



LA CONSOLIDATION DU PRINCIPE DE COMPETENCE-COMPETENCE
PAR LA COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE (CCJA) DE
L'OHADA

**Réflexion critique sur l'arrêt n°064/2020 du 27 février 2020, Accor SAS, STIEH SA,
ACCOR SA c/ Etat du Togo**

Le 27 février 2020, la CCJA a rendu un arrêt n°064/2020 qui a consolidé, renforcé et fortifié sa jurisprudence relative au principe de compétence-compétence.

Si les précédentes décisions¹ de la Cour appliquant ce principe avaient des motivations aussi pertinentes les unes que les autres, l'une des particularités de l'arrêt du 27 février 2020 est d'avoir été rendu en défaveur d'un Etat qui, à l'instar d'un épervier – animal emblème de son équipe de football - s'envolant vers le ciel, avait tenté de s'envoler avec le litige vers son juge étatique.

Autant cette décision mérite d'être louée sur le principe (2) au regard des faits et de la procédure (1), autant elle incite à la réflexion sur un aspect de sa motivation (3), ainsi que sur le champ d'application de l'article 23 du Traité de l'OHADA et la manière dont la Cour s'est octroyé le pouvoir de pallier une lacune du droit OHADA (4).

¹ CCJA, 1^{ère} Chambre, Arrêt n°12 du 24 février 2005, Société de Manufacture de Côte d'Ivoire (MACACI) c/ MAY Jean-Pierre ; CCJA, 2^{ème} Chambre, Arrêt n°082/2014 du 22 mai 2014, CANAC Sénégal SA & CANAC Railway Services Inc c/ TRANSRAIL SA ; CCJA, 3^{ème} Chambre, Arrêt n°230/2017 du 14 décembre 2017, RESOCOM SARL, NOUTCHOGOUIN FOTSO Yolande Béatrice, Succession NOUTCHOGOUIN, FOTSO Jean Roger c/ FINANCIAL HOUSE ; CCJA, 3^{ème} Chambre, Arrêt n°152/2018 du 7 juin 2018, THIOMBANOU Ousseini c/ Délégation de l'Union Européenne au Niger & Etat du Niger ; CCJA, 1^{ère} Chambre, Arrêt n°181 du 20 juin 2019, TRADEX CENTRAFRIQUE SA c/ TRANSPORT MADINA SA.

1. Les faits et la procédure

Le différend tranché par la CCJA opposait la société Accor Afrique SAS, dont le siège social est en France, la Société d'Investissement et d'Exploitation Hôtelière SA (STIEH SA), dont le siège social est au Togo, et la société ACCOR SA, dont le siège social est en France (demanderesse), d'une part, à l'Etat du Togo (défendeur), d'autre part.

Le 18 février 1998, la société Accor Afrique SAS avait conclu avec l'Etat du Togo un bail commercial portant sur le mythique hôtel Sarakawa, devenu par la suite Hôtel Mercure Sarakawa. L'article 12 dudit bail disposait que :

« Tout différend né de l'interprétation ou de l'exécution du présent bail est réglé à l'amiable.

A défaut d'accord amiable, tout différen[t] découlant de l'interprétation du présent contrat seront tranchés définitivement selon le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement. Le lieu de l'arbitrage sera Paris. »

Un litige étant survenu entre le Groupe ACCOR et l'Etat du TOGO, les sociétés Accor Afrique SAS et STIEH SA ont déposé le 6 mai 2014 une demande d'arbitrage devant la Chambre de Commerce Internationale (CCI) de Paris². L'Etat du Togo a répondu à cette demande d'arbitrage par lettre du 13 juin 2014 en désignant un arbitre.

Par la suite, l'Etat du Togo a saisi le tribunal de première instance de Lomé (chambre commerciale) par assignation du 6 mars 2015.

Le 6 novembre 2015, le tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CCI a rendu une sentence partielle par laquelle il s'est déclaré compétent pour connaître du différend dont il était saisi.

