelles et pour leurs intérêts communs et que le processus d'harmonisation juridique doit aider à renforcer la position internationale de la région dans le cadre des initiatives d'unification et d'harmonisation internationales du droit international privé et du droit commercial.

Nous ne pouvons pas oublier que les processus d'intégration régionale est un moyen de faire avancer un processus universel de mondialisation équilibrée et respectueuse des intérêts de tous les États de la communauté juridique internationale, et, en outre, que l'harmonisation du droit commercial est un outil efficace pour développer le commerce régional, favoriser une plus grande sécurité juridique, minimiser les coûts, faciliter le commerce et le développement des économies nationales via leur intégration progressive.

À partir de ces prémisses, le projet OHADAC a pris cœur avec la tenue d'un Congrès caribéen et latino-américain à La Havane, Cuba, fin juin 2010, lequel a décidé la promotion de l'arbitrage en tant qu'institution, paradigme de l'aide au commerce international, pilier essentiel en faveur du développement rapide de l'harmonisation du droit commercial en Amérique latine et dans les Caraïbes. Ce Congrès havanais, a abouti à une déclaration⁴ qui invite les pays de la zone OHADAC, à promouvoir et développer ensemble un système d'arbitrage commercial international, pourvu d'une réglementation moderne et efficace qui tienne compte des lois, pratiques et contributions les plus récentes en la matière, pour combler les lacunes et progresser vers une procédure d'arbitrage qui réponde à l'autonomie des parties, dans le respect de la souveraineté des États, afin de garantir un travail efficace des arbitres, des sentences respectées, dans le but d'optimiser qualité de justice, sécurité juridique et efficacité des décisions.

La Déclaration appelle également à promotion l'OHADAC dans la grande Caraïbe par le développement des études de droit comparé, avec une perspective large qui favorise une compréhension mutuelle des systèmes juridiques, un travail d'harmonisation du droit commercial, et l'introduction à l'ordre du jour d'une liste de questions de droit matériel. L'harmonisation est en priorité souhaitable, -souligne la Déclaration-, pour atteindre certains objectifs prioritaires de l'intégration juridique, dans les domaines des contrats commerciaux, du transport, du registres de commerce, des sociétés, pour les titres et moyens de paiement, pour le droits de propriété industrielle, celui droit des faillites et des procédures transfrontalières de crédit.

Ceci, bien sûr, comme l'exprime la Déclaration, dans le respect absolu de la souveraineté des États, de la diversité des cultures, des valeurs et convictions politiques, dans la recherche d'une coopération sincère qui rende possible l'harmonisation des législations avec comme fin ultime, et principal intérêt commun de promouvoir le progrès et la croissance économique des pays de la région, afin de contribuer à améliorer la vie des populations qui composent l'Amérique latine et la Communauté des Caraïbes.

⁴ Voir la Déclaration du Congrès latino-américain et caribéen d'arbitrage commercial international prononcée à La Havane le 26 Juin 2010, <http://www.ohadac.com/presentation/items/declaration-du-congres-latino-americain-et-caribeen-darbitrage-commercial-international.html>

II. Quelques réflexions sur la situation actuelle de l'arbitrage commercial international en Amérique latine.

➤ Contexte

Jusqu'à peu, la doctrine espagnole et latino-américaine, a été très critique sur le panorama de l'arbitrage commercial international dans la grande région ; une importante source a même déclaré à cet égard: «... il règne un climat, à la fois législatif et interprétatif, de méfiance envers une institution traditionnellement considérée comme une intrusion dans nos territoires. Ce climat a également eu une projection pernicieuse en Amérique latine »⁵.

Les critères et l'analyse des causes de la situation particulière de l'arbitrage en Amérique latine ont été exposés par de nombreux auteurs⁶, ne citons qu'un seul commentaire: "*Cette situation est liée à notre histoire, à l'abus de la protection diplomatique étrangère, à l'intervention extérieure, à l'origine de la doctrine Calvo⁷, aux causes de la doctrine Drago, aux raisons qui ont conduit à l'introduction de la clause dite Calvo dans de nombreuses constitutions d'Amérique latine, avec le rejet du principe de compétence-compétence, à l'intervention permise et favorisée des tribunaux locaux dans les procédures d'arbitrage avant, pendant et après leur attribution, à l'existence d'un large éventail de situations pour attaquer les validités, à l'absence d'autonomie de la clause compromissoire et à l'imposition de formes rigides que nos règlements imposent au processus d'arbitrage*"⁸.

⁵ J.C. Fernández Rozas, «*Ius Mercatorum*, autorégulation et l'unification du droit des affaires transnationales», Ordre des Notaires d'Espagne, Madrid, 2004, p. 68.

⁶ J.C. Fernández Rozas, «Traité de l'arbitrage commercial en Amérique latine», IUSTEL, Madrid, 2007; F. Mantilla Serrano, «Nouvelles d'Arbitrage en Amérique latine», Revue de l'arbitrage, 1995, p. 552, et "Le Traitement de l'arbitrage législatif en Amérique Latine (quelques réformes récentes)", Revue d'arbitrage, 2005 n ° 3, p. 561

⁷ La soi-disant «clause Calvo» a son origine dans la doctrine développée par le professeur argentin Carlos Calvo (Uruguay 1824-Argentine 1906), qui postule que les Etats ne peuvent pas intervenir dans la protection de leurs ressortissants pour les dommages causés à leur personne ou à leurs biens, au-delà de ce que la loi locale stipule à l'égard des citoyens du pays. Comme une clause contractuelle consiste en une disposition contractuelle entre un Etat et un étranger, par laquelle le ressortissant étranger accepte d'être considéré comme ressortissant du pays en ce qui concerne ses biens et concessions, et de ne pas invoquer la protection de son gouvernement, cette clause a été une réponse logique et cohérente pour des interventions militaires étrangères injustes, en vertu d'une soi-disant «protection diplomatique» des intérêts de leurs ressortissants, en particulier de la part d'Etats européens et des États-Unis dans les pays d'Amérique latine nouvellement indépendants. Cette politique est connue sous le nom de «diplomatie de la canonnière». Ses éléments clés sont au nombre de trois: un étranger doit renoncer à la protection diplomatique et tout autre droit en vertu du droit international (1), la loi applicable est la seule loi de l'État dans lequel elle opère (2), les juridictions nationales (de l'État où a lieu l'investissement) sont les seules aptes à connaître et résoudre ces conflits du seul fait de la concession ou de l'investissement. Sur la clause Calvo et son influence sur l'arbitrage en Amérique latine, voir, entre autres, la B.M. Sanz Cremades-Pastor, «Résurgence de la doctrine Calvo en Amérique latine», *Business Review*, vol. 7, janvier 2006, pp 53-72, et «La participation des États dans l'arbitrage international», Conférence donnée dans le cadre du Congrès latino-américain et caribéen d'arbitrage commercial international, La Havane, 24 juin 24,2010, p. 3-6.

⁸ A.i. Piaggi, «Le lien entre la CNUDCI et l'arbitrage commercial international: une bonne relation», p. 2 et 3.

