

L'ETAPE PREALABLE DANS LE NOUVEL ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DE L'ARBITRAGE

Par

ASSOGBAVI Komlan, Magistrat

INTRODUCTION

Les dispositions de l'article 8-1 de l'Acte uniforme du 23 novembre 2017 relatif au droit de l'arbitrage sont une innovation majeure encadrant « l'étape préalable » à l'arbitrage.

Ces nouvelles normes font valoir surtout la notion de transparence et de célérité dans le cadre de la bonne marche des procédures amiables de règlement des litiges qui obéissent à de nouveaux besoins.¹

Un nouveau concept de « clauses complexes » est prescrit dans les dispositions de trois textes normatifs adoptés par le législateur lors de la 45^{ème} réunion du Conseil des Ministres de l'OHADA.²

Ce concept vient formaliser une pratique contractuelle usitée depuis la nuit des temps dans le monde des affaires par les praticiens du droit au profit de l'attractivité du contrat pour le grand bonheur des opérateurs économiques ; il marque aussi le principe de la liberté contractuelle au stade de la résolution du litige.

D'abord, une telle clause se retrouve souvent dans les conventions d'arbitrage, dans les lois nationales d'arbitrage ou d'investissement et aussi dans des traités d'investissement bilatéraux ou multilatéraux et se distingue par des caractéristiques communes. Par exemple elle peut prévoir une phase de négociation, de conciliation, de médiation ou le recours à des experts.

Ensuite chaque niveau et méthode de règlement des différends intervient si le niveau et la méthode inférieurs n'ont pas permis de résoudre le différend. Enfin au niveau supérieur, le différend est soumis à un règlement contentieux, soit par le juge étatique, soit par l'arbitre.³

C'est le cas d'une clause qui prévoit des négociations préalables avec des représentants hiérarchiques précis, voire distincts ; plusieurs niveaux de représentants hiérarchiques, stipulant

¹ O. CUPERLER, « La célérité dans l'arbitrage OHADA », Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives actes de colloque des 17 et 18 octobre 2019 organisé par la conférence des Barreaux de l'espace OHADA et JUS AFRICA, *LexisNexis*, 2019, p. 257-269.

² Acte Uniforme relatif au droit de l'Arbitrage « AUA », le Règlement d'arbitrage de la CCJA tous deux datant de 1999 ont été révisés. En matière de médiation, l'OHADA s'est dotée d'un Acte Uniforme sur la médiation « AUM » ; disponibles sur le site officiel de l'OHADA.

³ M. BUHLER, A.S GIDOIN, « L'étape préalable dans le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation OHADA », *ASA Bulletin*, Vol. 36, N° 3, 2018, p 579. Op cit

des délais fixes ou exigeant des notifications écrites des demandes avant d'autoriser le recours à l'arbitrage.⁴

En pratique la mauvaise rédaction et la question du respect des conditions prévues par « les clauses paliers » sont souvent source de désaccord entre les parties. Il se pose très souvent des problèmes d'interprétation, qui conduisent notamment à des divergences sérieuses entre les parties relativement au caractère obligatoire ou non de la clause.

En effet, pour les uns, la clause représente une condition préalable au recours à l'arbitrage, tandis que pour les autres il s'agit d'une simple faculté.

Le législateur OHADA, pour l'institution de cette disposition relative à la « clause palier », s'est appuyé sur **la notion de sursis à statuer, sur l'irrecevabilité de la demande en justice, ou sur l'ordonnance d'office d'une procédure de médiation** qui sont des méthodes empruntées au droit européen avec l'idée d'empêcher l'arbitre ou le juge de statuer tant que les parties n'auraient pas rapporté la preuve qu'elles avaient exécuté l'étape préalable sur la base des obligations découlant de leur clause de conciliation ou de médiation.⁵

En d'autres termes ces clauses de conciliation ou de médiation sont envisagées de manière préalable à d'autres modes de solution des litiges, c'est-à-dire « en amont des clauses qui organisent le contentieux, comme les clauses attributives de compétence ou les clauses compromissaires.⁶

Aussi, ces « clauses à étages » nous amènent à faire une distinction notable et sémantique entre l'arbitrage et les autres modes alternatifs de règlement des différends, plus pacifiques, communément appelés modes amiables de résolution des conflits. Ces mécanismes qui arpentent autour de l'étape préalable **“reposent sur la recherche d'un consensus entre les parties plutôt qu'une décision traumatisante désignant un gagnant et un perdant”**.