Le 23 novembre 2015, le tribunal de première instance de Lomé s'est lui aussi déclaré « *compétent pour connaître de l'action en indemnisation intentée par l'Etat togolais contre* » les sociétés Accor Afrique SAS, STIEH SA et ACCOR SA, et ce par jugement n°0455/2015. Par ce même jugement, le tribunal étatique Togolais a condamné les sociétés Accor Afrique SAS, STIEH SA et ACCOR SA à payer diverses sommes à l'Etat du Togo.

Ce fut le début du chemin de croix pour ces trois sociétés devant le juge national togolais.

Avec foi, lesdites sociétés ont porté leur croix devant la cour d'appel de Lomé. Mais elles y ont été crucifiées.

En effet, devant ladite cour togolaise, les sociétés appelantes ont sollicité l'infirmité du jugement du 23 novembre 2015 au motif que le tribunal de première instance de Lomé s'était à tort déclaré compétent.

² L'arrêt de la CCJA du 27 février 2020 n'indique pas la nature des demandes formulées par les sociétés devant le tribunal arbitral.

Mais, par arrêt n°30/17 du 15 février 2017, la cour d'appel de Lomé a, entre autres, rejeté l'exception d'incompétence soulevée par les trois sociétés appelantes, et a déclaré « *les juridictions togolaises compétentes à connaître de l'action en indemnisation et en paiement de loyers intentée par l'Etat togolais* ». Le même arrêt a, sur le fond, condamné les sociétés appelantes à payer diverses sommes à l'Etat du Togo.

Pour rejeter l'exception d'incompétence soulevée par les sociétés appelantes, la cour d'appel de Lomé a d'abord postulé que : « *L'article 23 du Traité de l'OHADA fait obligation au juge étatique de se déclarer incompétent lorsque le litige saisi se rapporte à celui que les parties ont de commun accord décidé de faire trancher par les arbitres* ; ».

Poursuivant son raisonnement le juge d'appel togolais a considéré que « *dans le cas d'espèce, (...) à travers la clause compromissoire, l'on comprend aisément que (...) seuls les différends concernant l'interprétation devraient être connus par les arbitres et non tous les différends découlant du contrat (...)* ».

La juridiction togolaise d'appel a alors décidé que les demandes présentées par l'Etat du Togo, à savoir « *l'indemnisation pour manquements contractuels des appelantes et le paiement des loyers* », « *ne sont que les conséquences de l'exécution du contrat de bail signé par les parties* », et que « *lesdites demandes n'ont pas pour objet l'interprétation des clauses du contrat* ».

Le 17 juillet 2017, en quête de salut, les sociétés Accor Afrique SAS, STIEH SA et ACCOR SA ont formé un pourvoi devant la CCJA. Celle-ci les a exaucées !

A l'appui de leur recours en cassation, les sociétés requérantes ont invoqué comme moyen la violation de l'article 23 du Traité de l'OHADA. Lesdites sociétés ont notamment soutenu que :

- l'article 23 du Traité de l'OHADA n'a nulle part prévu que le juge étatique doit d'abord analyser le contrat des parties et déterminer si elles ont convenu ou non de soumettre le litige à un arbitre ou encore, ni qu'il doit déterminer l'étendue de la convention d'arbitrage ;
- la seule existence d'une convention d'arbitrage qui n'est pas manifestement nulle, oblige le juge étatique à laisser le tribunal arbitral se prononcer en premier et en priorité sur sa compétence ;
- le juge étatique togolais ayant reconnu l'existence d'une convention d'arbitrage portant sur les différends relatifs à l'interprétation du contrat liant les parties devait, conformément à l'article 23 du Traité de l'OHADA, se déclarer incompétent puisque l'une des parties en avait fait la demande.