Certes, toutes ces raisons valables, auxquelles il conviendrait d'ajouter, comme l'indique cette même source⁹, que très peu de pays d'Amérique latine ont adopté un règlement qui prévoit expressément que l'arbitrage pourrait aller de l'avant, quand une des parties refuse de se conformer à l'accord ou convention d'arbitrage et utilise les tribunaux de l'État pour demander son annulation, en le considérant l'arbitrage nul, inopérant ou inapplicable, ou parfois simplement en ignorant une convention d'arbitrage en vigueur, en dépit des règlements établis à cet égard par la Convention européenne (Genève, 1961)¹⁰.

Et que dire de l'absence de réglementations qui assurent le contrôle et l'appui judiciaire nécessaire, ou plutôt, l'intervention obligatoire du juge tant dans la phase arbitrale (pratique des preuves, gel préventif et l'assistance juridique), que dans la phase post arbitrale, lorsque durant celle-ci, à plusieurs reprises, apparaît une intromission claire, une tendance marquée à exercer un double contrôle, à questionner, souvent, sur le fond ou le contenu de la sentence, au-delà de l'arbitrabilité obligatoire du litige et l'exception d'ordre public, sans parler d'autres lacunes qui ont été exposées dans de nombreux ouvrages critiques.

Ce panorama, qui était d'une certaine façon flatteur, a presque complètement changé ces dernières années, en vertu de différentes doctrines¹¹. On peut donc dire que l'arbitrage en Amérique latine, qui avait voyagé «de l'hostilité à la tolérance»¹², a été largement diffusé, et a gagné des partisans, non seulement parce que c'est la norme des opérateurs du commerce international et que l'environnement y est propice, mais même auprès des secteurs professionnels, des universitaires et des avocats, bien qu'il y ait encore une certaine résistance dans les systèmes judiciaires. La notion d'arbitrage comme moyen le plus efficace pour résoudre les différends commerciaux internationaux se généralise, sans nul doute.

Il est vrai que les lois adoptées ces dernières années dans les pays d'Amérique latine¹³, -certaines d'entre elles avec des limitations, causées par les réglementations locales, loin des standards internationaux¹⁴-, pourraient difficilement permettre à ces pays d'être des lieux d'arbitrage international.

⁹ A. I. Piaggi, Oj. Cité.

¹⁰ Voir Convention de Genève de 1961, l'article VI, «Compétence des tribunaux d'État».

¹¹ Voir l'analyse critique des différents lois Latino-américaines d'arbitrage: JC Fernández Rozas, *Traité ... O cité*; H. Griguera Naón, «L'arbitrage en Amérique Latine: Surmonter les hostilités traditionnelles», in «arbitrage international», vol 5, no 2, 1989; «L'Amérique latine comme un lieu pour l'arbitrage commercial international», *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage CCI, Supplément spécial*, 1995; G. Giusti, *Ob. Cité*; S. L. Feldstein, *op. Cité*; A. I. Piaggi, *Ob. Cité*; F. Cantuarias S., "Bref aperçu de l'arbitrage international en Amérique latine», *Revue (e) Laudo, d'arbitrage AMCHM, Pérou*; "Est-ce correct que la Loi sur l'arbitrage régitte deux types d'arbitrage: national et international?", *Revue Ibéro-américaine d'arbitrage*, novembre 2004, G. Boutin, I.; *Ob. Cité*, T. B. de Maeckelt, *Ob. Cité*; A. M. Garro, " La loi modèle de la CNUDCI et la loi de 1988 sur l'arbitrage espagnol: modèles de réforme en Amérique centrale », *Revue américaine d'arbitrage international*, Vol 1, No. 2, 1990;

¹² G. Marchesini Martin, *Discours lors du deuxième Congrès du droit international et du MERCOSUR*, Buenos Aires, 1/2 juillet 2004, qui, durant la Conférence rappelle que l'arbitrage vint à être considéré « comme une étape intermédiaire entre l'exercice de la violence et l'émergence des juges d'État », *Revue Ibéro-américaine d'arbitrage*, 7 septembre 2004, page 1.

¹³ Mexique (1993), Guatemala (1995), Brésil (1996), Pérou (1996), Bolivie (1997), Costa Rica (1997), Équateur (1997), Colombie (1998), Venezuela (1998), Panama (1999), Honduras (2000), Paraguay (2000), Le Salvador (2002) Chili (2004) et Cuba (2007).

¹⁴ F. Cantuarias, S. *Ob. Ci-dessus*, p. 2 et 3.

À ce titre, on note présence accrue de «parties» en provenance d'Amérique latine dans les procès organisés par la Cour d'arbitrage de la CCI¹⁵. Cependant, il convient de signaler que le développement de l'arbitrage commercial international en la matière ne dépend pas de quelque façon que ce soit du fait que chaque pays mette en place un régime juridique qui lui permette d'être considéré comme un «paradis de l'arbitrage». Ce n'est pas le sujet. Il s'agit, en premier lieu, de promouvoir une base législative interne et un mode d'action légale et judiciaire qui encourage le développement de l'arbitrage commercial international.

Il n'y a pas d'arbitrage sans autonomie de la volonté, sans empêcher l'intrusion des tribunaux d'État dans les détails du procès, sans reconnaître le principe compétence- compétence, sans obtenir le soutien et le contrôle judiciaire nécessaires, sans l'exécution forcée de la sentence, ou la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères comme s'il s'agissait de sentences nationales.

Par conséquent, la recherche de nouvelles options de sièges pour l'arbitrage commercial international, est une saine aspiration pour de nombreux spécialistes issus des pays du "Sud", sans que cela implique, nécessairement, dans la plupart de ces Etats une installation permanente d'arbitrage institutionnalisé, mais si avec le même niveau de sécurité et de professionnalisme que dans les institutions traditionnelles.

Toutefois, on peut dire qu'en Amérique latine, le bilan est positif, puisque, suivant les tendances modernes et des recommandations des institutions spécialisées et de la doctrine, ont été supprimé les obstacles juridiques¹⁶ qui entravaient ou contrariaient le développement de l'arbitrage commercial international, tout ce qui facilite la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, de sorte qu'il se crée un droit interne en conformité avec les exigences de l'institution et les conventions internationales sur le sujet.

L'arbitrage n'est plus méconnu en Amérique latine¹⁷, et n'est plus un élément étranger dans la plupart des pays de la région, même si nous devons admettre qu'il y a des pays qui n'ont pas réussi à établir une base réglementaire appropriée pour son développement. Toutefois, dans une vingtaine de pays d'Amérique latine, il existe des institutions ou des organisations présentant, avec divers degrés de développement, des solutions d'arbitrage, ce qui contribue évidemment à la diffusion et au développement de l'institution¹⁸. Certains, sans doute, peuvent devenir une option digne de considération pour l'arbitrage commercial international entre parties originaires des pays de la région.

¹⁵ W. L. Craig, W. W. Park & J. Paulsson, Chambre internationale d'arbitrage de commerce, 3ème Publications océan Ed, Inc. / SA Éditions de la CPI, 2000, p.5.¹⁶ Une des derniers obstacles levés en Amérique latine, au Chili, le 10 septembre 2004, est un exemple éloquent de l'évolution de la législation dans le domaine.