Les contrats, particulièrement ceux de longue durée, et notamment dans le domaine de la construction contiennent de plus en plus fréquemment une clause de conciliation ou de médiation obligatoire et préalable.⁷

Ces clauses de règlement amiables ne sauraient emporter obligation pour les parties d'aboutir à un accord. Elles se bornent à faciliter l'ouverture d'une discussion entre elles.

Le recours aux clauses de médiation et de conciliation permet en cas de succès, de vider le contentieux, donc d'économiser du temps, de préserver les relations d'affaires et d'épargner de l'argent. C'est pourquoi les parties ont l'impérieux devoir de mettre en œuvre l'étape préalable.

⁴ *Op.cit*, p.580.

⁵ *Op.cit*, p.584.

⁶ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, Droit de l'arbitrage interne et international, Domat droit privé, Montchrestien lextenso Editions, 2013, p. 79.

⁷ [www. antarius-avocats.com](http://www.antarius-avocats.com) (l'intérêt croissant pour la médiation dans le secteur de la construction)

Les dispositions relatives à l'étape préalable renforcent les prérogatives du tribunal arbitral en ce qu'elles innovent et encadrent expressément ce que peut faire un tribunal arbitral confronté à une convention d'arbitrage prévoyant une étape préalable à l'arbitrage.

Cet encadrement passe par la mise en œuvre de l'étape préalable (I) et la survenance de sanctions procédurales en cas de non-respect par le tribunal arbitral (II).

I- LA MISE EN ŒUVRE DE L'ETAPE PREALABLE

L'étape préalable amène les parties au litige à mettre en exécution la clause de médiation ou de conciliation. Cette mise en œuvre permet aux parties **de rechercher une solution négociée de leur désaccord, dès lors que la difficulté d'exécution n'a pas été surmontée et que le différend se cristallise en véritable litige**. Le rôle du tribunal arbitral est d'encadrer l'étape préalable mais dans son rôle d'encadrement de la procédure, le tribunal doit respecter la volonté des parties au regard de la clause complexe.

Cette clause de conciliation met à la charge des parties deux séries d'obligations : **une obligation de faire qui consiste à mettre en œuvre la conciliation ou la médiation et une obligation de ne pas faire qui interdit de porter le différend devant l'arbitre tant que la clause de conciliation n'a pas été mise en œuvre. Il s'agit d'une renonciation temporaire au droit d'agir en justice**. Ainsi, le tribunal arbitral dans la mise en œuvre de l'étape préalable a obligation de respecter la volonté des parties (A) et reprendre le cours de l'instance arbitrale après constat de l'échec de l'étape préalable (B).

A- Le tribunal arbitral et le respect de la volonté des parties

Le tribunal arbitral doit pouvoir jouer un rôle de sentinelle et amener les parties à engager des négociations.

Le Tribunal arbitral a la compétence d'encadrer l'étape préalable. Le droit OHADA tend à assurer une efficacité accrue de la mise en œuvre de la clause de résolution des litiges. Les parties ont subordonné la validité du recours à l'arbitrage à l'obligation d'effectuer, au préalable, une tentative de conciliation conforme en tout point au principe établi par l'Acte uniforme.

Le droit OHADA estime qu'il revient impérativement au tribunal arbitral d'indiquer à quelles conditions la procédure en cours devant lui, serait reprise et de fixer aux parties le délai dans lequel le processus amiable devrait être achevé sauf circonstances exceptionnelles. Il faut suspendre la procédure arbitrale jusqu'à l'achèvement de la procédure de conciliation.

Il est bon de rappeler **que la clause de conciliation est instituée dans l'intérêt des parties dans le but de leur éviter les désagréments d'une procédure judiciaire ou arbitrale**. Il n'est pas dans l'intention du législateur de leur fermer l'accès au juge ou à l'arbitre ou de favoriser les comportements de mauvaise foi.