La CCJA a favorablement accueilli ce moyen par son arrêt n°064/2020 du 27 février 2020 qui a cassé l'arrêt du 15 février 2017 de la cour d'appel de Lomé, avec la motivation suivante :

*« Attendu **d'une part**, qu'il est constant que malgré le déclinatoire de compétence soulevé par les parties requérantes, la cour d'appel a, tout en retenant que seuls les différends relatifs à l'interprétation du contrat étaient réservés à la compétence des arbitres, procédé à l'interprétation de ladite clause pour en déterminer l'intention commune des parties ; que, **d'autre part**, il est indéniable que la réponse aux demandes de condamnation pécuniaire formées par l'Etat togolais devant le tribunal de première instance de Lomé ne peut découler que de l'interprétation des clauses du contrat en rapport avec les obligations réciproques des parties ; qu'**en outre**, le contrat ne prévoyant aucun autre mode de règlement des différends, sauf en son article 10 où il prévoit expressément l'intervention du juge des référés pour ordonner l'expulsion des lieux, l'intention des parties de recourir à l'arbitrage paraît manifeste ; qu'il s'ensuit, qu'en retenant sa compétence, nonobstant l'exception d'incompétence soulevée devant elle, la cour d'appel a méconnu les dispositions de l'article 23 visé au moyen et sa décision encourt cassation ; »*

Evoquant l'affaire, la CCJA a ensuite infirmé le jugement n°0455/2015 rendu le 23 novembre 2015 par le tribunal de première instance de Lomé, et a déclaré le juge étatique incompétent.

2. L'ancrage du principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage OHADA

Par son arrêt du 27 février 2020, la CCJA a conforté l'ancrage du principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage OHADA, au visa de l'article 23 du Traité de l'OHADA³ qui dispose que :

« Tout tribunal d'un Etat partie saisi d'un litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage se déclarera incompétent si l'une des parties le demande, et renverra le cas échéant à la procédure d'arbitrage prévue au présent Traité. »

Le principe de compétence-compétence est un corollaire de la convention d'arbitrage.

En effet, la conclusion d'une convention d'arbitrage constitue un engagement des parties de saisir un tribunal arbitral pour résoudre leur litige éventuel (clause compromissoire) ou actuel (compromis), en lieu et place des juridictions étatiques.

³ L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a été créée par Traité signé le 17 octobre 1993 à Port Louis à l'Île Maurice par 14 Etats. Ce Traité a été révisé par Traité signé le 17 octobre 2008 au Québec au Canada par 16 Etats. L'OHADA compte aujourd'hui 17 Etats parties : 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, Togo.

La décision rendue par la CCJA réaffirme l'idée que la convention d'arbitrage a un double effet qui se déploie aussi bien à l'égard des parties, du tribunal arbitral, que des juridictions étatiques :

- d'une part, un effet dit « *effet positif* »⁴ qui se dédouble :
 - ✓ elle fonde la compétence du tribunal arbitral pour trancher le litige qu'elle vise, et oblige les parties à le saisir en cas de litige ;
 - ✓ elle donne compétence au tribunal arbitral pour se prononcer lui-même sur toutes les contestations relatives à sa propre compétence : c'est le principe de compétence-compétence dans son effet positif ;
- et d'autre part, un effet dit « *effet négatif* »⁵ qui se dédouble lui aussi :
 - ✓ elle rend les tribunaux étatiques incompetents pour connaître des différends qu'elle couvre ;
 - ✓ elle interdit aux tribunaux étatiques de se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral avant ce dernier et leur commande de se déclarer incompetents dès lors qu'une des parties invoque la convention d'arbitrage (sauf convention manifestement nulle) : c'est le principe de compétence-compétence dans son effet négatif.

Le principe de compétence-compétence postule donc que (i) le tribunal arbitral a une priorité chronologique pour statuer sur sa propre compétence, sous réserve du contrôle ultérieur du juge étatique dans le cadre d'un recours en annulation de la sentence, et que (ii) le juge étatique s'abstienne de connaître d'un litige lorsqu'une partie invoque une convention d'arbitrage.