¹⁷ Un exemple est le nombre de ratifications obtenues à la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international, signée à Panama, en 1975, dans le cadre de la CIDIP I, qui représente l'une des conventions les plus ratifiées de ce forum codificateur.

¹⁸ Argentine, Belize, Bolivie, Brésil, Colombie, Costa Rica, Cuba, Chili, Équateur, Le Salvador, Guatemala, Honduras, Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, République dominicaine, Uruguay et Venezuela.

En résumé on peut dire que pendant des années en Amérique latine, il y eu une certaine réticence à l'arbitrage, pour diverses raisons, cependant aujourd'hui, d'un point de vue strictement juridique, on peut faire valoir objectivement que des mesures ont été prises pour la reconnaissance et l'acceptation des avantages de l'arbitrage commercial international en tant que mécanisme approprié pour résoudre tout litige découlant de relations de commerce extérieur et d'investissements étrangers (dans le monde des affaires internationales).

Cette reconnaissance a été obtenue grâce à la ratification de conventions internationales importantes en la matière, l'inclusion croissante de l'arbitrage dans les contrats et les accords commerciaux, des progrès dans la conscience de la valeur de l'arbitrage et, plus récemment, l'adoption de lois nationales modernes qui réglementent et facilitent l'usage de l'arbitrage commercial international.

➤ **Quels sont les problèmes qui subsistent concernant l'arbitrage en Amérique latine?**

Malgré ces avancées connues et que nous venons d'exposer de manière synthétique, la doctrine et les experts en matière d'arbitrage commercial international signalent l'existence de divers problèmes qui pourraient se résumer, entre autres, en trois blocs principaux: la judiciarisation de l'arbitrage, la constitutionnalisation de l'arbitrage, et la méconnaissance des spécificités de l'arbitrage commercial international⁹.

• **Obstacles**

1^a.- La judiciarisation de l'arbitrage

La grande majorité des pays d'Amérique latine a choisi des lois d'arbitrage construites sur la base de l'intervention limitée des tribunaux, en suivant le chemin tracé par la Loi modèle. C'est un principe qui, bien que simple en apparence, est très important dans l'arbitrage, et qui consiste à établir par les États que les tribunaux s'abstiennent d'intervenir en matière d'arbitrage, sauf si la loi d'arbitrage elle-même le prévoit, afin de pouvoir établir un contrôle par les tribunaux, accroître la sécurité des parties et des arbitres, et étendre la cause de l'uniformité, et, avec elle, l'exclusion de tout pouvoir résiduel que pourraient s'attribuer les tribunaux en vertu de lois nationales²⁰.

⁹ Sur la judiciarisation de l'arbitrage, la constitutionnalisation de l'arbitrage, et la méconnaissance des spécificités de l'arbitrage commercial international en Amérique latine, voir Cristian Conejero Roos, «*L'arbitrage commercial international en Amérique latine: une vue d'ensemble*», dans "*l'arbitrage commercial en Amérique latine: cadre légal et jurisprudence*" par le Collectif d'auteurs réunis par CUATRECASAS, La Loi, Madrid 2009, p. 57 à 108.

²⁰Ibidem

²¹Ibidem

Malgré l'importance de ce principe, seules quelques législations latino-américaines reconnaissent cette règle, comme la Bolivie, le Chili, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Paraguay, le Pérou et la République dominicaine. D'autres pays, cependant, ont choisi de ne pas reconnaître cette dimension du véritable rôle des tribunaux dans l'arbitrage, comme le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, l'Équateur, le Panama et le Venezuela.

Ainsi, en Amérique latine, nous avons connus des cas où les tribunaux sont intervenus dans une procédure d'arbitrage sur des questions très différentes de celles autorisées par les lois. Certains avertissent que, curieusement, ces interventions ont eu lieu, -en particulier mais pas exclusivement, dans les pays qui n'ont pas de règlements explicites limitant l'intervention judiciaire²¹. On les appelle des *anti-arbitration injunctions* ou des ordonnances de paralysation.

2^a.- la constitutionnalisation de l'arbitrage

Le phénomène dénommé " constitutionnalisation de l'arbitrage "²² a des caractéristiques et des bases que nous ne détaillerons pas ici, et qui ont leur origine dans les causes qui ont provoqué la réticence vis-à-vis de l'arbitrage et que nous avons déjà exposées.

Pour beaucoup, cette tendance à la constitutionnalisation est fortement déconseillée dans l'arbitrage et à juste titre on a dit, « que toutes les revendications constitutionnelles sont inutiles s'il n'y a pas de recours de procédure pour garantir leur fonctionnement réel²³ ». En paraphrasant un spécialiste jeune mais expérimenté dans le domaine²⁴, le question à se poser est de savoir « si toutes les revendications constitutionnelles doivent nécessairement et exclusivement trouver recours de procédure pour assurer leur fonctionnement dans la Constitution elle-même ou peuvent être garanties par des lois compatibles avec cela ». Si nous admettons la première hypothèse (poursuit cette même source), cela voudrait dire que dans tout ce qui pourrait avoir une connotation supposée constitutionnelle, la Constitution serait alors une norme d'application directe et *immédiate*, laissant dépourvue de toute valeur la loi qui, promulguées en conformité avec elle, régule spécifiquement une institution juridique déterminée. Il n'aurait guère de sens alors à donner à des institutions telles que l'arbitrage un véritable statut juridique spécifique si la Constitution recevait toujours, de toute façon, une application directe.

Il semblerait donc, que la Constitution ne doive entrer dans le domaine de l'arbitrage que si les propres mécanismes juridiques qu'offre l'arbitrage ne sont pas aptes à sauvegarder certaines valeurs constitutionnelles fondamentales ou ne sont pas conformes à la Constitution.

²² Voir C. Roos Warren, op. Ci-dessus, p. 96; E. Silva Romero, « *A propos de l'inexorable collision des philosophies dans la constitutionnalisation de l'arbitrage en Amérique latine* », p. 269; A. Jésus O., « *Le Traitement constitutionnel de l'arbitrage au Venezuela* », p. 243

²³ P. Calamandrei, citant J. Colombo Campbell, « *Fonctions du contentieux constitutionnel*, »' Journal « Lus et Praxis », vol 8, no 2, 2002, p. 11, cité par C. Roos Warren, op. Cité Pág.96.

²⁴ C. Warren Roos, op cité, p. 96.

La vérité est que le régime juridique de l'arbitrage international offre des solutions appropriées pour sanctionner des conduites qui pourraient constituer une violation de la Constitution dans ses différents domaines, même si telle n'est pas directement son objet et, d'autre part, même si rien n'indique que de telles solutions mettent en question, d'une quelconque manière, l'ordre constitutionnel.