Le tribunal arbitral joue donc un rôle essentiel d'examen des modalités pratiques de l'étape préalable. A partir de cet instant il appartient à l'arbitre de se prononcer sur les modalités relatives à la mise en œuvre effective de l'étape préalable prévue conventionnellement par les parties.

Le regard de l'arbitre doit être vigilant, sa participation doit être plus ou moins active et tendre, toujours à faire prévaloir la voie amiable au détriment du contentieux juridictionnel.

L'affirmation claire de cette mission importante du tribunal arbitral s'inscrit **dans le respect de l'autonomie des parties au fondement de l'arbitrage.**⁸

Cette étape préalable doit se borner à faciliter l'ouverture d'une discussion entre les parties devant conduire à un essai de pacification du débat.

Le tribunal arbitral devra amener les parties à désigner un tiers et à participer à des réunions de conciliation, faire des propositions en vue de parvenir à un règlement à l'amiable du conflit.

Les parties ont l'obligation d'entamer des discussions, par la détermination d'un lieu et d'une date de rencontre avec la partie adverse, celle de se présenter en personne le jour de la tentative de conciliation.

Elles ont une obligation provisoire de ne pas agir en justice. Cette étape s'impose aux parties tant qu'elles n'ont pas mis en œuvre de manière effective la période préalable de négociation ou bien tant qu'elles n'ont pas renoncé expressément d'un commun accord par *mutuis dissensus* au jeu de la clause.

Il s'agit de faire en sorte que l'attractivité économique du contrat en cours soit sauvegardée et donc d'aider les parties en cause à préserver le plus longtemps leur relation contractuelle bien que conflictuelle pour arriver à une solution négociée. **Les parties doivent restituer à cette étape sa véritable portée et l'exécuter de bonne foi.**⁹

Le rôle du tribunal arbitral doit être de veiller à la mise en œuvre des moyens nécessaires au résultat escompté sans promettre que ce dernier sera atteint.

Il s'agit pour le tribunal arbitral de faire respecter le souhait des parties au moment où elles ont rédigé le contrat. Les parties doivent respecter leurs engagements. Les parties se doivent de faire des négociations de bonne foi. La volonté et l'engagement contractuels doivent être respectés.

B- Le respect de l'étape préalable et constat de son échec

⁸ B. BOLI DJIBO, « Les interactions entre arbitrage et médiation », Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives actes de colloque des 17 et 18 octobre 2019 organisé par la conférence des Barreaux de l'espace OHADA et JUS AFRICA, *LexisNexis*, 2019, p.271.

⁹ Un des principes gouvernant le droit des contrats et consacré à l'article 1134 alinéa 3 du code civil.

Nous sommes ici dans l'hypothèse où les parties ont engagé la procédure arbitrale sans respecter le préalable de conciliation ou de médiation.

L'Acte uniforme offre aux parties le droit d'imposer une phase préliminaire de règlement du différend. Dans ce cas le tribunal arbitral a le pouvoir de vérifier l'effectivité de sa demande, avant l'ouverture d'une procédure d'arbitrage proprement dite. Il a également le pouvoir d'imposer l'achèvement de cette phase préliminaire.

La démarche processuelle consiste à suspendre la procédure arbitrale et à procéder à la fixation d'un délai aux parties pour leur permettre de réparer l'inexécution de la phase de conciliation.

Le droit OHADA s'inspire du droit suisse en ce qu'il permet à un tribunal arbitral de suspendre l'arbitrage, pendant la mise en œuvre de l'étape préalable.¹⁰

Ceci révèle une façon d'offrir une flexibilité dans la mise en œuvre de cette étape : la suspension a lieu à la demande d'une partie, et sur décision du tribunal arbitral. Cette suspension de l'arbitrage constitue ainsi l'unique sanction permettant le respect de la volonté des parties d'instaurer une étape obligatoire entre elles sans leur faire perdre pour autant le bénéfice de ce qui a été accompli dans le cadre de la procédure arbitrale.

A notre avis, une phase préalable sur un délai de trois (03) mois ne sera pas un luxe pour permettre aux parties de résoudre amiablement le litige.