Or, en l'espèce, conformément à la convention d'arbitrage (article 12 du bail commercial), le tribunal arbitral avait été saisi par les sociétés Accor Afrique SAS, STIEH SA et ACCOR SA. De plus, le Tribunal arbitral avait déjà retenu sa compétence par sentence partielle du 6 novembre 2015, et devait donc instruire l'affaire sur le fond. La saisine parallèle de son juge étatique par l'Etat du Togo, qui ne s'inscrivait pas dans le cadre d'un recours en annulation, était donc manifestement contraire à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Les sociétés Accor Afrique SAS, STIEH SA et ACCOR SA ayant demandé, au sens de l'article 23 suscitée, audit juge étatique de se déclarer incompetente, ce juge aurait dû se déclarer incompetente en application du principe de compétence-compétence dans ses effets positif et négatif sus décrits.

⁴ Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2013, n°154 à n°159, n°665 à n°670.

⁵ Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *op.cit.*, n°166 à n°171, n°678 à n°681.

En rejetant l'exception d'incompétence soulevée par les trois sociétés du Groupe ACCOR et en statuant au fond, le tribunal de première instance de Lomé (chambre commerciale) et à sa suite la cour d'appel de Lomé ont donc indiscutablement enfreint le principe de compétence-compétence en ses effets positif et négatif.

La motivation en trois temps (« *d'une part* », « *d'autre* », « *en outre* ») de la CCJA peut être disséquée de la manière suivante permettant d'identifier chacun des péchés commis par la cour d'appel de Lomé :

- le déclinatoire de compétence soulevé sur la base de la convention d'arbitrage par les sociétés Accor Afrique SAS, STIEH SA et ACCOR SA imposait, à lui seul, au juge étatique togolais de se déclarer inapte à connaître du litige ;
- dès lors qu'il reconnaissait que les questions d'interprétation du bail relevaient de la compétence du tribunal arbitral, le juge étatique togolais n'était pas fondé à procéder à une quelconque interprétation de la clause d'arbitrage pour justifier sa compétence ;
- pour statuer sur les demandes formulées par l'Etat du Togo qu'il rangeait dans les différends liés à l'exécution du contrat, le juge étatique togolais a dû interpréter les clauses contractuelles relatives aux obligations des parties, avec pour conséquence qu'il a nécessairement empiété sur le champ (de l'interprétation) réservé au tribunal arbitral par la volonté des parties ;
- aucune autre stipulation contractuelle n'attribuant compétence au juge étatique togolais pour connaître du type de différend en cause, l'intention des parties de recourir à l'arbitrage est manifeste.

Si les trois premiers éléments sus énoncés de la motivation de la CCJA rentrent parfaitement dans les limites du principe de compétence-compétence en ce qu'ils ont en commun d'exclure d'emblée toute interprétation du contrat par le juge étatique en raison de l'exception fondée sur la convention d'arbitrage, le dernier élément de ladite motivation peut en revanche prêter le flanc à la critique.

3. Réflexion critique sur l'argument de la CCJA tiré de l'inexistence d'un autre mode de règlement des différends dans le bail

Bien que la CCJA ait invoqué l'inexistence d'un autre mode de règlement des différends dans le bail afin de renforcer davantage sa position sur l'incompétence du juge étatique, il demeure que cet argument résulte d'une analyse préalable du contrat tendant à vérifier le champ couvert par la convention d'arbitrage. Autrement dit, ce dernier argument de la cour se rattache à un début d'examen du bien-fondé de la contestation relative à la compétence du tribunal arbitral.

Or, au sens de l'article 23 du Traité de l'OHADA invoqué par les requérantes et visé par la CCJA elle-même, dès lors qu'un déclinatoire de compétence a été soulevé sur le fondement d'une convention d'arbitrage, il n'y a même pas lieu de se livrer à un tel examen. Il y a simplement lieu de laisser le tribunal arbitral se prononcer en premier⁶ sur le bien-fondé de la contestation de sa compétence.