La doctrine a cité quelques exemples pour mieux établir ces concepts²⁵. Cela signifie que si les valeurs constitutionnelles sont affectées, elles peuvent être protégées par les mécanismes propres offerts par l'arbitrage international à travers ses institutions de base, tels que : l'arbitrabilité du différend, le respect de la loi ou de l'ordre public, qui sont reconnus comme motifs de nullité ou de non-exécution des sentences arbitrales étrangères par les traités internationaux (Genève 1961 et New York 1958) signés et ratifiés par les pays latino-américains, de sorte que ces mécanismes de défense sont intégrés dans le système au sein de chaque pays.

²⁵ (i) La sentence arbitrale dans un procès qui n'a pas respecté les principes de base ou les garanties fondamentales de justice matérielle comme le droit à un procès équitable, entendu dans son intégralité comme le droit à l'égalité de traitement, le droit d'être entendu et d'avoir une possibilité raisonnable de présenter son cas, peut être résiliée en vertu des dispositions de la Loi Modèle (inscrite dans plusieurs pays d'Amérique latine) laquelle reprend en la matière les motifs prévus en vertu de la Convention de New York et de la plupart des dernières lois d'arbitrage latino-américaines. En outre, il est entendu que ces droits sont si essentiels qu'ils constituent le cadre d'un ordre public transnational ou international et peuvent être appliqués par les juges, même en l'absence d'une loi expresse, si la violation est invoquée par une des deux parties. Par conséquent, il ne semble pas nécessaire d'utiliser la Constitution, si celle-ci peut être palliée par les mécanismes offerts par le statut spécial régissant l'arbitrage international.

(ii) Si l'État ou l'entité de l'Etat invoque des limitations constitutionnelles en vertu de son droit interne, qui empêchent le recours à l'arbitrage, un arbitre pourrait éventuellement déclarer qu'il n'a pas compétence pour trancher les litiges découlant du contrat signé par l'Etat, à la seule condition que sa décision corresponde à la loi, y compris la Constitution de l'État, à laquelle fait partie l'entité d'État. En ce sens, nous ne devons pas oublier que l'analyse de la validité et de l'applicabilité de la convention d'arbitrage ne dépend pas nécessairement du droit national de l'État et, même quand cela est le cas, il existe certaines législations qui reconnaissent le principe selon lequel une entité publique, une fois signé un contrat contenant une clause d'arbitrage et que survienne un litige découlant de celui-ci, ne peut échapper à sa soumission à l'arbitrage en invoquant son propre droit interne. En outre, même lorsque l'arbitre est déclaré compétent pour trancher des litiges concernant un organisme d'État, cette décision de nouveau, - généralement sous la forme d'une sentence-, peut être attaquée en action de nullité si l'on que la capacité de l'État de se soumettre à l'arbitrage n'est pas requise y compris pour l'arbitrabilité du différend, deux motifs énoncés dans la Convention de New York et dans la plupart des lois sud-américaines d'arbitrage. Encore une fois nous voyons que l'ingérence constitutionnelle n'est pas nécessaire, dans la mesure où l'arbitre sera seulement tenu d'appliquer la loi choisie par les parties comportant la constitution du pays d'Amérique latine en question et que, dans tous les cas, il y aura toujours la possibilité de contrôle des sentences dans le cadre des moyens prévus.

(iii) Enfin, si vous considérez que l'arbitre n'est pas indépendant et impartial dans le procès, il peut toujours être contestée et, si l'arbitre commet des manquements graves dans la conduite de l'arbitrage, par exemple en n'appliquant pas la procédure prévue en accord avec les parties ou en la conduisant de manière non conforme au droit à un procès équitable, ou si il dépasse les limites de ses prérogatives arbitrales, la sentence résultant de ce procès peut aussi être annulée. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de recourir à des figures constitutionnelles comme la plainte, l'inhibition ou à l'attaque des-actes,-y compris des sentences, d'un arbitre qui a commis une faute grave ou un abus. Le statut spécial d'arbitrage lui-même prévoit le remplacement d'un arbitre ou la nullité de la sentence rendue par lui. C. Warren. Roos, op. Ci-dessus, p. 96-98.

Le paradoxe de cette tutelle constitutionnelle, comme nous l'avons bien dit²⁶, c'est que cette sauvegarde illimitée des garanties constitutionnelles qui peuvent être considérées comme affectées par l'arbitrage termine par affecter et compromettre d'une manière grave et irréversible la garantie constitutionnelle de liberté des parties, qui ont elles-mêmes choisi de manière autonome l'arbitrage, retirant ainsi des juridictions d'État les contentieux découlant du contrat contenant la clause compromissoire.

- **Mythes**

3^a.- La méconnaissance de la spécificité de l'arbitrage commercial international

Enfin, le troisième problème que rappelle souvent la doctrine est que, étant donné que les règles de l'arbitrage commercial international en Amérique latine sont encore relativement récentes, les opérateurs de la pratique juridique, les avocats et les juges, ne sont pas nécessairement fins connaisseurs des normes, principes et pratiques de l'arbitrage, ce qui conduit souvent à des actions erronées ou impropres à cette forme alternative de résolution des différends. Bien sûr, il s'agit là d'une accusation à prendre "avec des pincettes", car en Amérique latine il y a de nombreux experts en matière d'arbitrage. Pour cette raison je préfère parler d'un mythe et non d'un problème d'actualité, même si, en effet, le développement de l'institution n'atteint pas des niveaux que l'on retrouve en Amérique du Nord ou en Europe.

- **Challenge;**

Le développement de l'arbitrage commercial international, repose sans doute sur certaines hypothèses qui servent de socles, dont la présence dans un pays devrait permettre la possibilité que celui-ci soit choisi comme un lieu possible pour l'arbitrage. Parmi ces hypothèses indispensables à l'arbitrage pour se développer avec l'efficacité nécessaire, on peut citer les suivantes:

1^o.- L'existence d'une loi conforme aux principes modernes de l'arbitrage,

2^o.- La présence et la validité de l'autonomie de la volonté (principe fondamental sur lequel repose tout l'échafaudage de l'arbitrage),

3^o.- La reconnaissance, le soutien et l'assistance juridique, sans intervention excessive. Sur une base juridique et jurisprudentielle appropriée,

4^o.- La nécessité que se crée une jurisprudence nationale, favorable et conforme aux principes internationalement reconnus en matière d'arbitrage commercial international. Une sorte de «*jus cogens*» arbitrale.

²⁶ C Conejero Roos, déjà cité, Pages, 98.

5 °. - Le développement et la multiplication (ou la prolifération) d'une culture générale favorable à l'arbitrage.

Des activités telles que le Congrès Latino-Américain et Caribéen d'arbitrage commercial international de juin 2010 à La Havane, et dans une plus large mesure, ce cours d'arbitrage de commerce international et de l'investissement de Panama, contribuent directement à la réalisation de cet objectif, bien sûr, et indirectement au reste, puisque à la fois la base juridique et l'élaboration d'une jurisprudence fondée sur les principes fondamentaux de l'institution, ne peuvent être atteintes que grâce à la volonté et à une culture favorable à l'arbitrage.

II.- L'arbitrage d'investissement: le règlement des différends au sein de l'ALBA.