La mise en œuvre de cette étape préalable est symbolisée par la tentative de conciliation : sa réussite et son efficacité reposent sur la bonne volonté des parties, puisque la solution leur est proposée et ne peut en principe leur être imposée.

Cette étape préalable se trouve être incontournable au regard des conséquences ultérieures pour les parties, ce qui amène le tribunal arbitral à suspendre le processus et amener les parties à procéder à la conciliation.

Le tribunal arbitral a l'obligation de suspendre la procédure, par la suite, de contraindre les parties à respecter leurs engagements en les renvoyant à la procédure amiable. Cette obligation de résultat s'accompagne d'une obligation de moyens.

Cette obligation de suspendre la procédure arbitrale s'apparente à la technique du sursis à statuer, autre variété de sanction procédurale.¹¹

La procédure telle que décrite dessus obéit à la démarche prescrite dans les dispositions de l'article 8-1 alinéa 2. Il se pose par la suite la question de la sanction attachée au non-respect de l'étape préalable.

II- SANCTIONS PROCEDURALES

¹⁰ M. BUHLER, A.S GIDON, « L'étape préalable dans le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation OHADA », *ASA Bulletin*, Vol. 36, N° 3, 2018, P588.

¹¹ J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 6^e édition, Caen, 2015, p.650.

L'obligation des parties au respect des clauses complexes a fait l'objet d'une abondante littérature et la question de la sanction attachée au non-respect de la période de médiation a donné lieu à des positions doctrines et à de subtiles évolutions jurisprudentielles.¹²

L'Acte uniforme, pour sanctionner l'inexécution de l'étape, s'appuie sur le droit suisse et le droit français. **Pour le droit suisse il s'agit de l'incompétence du tribunal arbitral et pour le droit français de l'irrecevabilité de la demande.** Cette norme juridique révisée fait un clin d'œil à la notion de sursis à statuer.¹³

L'Acte uniforme s'appuie sur une variété de sanctions procédurales pour rendre efficace et efficiente l'étape préalable. Le législateur communautaire en prenant ces types de sanctions, renvoie les parties à respecter par elles-mêmes les engagements contenus dans la convention.

Il faut préciser que le législateur OHADA a évité la sanction relative à la condamnation au paiement de dommages et intérêts pour la simple raison qu'elle n'est pas suffisamment dissuasive et qu'elle donne à l'étape préalable une portée strictement limitée. Le législateur OHADA a opté pour le sursis à statuer et la fin de non-recevoir.

A- Le sursis à statuer obligatoire

Le sursis à statuer est défini comme la décision qui « suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine »¹⁴. A ce titre en matière procédurale on distingue deux sortes de sursis à statuer : le sursis à statuer obligatoire et le sursis à statuer facultatif. Dans le cas d'espèce, nous sommes en présence du sursis à statuer obligatoire.

Selon la doctrine, ce type de sursis à statuer est envisagé comme une variété d'incidents d'instance puisqu'un tel incident a pour particularité de suspendre le cours de l'instance.¹⁵

L'appréciation de l'opportunité de prononcer un sursis à statuer se détermine discrétionnairement au regard du principe de bonne administration de la justice. Ce qui justifie que, même si le déroulement de cette dernière dépend largement de la volonté des parties, la décision de surseoir à statuer puisse être prise d'office par le tribunal, c'est-à-dire sans la nécessité d'une demande préalable des parties, mais sans qu'il leur soit évidemment interdit de la formuler isolément ou conjointement.

¹² En suisse par exemple, le tribunal arbitral fédéral a été saisi de recours contre des sentences arbitrales rendues en présence de clauses « palier » à de nombreuses reprises. Voir les arrêts du tribunal fédéral du 8 juillet 2003 dans l'affaire 4P.67/2003, ASA BULLETIN 2/2004, p.353, du 16 mai 2011 dans l'affaire 4A_46/2011, ASA BULLETIN 3/2011, p. 643.

¹³ M. BUHLER, A.S GIDON, « L'étape préalable dans le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation OHADA », *ASA Bulletin*, Vol. 36, N° 3, 2018, P 582- 587.