Rappelons à cet égard que les sociétés Accor Afrique SAS, STIEH SA et ACCOR SA, faisait justement grief à la cour d'appel de Lomé d'avoir, pour retenir sa compétence, procédé à une analyse du contrat pour déterminer l'étendue de la convention d'arbitrage, au mépris du principe de compétence-compétence qui réserve prioritairement cette analyse au tribunal arbitral.

Sous l'angle du purisme juridique, il n'est pas sévère de penser qu'en invoquant l'inexistence d'un autre mode de règlement des différends dans le contrat, la CCJA a eu recours à un argument inapproprié, superflu et certainement contreproductif.

En effet, cet argument est d'autant plus inapproprié que son interprétation *a contrario* suggèrerait que le juge étatique pourrait faire fi de la priorité du tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence en cas de conflit entre une convention d'arbitrage et une clause prévoyant un autre mode de règlement de litige.

Or, même s'il existait dans le bail une clause attributive de juridiction parallèle à la clause compromissoire, le principe de compétence-compétence produirait les mêmes effets positif et négatif rappelés ci-dessus et la solution ne devrait pas être différente : le juge étatique saisi par l'Etat du Togo et dont la compétence aurait été contestée par les sociétés défenderesses aurait quoiqu'il en soit dû se déclarer incompetent, pour laisser au tribunal arbitral la priorité de statuer sur sa compétence.

Cela dit, il faut saluer, louer et acclamer la haute cour de l'OHADA pour avoir, en dépit de la qualité d'Etat du défendeur au pourvoi, à bon droit cassé l'arrêt n°30/17 du 15 février 2015 de la cour d'appel de Lomé, puis, en vertu de son pouvoir d'évocation⁷, infirmé le jugement n°0455/2015 du 23 novembre 2015 du tribunal de première instance de Lomé et déclaré le juge étatique incompetent.

Au regard de la jurisprudence⁸ de la CCJA faisant application du principe de compétence-compétence, l'arrêt du 27 février 2020 est à notre connaissance le premier dans lequel la CCJA a fondé la cassation sur l'article 23 du Traité de l'OHADA, en présence d'une clause compromissoire ne prévoyant pas un arbitrage sous l'égide de la CCJA.

Ce constat nous invite à nous interroger sur la justesse du fondement textuel (article 23 du Traité) invoqué en l'espèce et sur la portée réelle de l'arrêt rendu par la CCJA.

⁶ Sous réserve d'un recours éventuel en annulation.

⁷ Prévu par l'article 14, dernier alinéa, du Traité de l'OHADA.

⁸ Voir note de bas de page 1 ci-dessus.

4. L'article 23 du Traité de l'OHADA comme fondement de l'exception d'arbitrage devant le juge étatique lorsque le siège de l'arbitrage n'est pas situé dans un Etat membre de l'OHADA et que l'arbitrage n'est pas soumis au règlement d'arbitrage de la CCJA

(i) *Le double fondement du principe « compétence-compétence » dans le droit OHADA*

Aux termes de son article 1^{er}, le Traité de l'OHADA a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties par l'élaboration et l'adoption de « règles communes », par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours « *à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels* ».

Selon l'article 5 du Traité, les « *règles communes* » prévues par l'article 1^{er} susvisé, sont qualifiées d'« *actes uniformes* ».

En vertu de l'article 2 du Traité, les règles relatives « *au droit de l'arbitrage* » entrent dans le domaine du droit des affaires objet de l'harmonisation par l'adoption de « *règles communes* » c'est-à-dire d'« *actes uniformes* ».

C'est sur le fondement de ces dispositions du Traité qu'a donc été adopté le 11 mars 1999 l'« *Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage* », entré en vigueur le 11 juin 1999. Un nouvel Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage a été adopté le 23 novembre 2017 et est entré en vigueur le 23 février 2018.

Son article 1^{er} dispose que : « *Le présent Acte uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats Parties.* ».

Son article 35 prévoit par ailleurs en son alinéa 1^{er} que : « *Le présent Acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats Parties.* ».