Comme cela a été dit, en Amérique latine, l'arbitrage commercial international est affecté par le questionnement que l'on porte à l'arbitrage de protection des investissements. S'agissant d'États souverains, les décisions des arbitres ont un sérieux impact sur l'opinion publique. L'atmosphère de secret ou de confidentialité entourant l'arbitrage commercial international disparaît quand il s'agit d'États souverains dont les engagements doivent être connus par l'opinion publique et surtout par le biais d'un contrôle parlementaire en particulier dans leurs pays respectifs²⁷. En termes d'investissement, presque tous les pays latino-américains ont recours au CIRDI, à l'exception de Cuba, qui n'a jamais accepté, du fait de leur relation avec la Banque Mondiale, et plus récemment certains pays de l'ALBA, comme la Bolivie, l'Équateur et le Nicaragua qui y ont renoncé.

Comme l'a expliqué le professeur Bernardo Cremades: *«Le Venezuela, avec son potentiel économique est le capitaine de une forte remise en cause des systèmes institutionnels de règlement des différends, domiciliés aux Etats-Unis d'Amérique voire à l'international. La Bolivie a annoncé le 2 mai 2007 son départ du CIRDI en février 2009, et a adopté une Constitution, dont le contenu reprend les postulats de la doctrine Calvo. L'Équateur, le 4 décembre 2007, a annoncé qu'il n'accepterait pas l'arbitrage de la Banque Mondiale en matière de ressources naturelles comme le pétrole, le gaz naturel et les mines. Nous assistons à une série de déclarations et de mouvements politiques internationaux pour la mise en place d'institutions d'arbitrage en Amérique latine. Tous ces Etats sont constamment soumis à des réclamations internationales et continuent à participer activement à l'arbitrage, à la fois commercial et d'investissement. Le temps dira si ces discussions, encore dans le domaine de la politique internationale, prendront la forme d'un un centre d'arbitrage international propre aux pays d'Amérique latine, lequel, bien sûr, aura pour première tâche de gagner la confiance des investisseurs étrangers.»*²⁸ ...

²⁷ B.M.Cremades Sanz-Pastor, "La participation des États dans l'Arbitrage international", Conférence impartie lors du Congrès Latinoaméricain et Caribéen d' Arbitrage Commercial International, La Havane, le 24 juin 2010, Pag. 21.

²⁸ B.M. Cremades Sanz-Pastor, Conférence...Pags.22 et 23.

Malgré les plaintes des pays de l'ALBA, ce ne sont pas seulement les affaires en instances jusqu'à l'entrée en vigueur du dépôt de plainte qui restent à traiter dans ce cadre, mais également le cas des différends qui surviennent entre un de ces pays et les entités appartenant à des États dans lesquels existe un APPRI [*Note de traduction* : Accord pour la Promotion et Protection Réciproque des Investissements] prévoyant d'établir le CIRDI comme juridiction compétente.

III.- L'arbitrage des investissements. Résolution des différends au sein de l'ALBA.

Cela a conduit ces pays à mettre en place un groupe de travail pour créer une instance régionale de règlement des différends dans le cadre de l'ALBA, lequel a rédigé et approuvé le 30 novembre 2009, un projet d'accord-cadre, signé à La Havane le 15 décembre 2009. Cette instance régionale de règlement des différends de l'ALBA-TCP [*Note de traduction* : Traité de Commerce des Peuples] sera créée par un traité constitutif, disposera d'une personnalité juridique internationale, et des privilèges et immunités nécessaires à l'exercice de ses fonctions.

Le siège de l'instance sera décidé par les chefs d'Etat et de Gouvernement de l'ALBA-TCP par voie de consensus. Cet organe régional de règlement des controverses ALBA-TCP sera guidé dans son action par les principes généraux suivants:

- a) Respect et pleine application de la législation nationale des parties, des principes et normes du droit international dans la résolution des différends;
- b) Reconnaissance de l'absence de cas en instance devant un tribunal ou un siège administratif des parties comme condition *sine qua non* pour l'admission et l'enregistrement des litiges;
- c) Primauté des moyens non contentieux dans le règlement des différends;
- d) Qualités propres des officiants, conciliateurs, médiateurs et arbitres ainsi que transparence dans le système de leur sélection;
- e) Justification et contrôle des dépenses;
- f) Impartialité ;
- g) Large vocation multilatérale et ouverture à tous les États de la région;
- h) Respect des prérogatives de l'État dans le règlement privé des différends;
- i) Confidentialité.

Cet organisme régional pourra utiliser tous les moyens alternatifs de résolution des conflits, tels que: négociation, bons offices, médiation, conciliation et arbitrage;

L'organisme régional de règlement des différends de l'ALBA-TCP, se composera d'un Conseil exécutif, d'un Secrétariat permanent, d'un Centre de conseil et de défense juridique, et tout autre organisme nécessaire à son fonctionnement.

Le Groupe de travail a été chargé de la rédaction du projet de " Traité constitutif de l'instance régionale de solution des différends ALBA-TCP ", jusqu'à sa présentation aux chefs d'État et de Gouvernement de l'ALBA-TCP pour approbation.

IV. - Le siège de l'arbitrage. Son importance.

Comme on le sait, la notion de siège en matière d'arbitrage international désigne d'une part un lieu, -fixé par les parties-, où s'effectue concrètement les opérations matérielles de procédure d'arbitrage comme l'audition des parties, la preuve primaire, ou la signature de la sentence arbitrale²⁹. Et, d'autre part, ce lieu permettra de déterminer la loi applicable à l'éventuelle «révision judiciaire» du règlement du différend, pour lequel l'arbitre ou le tribunal arbitral a reçu mission afin de réunir, de décider et mettre fin à un différend déterminé.

La notion de domicile est donc d'avantage d'ordre juridique solide, plutôt que géographique. Pour un secteur important de la doctrine internationale en matière d'arbitrage commercial international, il n'y a pas d'ordre juridique pour imposer une preuve *prima facie* à l'arbitre, c'est-à-dire que celui-ci, manque de forum, d'un système matériel qui soit directement et obligatoirement lié et qui exigerait le strict respect des règles³⁰. En dehors de cette position qui, dans son côté extrême conduit à l' "a-nationalité" de la sentence, et, d'un point de vue plus radical encore, certains invoquent «la sentence flottante», théorie parallèle à celle des "contrats sans loi", qui est extrême (résultant de constructions théoriques, souvent rejetés par les tribunaux), il est évidemment que l'on ne peut pas nier que le siège de l'arbitrage joue un rôle clé dans les conséquences qui dérivent de la procédure arbitrale, sans aller cependant à être comparé à l'importance d'un forum de tribunal ordinaire.

Il faut admettre, si l'on veut que l'arbitrage joue son rôle d'institution facilitant le commerce international, que ce moyen alternatif de règlement des différends repose sur cadre étatique de référence, et ce doit être celui de l'endroit où a lieu l'arbitrage, de sorte que le lieu de l'arbitrage entraîne des conséquences importantes. Comme on l'a dit si bien: « une chose est le manque de forum et une autre, -bien distincte-, de renoncer totalement à un cadre de référence étatique: un lieu d'arbitrage. Un processus dépourvu d'assistance judiciaire produit un certain degré d'incertitude préjudiciable au développement même de l'institution, de là la nécessité d'un lien entre arbitrage et forum »³¹.