¹⁴ Article 378 du code de procédure civile français

¹⁵ Cette sanction a récemment été confirmé par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 20 novembre 2017, Affaire 4A_407/2017, ASA BULLETIN 2/2018, p.474, résumée dans Scherer, « *Introduction to the case law Section* », 36 ASA BULLETIN 2/2018, pp 377-384.

La décision de sursis à statuer suspend le cours de l'instance et a, par voie de conséquence une incidence directe sur l'un des éléments les plus sensibles de la procédure arbitrale, à savoir la durée de l'instance.

La détermination de la durée de la suspension ou de l'événement qui y mettra fin devra faire l'objet d'une attention toute particulière et être aussi précise qu'incontestable.

La suspension de l'instance ne dessaisit pas le tribunal arbitral qui pourra poursuivre sa mission dès le terme atteint.¹⁶

Dans le cas d'espèce il semble souhaitable que la décision de sursis à statuer soit formalisée par un acte, telle une ordonnance de procédure, il est juridiquement cohérent voire même souhaitable que cet aspect juridictionnel soit retenu. Il apparaît également indispensable que cette décision de sursis à statuer soit motivée.

L'objectif poursuivi par le législateur est de faire en sorte que la mise en œuvre effective de l'étape préalable prévue par les parties ne soit plus exclusivement à la charge de ces dernières mais également à la charge du juge ou du tribunal arbitral chaque fois que l'une d'elles l'aurait saisi en méconnaissance de la clause de règlement amiable.

La participation du tribunal arbitral doit toujours tendre à faire prévaloir la voie amiable sur la voie juridictionnelle.

L'Acte uniforme dispose que la juridiction saisie doit surseoir à statuer. C'est la sanction prévue dans l'hypothèse où l'une des parties ne respecte pas le caractère préalable et obligatoire de la médiation contractuellement prévue.¹⁷

Cette mesure prévue est à l'évidence la plus salutaire puisqu'elle prend en compte la volonté exprimée par les parties dans la clause, mais aussi elle ne sanctionne pas pour autant la saisine du juge arbitral par une décision d'irrecevabilité qui obligerait les parties à engager une nouvelle procédure dans l'hypothèse d'un échec de la médiation.

L'Acte uniforme est muet sur ce qu'il y a lieu de faire si malgré ce sursis à statuer, aucune partie ne fait pas de diligence pour mettre à exécution l'étape préalable. Il faut préciser que la mise en œuvre effective de la procédure préalable de la conciliation ne peut intervenir que par une renonciation expresse et d'un commun accord par *mutus consensus*.

Suivant les dispositions de l'article 8-1 de l'AUA, le législateur OHADA place, à l'instar du droit français, le non-respect de l'étape préalable au niveau des fins de non-recevoir. Le droit OHADA devrait aussi permettre d'éviter la multiplication des recours auprès des tribunaux étatiques en cantonnant l'appréciation du respect de l'étape préalable au niveau du tribunal arbitral.

¹⁶ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Domat droit privé, Montchrestien lextenso Editions, 2013, P 314 & 755.

¹⁷ Article 8-1 de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage « Si l'étape préalable n'a pas été engagée, le tribunal arbitral suspend la procédure pendant un délai qu'il estime convenable, afin de permettre à la partie la plus diligente de mettre en œuvre cette étape ».

B- La fin de non-recevoir

C'est une méthode de droit processuel qui va conduire le tribunal arbitral à refuser de statuer tant que les parties n'auront pas mis en œuvre l'étape préalable.

Suivant le droit français et conformément à l'article 122 du Code de procédure civile « *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond pour défaut d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ». Elle est un puissant moyen de défense puisqu'elle interdit au juge saisi d'examiner le fond de l'affaire, sauf à excéder ses pouvoirs, parce que la partie qui l'invoque n'a pas à justifier d'un quelconque grief qui peut être soulevée à tout moment, sauf à devoir verser des dommages et intérêts en cas de manœuvre dilatoire. Ainsi, il se trouve à l'examen que cette disposition fait ressortir le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfixé, la chose jugée.

En France, la jurisprudence rendue sur la question de la qualification de fin de non-recevoir est longtemps restée inégale.