Le principe de compétence-compétence est consacré dans l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage en ses articles 11 et 13 qui disposent respectivement que :

- Article 11 :

« *Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur sa propre compétence, y compris sur toutes questions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage.*

L'exception d'incompétence doit être soulevée avant toute défense au fond, sauf si les faits sur lesquels elle est fondée ont été révélés ultérieurement.

Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence dans la sentence au fond ou dans une sentence partielle sujette au recours en annulation. »

▪ Article 13 :

« Lorsqu'un différend faisant l'objet d'une procédure arbitrale en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi ou si aucune demande d'arbitrage n'a été formulée, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable à l'espèce. Dans ce cas, la juridiction étatique compétente statue sur sa compétence en dernier ressort dans un délai maximum de quinze (15) jours. Sa décision ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans les conditions prévues par son règlement de procédure.

En tout état de cause, la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence.

Toutefois, l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction étatique, en cas d'urgence reconnue et motivée, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du différend au fond pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent. ».

En application de l'article 14 du Traité, les contestations relatives à l'interprétation ou à l'application de ces dispositions sont soumises en dernier ressort⁹ à la CCJA en lieu et place des juridictions nationales de cassation. Cet article 14 dispose précisément que :

« La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions.

La Cour peut être consultée par tout Etat Partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13 ci-dessus.

Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des Etats Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales.

Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des Etats Parties dans les mêmes contentieux.

En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond. »

⁹ En effet, l'article 13 du Traité prévoit que : « Le contentieux relatif à l'application des actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats Parties. ».

Parallèlement au régime d'arbitrage défini par l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage, le Traité de l'OHADA avait antérieurement institué un autre régime d'arbitrage. En effet, le Titre 4 dudit Traité, intitulé « *L'arbitrage* », comprend les articles 21 à 26 qui prévoit un arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA.

L'article 21 dudit Traité dispose ainsi que :

« En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats Parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou en partie sur le territoire d'un ou plusieurs Etats Parties, peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre.

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne tranche pas elle-même les différends. Elle nomme ou confirme les arbitres, est informée du déroulement de l'instance, et examine les projets de sentence, conformément à l'article 24 ci-après. ».

L'article 26 du Traité précise que : « Le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est fixé par le Conseil des ministres dans les conditions prévues à l'article 8 ci-dessus. (...) ».

C'est dans le cadre de cet arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA que s'inscrit l'article 23 du Traité de l'OHADA, qui consacre lui aussi le principe de compétence-compétence en ces termes : « *Tout tribunal d'un Etat Partie saisi d'un litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage se déclarera incompétent si l'une des parties le demande, et renverra le cas échéant à la procédure d'arbitrage prévue au présent Traité.* ».

En résumé, l'Acte uniforme a un champ d'application limité aux arbitrages dont le siège est dans un Etat Partie, alors que le Traité ne traite que des arbitrages placés sous l'égide du règlement d'arbitrage de la CCJA.

Autrement dit, aucune disposition du droit OHADA n'avait expressément vocation à régir un arbitrage dont le siège n'était pas dans un Etat Partie et qui était régi par le règlement d'arbitrage d'un autre centre que la CCJA.

(ii) *D'un fondement juridique à un moyen pragmatique*

En l'espèce, la clause compromissoire en cause dans l'arrêt rendu par la CCJA le 27 février 2020 prévoyait un arbitrage selon le règlement de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), et non sous l'égide de la CCJA et de son règlement d'arbitrage.

En conséquence, l'article 23 du Traité OHADA était *a priori* inapplicable.

Par ailleurs, la clause compromissoire en cause dans l'arrêt rendu par la CCJA le 27 février 2020 prévoyait que le lieu de l'arbitrage était à Paris, en France, et non dans l'un des Etats membres de l'OHADA.