Tout aussi importantes dans ces implications juridiques, le lieu où est où l'on prétend appliquer les effets de l'arbitrage, c'est à dire, reconnaître et exécuter la sentence. Rappelez-vous que tous les États signataires de la Convention de Genève de 1961, le sont de la Convention de New York de 1958, qui visait à éviter les doubles emplois inutiles et les doubles contrôles sur la même

²⁹ Voir J.C. Fernández Rozas, «Détermination du lieu de l'arbitrage et contrôle des conséquences de la sentence par le tribunal arbitral du siège », Lima Arbitrage Journal, n ° 2, 2007, p. 40.

³⁰ J.C. Rozas Fernández, Ib. P. 34 et suivantes.

³¹ J.C. Rozas Fernández, Ib. P.37

sentence, même si ce sont deux moments différents, l'annulation et la reconnaissance. Pour cette raison, il y a un parallèle entre les causes de nullité de l'article IX de la Convention de Genève et le rejet de la mise en œuvre de l'article V de la Convention de New York. Il est important d'avoir à l'esprit que l'arbitrabilité et l'ordre public en tant que causes "tronc" de l'annulation de la sentence arbitrale se désintègrent en faveur du contrôle de la reconnaissance.

Mais ce lieu géographique choisi par les parties comme siège de l'arbitrage, pour être le centre ou la base de la procédure par laquelle ils entendent résoudre leurs différends ne peut être choisi uniquement pour des motifs étrangers à la procédure d'arbitrage et ses exigences, que ce soit pour des raisons d'ordre touristique, culturel ou autre. Le choix du lieu pour des raisons strictement de tourisme peut apporter beaucoup de surprises, désagréables en général, dans l'ordre pratique de la procédure, et plus grave encore, de sérieux risques juridiques³². La localisation de l'arbitrage dérive sur des conséquences de compétences juridictionnelles internationales, car elle déterminera la compétence de l'État dont les tribunaux devront résoudre les difficultés qui peuvent se présenter aux arbitres dans l'exercice de leur fonction et face auxquels se présenteront les éventuelles actions contre la sentence.

En règle générale, le juge du siège de l'arbitrage appliquera sa propre loi de procédure pour déterminer la portée des interventions possibles pour l'arbitrage.

De ce point de vue particulier, il semble clair que l'existence d'un lieu d'arbitrage vise la défense efficace des intérêts des parties et de leurs droits, en permettant l'existence d'un juge d'appui et des moyens d'aide juridictionnelle.

C'est ainsi que, en marge des tendances vers à l'a-nationalité de l'arbitrage, la détermination du siège implique toujours des conséquences importantes, comme les suivantes:

- La détermination de la loi qui sous-tend la procédure ;
- Le cadre de l'assistance à fournir par les juges de l'État. Ce n'est pas un hasard si les parties veulent procéder à l'arbitrage dans des endroits où les lois de procédure garantissent que les tribunaux nationaux sont disposés à aider et à veiller à ne pas trop intervenir dans le déroulement normal de la procédure d'arbitrage ;
- La considération de savoir si un arbitrage est national ou international ;
- Le lieu où la sentence est considérée rendue;
- L'arbitrabilité du différend;

³²Voir: Y. Derains, "*l'arbitrage du tourisme: réalité ou mirage*", dans *Liber Amicorum*, Bernardo Cremades (livre hommage), La Ley, Madrid, 2010, p. 327 à 334.

- La portée du contrôle juridictionnel des actes des arbitres.

En ce qui concerne la loi applicable, le lieu de l'arbitrage détermine la loi régissant l'arbitrage, ce qui affecte les questions importantes telles que:

- La forme et la validité de la convention d'arbitrage;
- La constitution et la compétence du tribunal arbitral;
- la conduite de la procédure;
- le contenu de la sentence;
- les motifs de l'annulation de la sentence;
- les motifs de refus de reconnaissance ou l'exécution de la sentence ;
- la participation et l'assistance des juges lors de l'arbitrage.

V. - Un lieu pour l'arbitrage. Facteurs pour la détermination du siège.

De par l'importance du lieu du siège de l'arbitrage commercial international, et en tenant compte du fait que l'OHADAC se propose de constituer une Cour dans l'ensemble Amérique latine-Caraïbes, nous devons tenir compte dans les pays de la région non seulement du développement de l'arbitrage en matière technico-juridique, et du souci de rapprocher l'arbitrage de ces territoires (ce qui pourrait leur permettre d'être choisis comme siège dans certains cas impliquant des parties en conflit dans la région, même si cela se fait sous l'égide d'une Cour internationale déjà existante), mais aussi du symbole que signifie pour l'Amérique latine et les Caraïbes disposer de sa propre Cour, aspect peut-être le plus important en termes d'intégration dans le commerce international.

Cet objectif passe d'abord par la solution des problèmes signalés auxquels est confronté l'arbitrage dans la région, de là surgira la possibilité de trouver un espace comme lieu idéal pour l'arbitrage commercial international, ce qui suppose sans doute le respect des exigences minimales pour élaborer une procédure d'arbitrage vélocé (sans entrave, ni retards inutiles), impartiale (liberté d'action des arbitres) et avec les garanties requises (action dans le cadre du libre choix, aucune révision au fond, aucune interférence, assistance judiciaire et possibilité de reconnaissance et d'exécution de la sentence).

Pour cela, il conviendra de s'arrêter, dans l'analyse, entre autres, sur les facteurs suivants:

✓ **Sur le lieu de la procédure :**

La dispersion géographique de la procédure, tel que citée par la doctrine, est importante pour déterminer le lieu de l'arbitrage. Que faire ? Installer le siège à l'endroit le plus proche du lieu où doivent être effectuées les enquêtes, les inspections visuelles ou autres, afin de rendre le processus moins coûteux, ou déplacer le tribunal vers ce lieu?

L'arbitrage offre l'option de la mobilité du tribunal arbitral, sans doute l'un des avantages par rapport à un litige judiciaire. Les juges ne se déplacent pas de leurs estrades, tandis que les arbitres peuvent développer le procès à différents endroits.

L'article 14 du règlement de la CCI, par exemple, distingue le lieu des délibérations du tribunal arbitral et son siège, les audiences ne sont soumises à aucune restriction, comme les réunions organisées par les arbitres, mais si il doit y avoir un lieu pour rendre la sentence et celui-ci doit coïncider avec le siège choisi parce que la sentence a une nationalité et répond à un lieu spécifique en relation, après le déroulement de l'arbitrage, avec une éventuelle action en annulation. Rappelez-vous que le siège de l'arbitrage est une notion juridique plutôt que physique.

✓ **Sur la convention d'arbitrage:**

Il conviendra de prendre en compte le critère de la loi locale sur la validité formelle de la convention d'arbitrage. Comment établir le consentement?