Les clauses de règlement amiable obligatoire et préalable à la saisine du juge font l'objet d'appréciations discordantes et fluctuantes selon les différentes Chambres de la Cour de Cassation. Une grande rigueur s'impose donc dans leur rédaction.

Si la majorité des juridictions acceptait de **prononcer l'irrecevabilité de la demande en justice formée en violation d'une clause préalable au motif que cette dernière constituait une fin de non-recevoir conventionnelle** ; certains tribunaux s'y opposaient catégoriquement et rejetaient cette solution, d'autres plus mesurées, adoptaient des solutions intermédiaires.

Mettant fin à une discordance au sein de ses Chambres, la Chambre mixte de la Cour de cassation en date du 14 février 2003 a jugé que « *licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent* ».

Ainsi la Cour de cassation a mis un terme à ces divergences en qualifiant l'étape préalable de fins de non-recevoir.

La même Cour de cassation est revenue dans certains arrêts sur cette position à travers ses différentes chambres, en n'admettant la recevabilité de la demande en justice, en invoquant souvent, au soutien de ses décisions que la saisine du tribunal arbitral, par l'une des parties valait renonciation implicite à l'étape préalable.

La question s'est alors posée de déterminer précisément les conditions auxquelles de telles clauses permettraient d'opposer valablement une fin de non-recevoir. Sur ce point, la politique menée par les différentes Chambres en la matière s'est avérée parfois difficile à cerner.

La troisième chambre civile a réservé dans un premier temps un large accueil aux clauses prévoyant un règlement amiable.

Ont ainsi été jugées instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la violation constituait dès lors une fin de non-recevoir, la clause suivante :

- « *pour tous les litiges pouvant survenir dans l'application du présent contrat, les parties s'engagent à solliciter l'avis d'un arbitre choisi d'un commun accord avant tout recours à une autre juridiction* ». (Civ.3^{ème}, 19 mai 2016, n°15-14464)

Néanmoins, dans un second temps, la troisième Chambre civile a semblé poser quelques limites à cette faveur faite aux clauses de règlement amiable. Elle a ainsi récemment jugé que ne constituait pas une clause instituant une procédure de conciliation préalable et obligatoire la clause de style prévoyant le recours préalable à un conciliateur, rédigée de manière elliptique en termes très généraux, comme suit :

- « *en cas de litige, les parties conviennent préalablement à toute instance judiciaire ou arbitrale, de soumettre leur différend au conciliateur qui sera missionné par le Président de la Chambre des notaires* » (Civ.3^{ème}, 11 juillet 2019, n°18-13460).

Apparemment plus sévère, la Chambre commerciale a posé en principe que « *la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci* »

Pourtant, la Chambre commerciale a semblé, concrètement, adopter une conception assez souple de la notion de « *conditions particulières de mise en œuvre* ».

La première Chambre civile a jugé que « *la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à toute instance judiciaire s'impose au juge, quelle que soit la nature de celle-ci* ». **En conséquence, elle a cassé l'arrêt de la Cour d'appel qui aux motifs que la clause de conciliation préalable ne comportait aucune disposition relative aux contestations ayant trait à l'exécution forcée de l'acte de prêt, avait cru pouvoir ordonner la poursuite de la procédure de saisie immobilière dans ses derniers errements ainsi que la vente forcée de l'immeuble.** (Civ.1^{ère}, 1^{er} octobre 2014, n°13-17920).

Dans un premier temps, dans un arrêt en date du 16 décembre 2010, la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation avait décidé que « *le défaut de mise en œuvre d'une clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir* ».

A l'inverse, pour la deuxième Chambre civile, une telle clause ne fait pas obstacle à l'accomplissement d'une mesure d'exécution forcée, en l'absence de stipulation expresse en ce sens ; dès lors, « *nonobstant une telle clause, un commandement de payer valant saisie immobilière peut être délivré et le débiteur assigné à comparaître à une audience d'orientation du juge de l'exécution* » (Civ.2^{ème}, 21 mars 2019, n°18-14773).

Dans les affaires ayant donné lieu à ces deux derniers arrêts, la clause de conciliation était rédigée dans des termes quasi-identiques.