En conséquence, en application stricte de l'article 1^{er} de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage définissant son champ d'application, ses articles 11 et 13 ne pouvaient pas valablement servir de fondement pour trancher l'exception d'incompétence soulevée par les sociétés Accor Afrique SAS, STIEH SA et ACCOR SA.

Il y a donc *a priori* dans le droit OHADA une sorte de « *trou dans la raquette* » concernant les arbitrages dont le siège est hors de l'espace OHADA et qui sont régis par le règlement d'un centre d'arbitrage autre que celui de la CCJA.

Poussant davantage le raisonnement, il serait même possible de soutenir en l'espèce que le recours en cassation des sociétés Accor Afrique SAS, STIEH SA et ACCOR SA ne concernait pas une affaire « *soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes* » au sens de l'article 14 alinéa 3 du Traité suscitée, ce qui pourrait conduire à s'interroger sur la compétence même de la Cour pour trancher cette question.

Certainement consciente de cette difficulté, la CCJA était donc en réalité face à un dilemme :

- soit elle sanctionnait le non-respect du principe de compétence-compétence sur la base de dispositions dont l'applicabilité posaient question : l'article 23 du Traité ou les articles 11 et 13 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ;
- soit elle laissait une décision nationale faire entorse au principe de compétence-compétence, faute de fondement parfait pour la casser.

La CCJA a choisi de sanctionner la violation du principe de compétence-compétence, quitte à viser un fondement *a priori* imparfait, en l'occurrence, l'article 23 du Traité de l'OHADA.

La CCJA aurait pu avoir recours à l'article 35 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage suscitée qui fait dudit Acte uniforme la « *loi relative à l'arbitrage dans les Etats Parties* », afin de minimiser les effets de son article 1^{er} et dans le but de fonder sa décision sur ses articles 11 et 13 susvisés.

Manifestement, la CCJA a décidé d'ériger l'article 23 en texte consacrant un principe général du droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, qui a vocation à s'appliquer dans chaque Etat membre et ce, même si la clause compromissoire ne prévoit pas un arbitrage sous l'égide de la CCJA et si le siège de l'arbitrage n'est pas situé dans un Etat membre de l'OHADA.

C'est en effet la première fois, à notre connaissance, que la CCJA applique l'article 23 du Traité concernant une clause prévoyant un arbitrage autre que sous l'égide de la CCJA¹⁰.

Par son arrêt du 27 février 2020, la Haute Cour en charge de l'interprétation et de l'application communes du Traité et des Actes uniformes, décide donc que l'article 23 du Traité a un champ d'application plus large que celui des articles 11 et 13 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, ces derniers ne pouvant s'appliquer que lorsque le siège de l'arbitrage est situé dans un Etat membre de l'OHADA.

En l'état de nos informations, il n'est pas possible de déterminer quel élément déterminant a pu conduire la Cour à décider ainsi. En effet, le différend en cause n'était pas sans lien avec l'espace OHADA puisque l'une des parties, l'Etat du TOGO est un Etat membre de l'OHADA et que le contrat de bail s'exécutait au TOGO. Il serait utile de savoir si l'un ou l'autre de ces éléments (ou les deux) a été déterminant, de manière à pouvoir identifier d'éventuels liens de rattachement retenus par la Cour.

Quoiqu'il en soit, en conclusion, cet arrêt est donc particulièrement intéressant à plus d'un titre et notamment, en illustrant la possibilité que s'octroie la cour de pallier les imperfections ou lacunes du droit OHADA.

Le 24 juillet 2020.

* *
*

Par :

Olivier Bureth, avocat associé (o.bureth@majoris.law)

Raphaël Tiwang Watio, avocat (r.tiwang-watio@majoris.law)

¹⁰ Dans son arrêt TRADEX CENTRAFRIQUE c/ TRANSPORT MADINA SA n°181 du 20 juin 2019, la CCJA avait fait application de l'article 23 du Traité en présence d'une clause compromissoire qui prévoyait bien un arbitrage sous l'égide de la CCJA, conformément à la lettre et à l'esprit de ce texte.