Quelle est la portée de la convention ou du pacte arbitral, que ce soit une clause d'arbitrage (convention d'arbitrage dans un contrat) ou un accord séparé (avant ou après le contrat) ? Que peut-on arbitrer conformément à la loi? L'arbitrabilité objective et subjective jouent un rôle important, précisément pour déterminer les agissements des arbitres en fonction d'une matière sur laquelle il y a disponibilité. Les concepts sur l'arbitrabilité du différend et les effets de l'arbitrage, et les conséquences qui en découlent pour les arbitres du pacte ou de la convention arbitrale, requièrent une attention particulière.

✓ **Indépendance des arbitres :**

Il est évident que l'arbitre est indépendant, mais il n'est pas suffisant qu'il le dise, il est nécessaire que cela résulte d'une Loi et d'un Règlement de la Cour. Que dit la loi, comment l'indépendance ou l'impartialité des arbitres sont-elles conçues, jusqu'où va la responsabilité des arbitres, comment peut-on demander, exiger, ou contrôler? Ce sont des données spécifiques, qui nécessitent une certaine attention.

³³ Voir J.C. Fernández Rozas, "*Détermination..* ». Cité ci-dessus, pages 32-34.

³⁴Y. Derains, cité ci-dessus, page 330.

✓ **Le choix et la nationalité des arbitres :**

La nationalité des arbitres est un autre élément de grande importance. Les arbitres peuvent-ils être de la même nationalité que les parties ou non? Le président doit-il être ressortissant d'un autre pays? Comment les arbitres doivent-ils être choisis? Quid de la récusation des arbitres, quels motifs de récusation? Où, comment, quand, à quel point le processus est en cause et quelles conséquences pour la nullité de la récusation? Qui sera l'autorité de nomination en cas de manquement dans le choix d'un arbitre par une partie impliquée dans la procédure ou pour nommer le président du tribunal, le cas échéant?

✓ **Contestation de la sentence :**

Concernant la possibilité de contester une sentence arbitrale, l'examen au fonds est-il ou non possible, l'annulation est-elle le seul des moyens prévus et établis pour contester la sentence arbitrale? Quelles seront les causes de nullité, seront-elles celles établies par la Convention de Genève? Peut-il y avoir recours en annulation ou non, quel est le lien entre le lieu du siège avec la Convention de New York? Est-il nécessaire d'avoir un lien juridique entre le lieu de l'arbitrage et le lieu de la possible exécution de la sentence?

✓ **L'assistance judiciaire :**

L'assistance judiciaire, la possibilité que le tribunal arbitral puisse imposer des mesures préventives, la possibilité offerte par la législation locale de faire appel à un juge du siège arbitral. Il n'est pas possible de déterminer le siège de l'arbitrage là où il n'y a pas d'assistance juridique, où l'on ne peut mettre en place des mesures de protection. Il y a des clauses d'arbitrage qui fixent un siège arbitral précisément à l'endroit où existent des exigences minimales pour l'y établir, un peu comme lorsque l'on opte pour une loi applicable sans connaître l'ordre matériel que l'on indique applicable au contrat.

Tout ce "chapelet" de particularités, spécificités, que peut fournir ou non chaque droit local est un élément important pour l'étude et les possibilités de choisir un lieu déterminé comme siège de l'arbitrage, de le considérer comme un lieu propice ou non.

Cette recherche a été initiée séparément par la doctrine, et c'est ce qu'il conviendra de faire de manière systématique afin de déterminer la possibilité d'avoir un ou plusieurs sièges d'arbitrage dans l'environnement Amérique latine-Caraïbes.

Enfin, nous devons insister sur le fait que le siège requiert une protection juridique et une protection judiciaire: pas d'interventionnisme exagéré, mais si soutien et assistance. L'intervention pré-arbitrale, l'intervention dans le développement du procès et l'intervention postérieure au procès, toutes trois sont autorisés. Rappelons-nous que l'arbitrage exige un référent d'État. Les extrêmes sont dangereux, c'est pour cela que je ne partage pas les critères d'arbitrage non-nationaux, la sentence a-nationale ou flottante. L'arbitrage repose sur l'autonomie de la volonté, mais une fois admise ou acceptée, celle-ci doit reposer sur une véritable juridiction disposant du soutien d'un État permettant d'appliquer la décision des arbitres.

Ainsi, plus on prétend mettre en évidence la valeur de l'arbitrage comme partie prenante d'une nouvelle *Lex Mercatoria*, plus il convient de noter que l'arbitrage existe, précisément parce qu'il existe un État de référence: la loi et les traités. Rappelons que l'arbitrage repose sur l'autonomie de la volonté et que celle-ci n'agit pas *ex-lege*, en dehors du champ d'application de toute loi.

Il s'agit donc de laisser aux arbitres tout ce qui est libre disposition pour les parties et laisser aux États ce qui est de leur compétence dans le rôle de permettre, protéger et soutenir l'arbitrage. L'État ne peut renoncer au contrôle que lui confèrent les propres conventions internationales, New York 1958, Genève 1961, mais il ne doit pas non plus dépasser la portée de ce contrôle qui lui est conféré. L'excès peut conduire à l'arbitraire et susciter des problèmes plus grands encore que ceux qu'il prétend résoudre, puisque envahir le domaine de la souveraineté de l'État non seulement ne résout pas la question, mais lève et augmente l'opposition à l'arbitrage de la part des organisations juridictionnelles d'État, « offensées »³⁵.

C'est un défi de pouvoir arriver à déterminer un siège.

VI.- La Cour de OHADAC.

Du Congrès qui s'est tenu à La Havane est ressorti un plan de travail visant à prendre des mesures permettant de mettre en marche effectivement l'harmonisation et l'uniformité en matière d'arbitrage.

Dans une première étape, la collecte et l'étude des législations existantes sur l'arbitrage commercial international dans les pays d'Amérique latine et de l'environnement des Caraïbes s'imposent.

Dans un deuxième temps, il est à espérer qu'un groupe ou comité d'experts ait à sa charge de proposer une recommandation pour atteindre l'objectif visé: l'uniformité ou l'harmonie en matière d'arbitrage commercial international dans la zone.

Voici le premier dilemme: lois harmonisées, règlement commun sans Cour ou Cour commune ? Des lois harmonisées existent dans plusieurs pays d'Amérique latine, inspirées de la loi modèle

³⁵ Il est utile de reproduire ici un exemple éloquent: «Parfois, c'est vrai, les tribunaux d'arbitrage peuvent alors dépasser leurs prérogatives, méconnaissant les conséquences de la participation d'un État souverain. Je pense, par exemple, à la récente décision prise par un tribunal d'arbitrage d'accepter la demande de mesures provisoires déposée par un investisseur. La Cour, composée de trois juristes sans doute très expérimentés et respectés dans le monde entier, condamne une république d'Amérique latine à retirer ses plaintes pénales déposées à l'encontre de l'investisseur de l'époque. Est-ce qu'un tribunal d'arbitrage peut aller aussi loin? Je trouve difficile de croire que les autorités de ce pays puissent abandonner leurs poursuites, auprès de leur juridiction pénale sans encourir, pour celui qui le décide en conformité avec la sentence arbitrale, à sa propre responsabilité pénale. Cette procédure d'arbitrage a généré, bien sûr, une critique ardente par ceux qui voient en elle une agression aux facultés et obligations souveraines ». " B. M. Cremades Sanz-Pastor, Conférence ... pages 24 et 25.

de la CNUDCI, bien que persistent les problèmes énoncés, motivés non par la présence de diverses législations, mais plus encore par des problèmes d'interprétation et par l'étendue plus ou moins grande ou intense du champ d'application de l'État de référence, comme nous l'avons dit. Pour pouvoir compter sur un règlement commun sans Cour institutionnelle, la CNUDCI prévoit également des mécanismes suffisants³⁶. Le choix réside alors dans une Cour commune.