Ainsi, on retiendra que si les différentes Chambres de la Cour de Cassation donnent parfois de solutions différentes, voire contradictoires, un point commun apparaît néanmoins aux termes des décisions rendues. **Il s'agit du flottement terminologique relatif aux clauses de règlement amiable obligatoire et préalable à la saisine du juge.**

En effet, sous le vocable de « clause de conciliation », la Cour de Cassation vise en réalité l'ensemble des clauses de règlement amiable prévoyant l'intervention d'un tiers.

Pareille approximation est fort dommage puisque, participant à la nébuleuse entourant les modes amiables de règlement des conflits, elle ne permet pas à certains d'entre eux, spécifiques, de tirer leur épingle du jeu, telle la médiation. Ces confusions ne sont donc pas de nature à favoriser leur pleine appropriation par les praticiens et les justiciables.

Les juges suprêmes ont estimé que dès lors qu'un grain de sable vient gripper la machine à concilier point n'est besoin de s'acharner, la conciliation échouera.

La Cour de Cassation a ainsi renforcé l'efficacité de cette clause en décidant que cette étape préalable est une fin de non-recevoir qui s'impose au juge et à l'arbitre.

La Cour de cassation confère ainsi une véritable et redoutable efficacité processuelle à l'étape préalable.

Finalement c'est l'irrecevabilité qui s'est imposé comme la sanction de l'inexécution d'une clause de conciliation préalable comme l'instrument de la volonté des parties.

CONCLUSION

Procédure instituée par la plupart des institutions d'arbitrage en termes de règlement amiable, l'étape préalable s'est imposée au fil du temps comme une démarche processuelle incontournable pour alléger la tâche aux parties et aux acteurs du monde arbitral en termes de temps et de coûts et ainsi rendre attractif l'environnement judiciaire du monde des affaires.

Pour mieux sortir du conflit en réduisant le coût et la durée de l'arbitrage, les parties ont la possibilité de s'entendre sur des procédures moins onéreuses et rester maîtres de leur solution.

À défaut d'accord entre elles, le tribunal arbitral a le pouvoir de trancher lui-même la question après constat d'un échec de l'étape préalable.

Cette étape préalable permet de promouvoir les procédures de règlement amiable telles que la médiation ou la conciliation auprès des acteurs économiques à l'effet d'avoir à tout moment la possibilité d'interrompre la procédure arbitrale proprement dite.

Les parties sont donc tenues de veiller à l'opportunité d'un règlement amiable, contrairement aux textes de la CCI (Chambre de Commerce Internationale), l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage indique clairement que le règlement amiable prescrit peut intervenir à tout moment mais pas sur tout ou partie de leur litige par la négociation et que, avec leur consentement express, elles peuvent prendre des mesures pour faciliter un tel règlement.

Cette disposition de l'article 8-1 n'indique pas ce qu'elle entend par étape préalable. Mais en tout état de cause, il est important de vanter les mérites de cette étape préalable qui entrent en étroite ligne dans les objectifs de l'OHADA à savoir faciliter la résolution des conflits commerciaux afin de préserver non seulement les relations de travail mais également pallier aux difficultés liées à l'exécution d'une éventuelle sentence arbitrale à l'issue incertaine.

L'attention des rédacteurs des clauses d'arbitrage devra désormais être portée sur la phase préalable à l'arbitrage incluse dans le nouveau dispositif, cette phase préalable permettrait une sortie de crise, par la médiation ou la transaction interposées.

Elle peut s'avérer finalement un pis-aller lorsqu'on évalue les chances de réussite d'un arbitrage dont on peut à l'horizon mesurer les coûts, les contraintes, les perturbations à venir.

Un important travail d'information et de promotion doit donc être fait afin de mettre en évidence toute la richesse de cette étape et sa complémentarité avec la procédure arbitrale dans la résolution des conflits pour une pérennisation efficace des relations d'affaires.

Au-delà de toute la séduction des dispositions communautaires sur l'étape préalable demeurent néanmoins des inquiétudes sur la complexité de la mise en œuvre de cette étape dans la pratique pour une juxtaposition commune des finalités de médiation, de conciliation et d'arbitrage.