Deuxième choix: un Traité constitutif ou des accords d'organismes d'appui au commerce?
Ou, ce qui revient au même: la voie des États ou des entités non étatiques, pour l'établissement de la Cour d'arbitrage OHADAC et ses règlements?

La voie étatique a été assumée par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA et se base sur le principe d'uniformité et non d'harmonisation dans une diversité législative, par opposition à ce qu'exprime son nom d'organisation³⁷.

Pour agir de cette façon pour l'OHADAC, les pays de la région devraient se doter d'un droit commun de l'arbitrage. Les législations actuellement en vigueur en la matière devraient être abrogées ou modifiées en grande partie. L'intégration [dans l'OHADAC] des États d'Amérique latine serait grandement entravée par l'existence de législations relativement récentes sur l'arbitrage. Gardons à l'esprit que ce n'est pas le même scénario qui prévalait pour l'OHADA en Afrique, et que l'arbitrage est plus développé aujourd'hui en Amérique latine qu'en Afrique en 1999³⁸. D'autre part, nous devons considérer à l'heure actuelle la forte influence de la Cour d'arbitrage de la CCI et du CIRDI dans de nombreux pays de la région. L'uniformisation de fond par une Cour commune, établie par un Traité international sur l'arbitrage, mais s'il n'est pas impossible, pour l'instant, est un obstacle difficile à surmonter.

³⁶ Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international, approuvé par la Résolution n° 31/98 de l'Assemblée générale des Nations Unies, le 15 décembre, 1976

³⁷ "L'OHADA procède par l'unification plutôt que par l'harmonisation. Elle définit les actes uniformes directement applicables et obligatoires pour les États membres. À ce jour, huit (8) actes uniformes sont entrés en vigueur. A propos des actes uniformes OHADA voir <http://www.ohada.com/textes.php>

³⁸ L'Acte Uniforme sur l'Arbitrage (AUA) a été adopté par le Conseil des Ministres de l'OHADA, le 11 mars 1999 à Ouagadougou. Il fait écho au Traité OHADA dont le préambule souligne l'utilisation de l'arbitrage et stipule que «*les parties doivent promouvoir l'arbitrage comme moyen de règlement des différends contractuels*». L'AUA est entré en vigueur le 11 juin 1999. Cette institution juridique est unique par ses innovations et du fait que l'OHADA devient ainsi le droit commun de l'arbitrage pour dix-sept États africains à l'égard de l'arbitrage *ad hoc*. L'AUA est également caractérisé par le fait qu'il vient abroger les dispositions existantes en matière d'arbitrage. En vertu de l'article 35, l'AUA, l'Acte Uniforme sur l'Arbitrage, "*a force de loi relative à l'arbitrage*". L'article 10 du Traité OHADA indique qu' "*il est directement applicable et obligatoire*". Dans l'esprit des rédacteurs, « l'AUA est doté de la portée d'abrogation propre à tous les Actes Uniformes adoptés dans le cadre de l'OHADA. Par conséquent, l'AUA vient directement abroger les législations nationales sur l'arbitrage ». Voir: Franck Yougone, « *L'OHADAC une opportunité à saisir pour l'arbitrage en Amérique latine?* », <http://www.ohada.com/bibliographie/titre/752/L-OHADAC-une-opportunite-a-saisir-pour-l-arbitrage-en-Amerique-latine.html>

Depuis le Code *Bustamante* de 1928, seule codification globale régionale à ce jour, en matière de droit international privé, et la plus haute expression de la codification du droit international privé en Amérique latine, la région a connu divers efforts codificateurs. Ce n'est pas un hasard si le système CIDIP (Convention Interaméricaine de Droit International Privé) est structuré, -et non sans difficulté-, sous la forme de codification graduelle et progressive, quelquefois par le biais de documents uniformes, d'autres fois par l'harmonisation de la variété de législation, comme technique de codification. Mais en matière d'arbitrage, la Convention américaine relative à l'arbitrage commercial international, -souscrite dans le cadre de l'appel CIDIP I-, qui s'est tenue à Panama en 1975, n'est pas autre chose qu'un document qui compile les quelques bases préexistantes d'autres conventions internationales (New York, 1958, Genève, 1961). De celle-ci ne surgit pas un système unique d'arbitrage (uniformisation), ni des règles complètes pour leur régulation (harmonisation), comme, de fait, quinze (15) pays d'Amérique latine ont construit plus tard, sur la base de la loi modèle CNUDCI³⁹.

Tout porte ainsi à croire que la voie non gouvernementale, par l'intermédiaire de partenariats entre organismes de soutien au commerce, Cours d'arbitrage, Chambres de Commerce ou autres entités impliquées dans l'organisation et le parrainage de l'arbitrage commercial international institutionnalisé ou administré, peut offrir de meilleures perspectives et des possibilités rapides d'accords.

Il est possible, -et l'on ne peut l'écarter-, que cet effort reçoive l'approbation, l'acceptation et le soutien des courants intégrationnistes de collaboration de la région latino-américaine et caribéenne, notamment le CARICOM, l'ALBA et d'autres, ce qui pourrait être un moyen d'aller d'une voie vers l'autre, de recevoir le soutien des États. Néanmoins, il que la voie non gouvernementale soit la plus pratique pour commencer à travailler et avancer.

Enfin, une analyse s'impose sur la relation entre le siège de la Cour et le lieu de l'arbitrage, c'est-à-dire, celui du tribunal arbitral ; de manière concrète, «La Cour de OHADAC doit-elle se trouver dans le pays le plus approprié pour accueillir l'arbitrage ou, au contraire, la Cour et, par conséquent, le Secrétariat, doivent-ils s'installer à un endroit facilement accessible, à égale distance de la plupart des autres pays, et avec la possibilité de disposer d'un soutien local, non seulement pour la procédure d'arbitrage, mais aussi pour son rôle en tant qu'institution d'appui au commerce international?

Ces questions, ces défis, doivent être levés prochainement. Il s'agira de travailler. Ce n'est pas de créer une Cour pour rivaliser avec les autres, il y a suffisamment de place dans le monde des affaires internationales. Le sujet qui nous occupe, c'est que l'espace des Caraïbes et de l'Amérique latine dispose d'une autre alternative, avec sa propre Cour pour régler "à la maison" les éventuels différends qui peuvent surgir dans les relations mutuelles de commerce et d'échange. Cet événement est une bonne opportunité pour l'exposer et contribuer à y songer.

³⁹ Voir liste des pays, Note no.11.